

e) *Composición del consejo de familia.*

31. No es lo mismo que *constitución*: ésta significa su establecimiento legal y definitivo ó su formación ultimada, y aquélla la expresión de los elementos necesarios para esta formación en cada una de las variadas hipótesis de la misma, tocantes al número de ellas y á las especies del consejo.

Respecto del número de personas que han de componerlo, puede decirse que tiene un *minimum*, común á todas sus variedades, y un *máximo* aplicable á una sola de ellas. El *minimum* es el de cinco, siendo tres las necesarias para tomar acuerdo (art. 305); y el *máximo*, cuando se trata de personas designadas por el padre ó por la madre, ó de los ascendientes y descendientes varones, hermanos y maridos de las hermanas vivas del menor ó incapacitado, no tiene límite legal, formándose con ellas, cualquiera que sea su número (art. 294), si bien no llegando al tipo antes dicho de cinco, deberá completarse por los medios legales subsidiarios que corresponda en cada caso. Cuando se trate, en cambio, de constituir el consejo con otros parientes que los antes indicados, volverá á estarse á dicho tipo de cinco, prefiriéndose, caso de haberlos en mayor número, los más próximos de ambas líneas.

Cualquiera alteración por sobrevenir el fallecimiento de los antes designados, será subsanada ó no, atendida la necesidad de ese *minimum* de cinco, según las circunstancias y el criterio legal indicado.

32. Por razón de las personas que han de componer el consejo de familia, las especies de éste son cuatro: *testamentario*, *legítimo*, *dativo* y *mixto*. La primera tiene lugar cuando se forma sólo de personas designadas por el padre ó por la madre en su testamento; la segunda, cuando se constituya con ascendientes y descendientes varones, hermanos y maridos de hermanas vivas del menor ó incapacitado ó parientes varones más próximos de ambas líneas paterna y materna; la tercera, cuando, en defecto de estas personas, haya de componerse de aquéllas honradas que el Juez nombre; y la cuarta, cuando, no llegando los vocales testamentarios ó legítimos al número de cinco, se complete por la designación judicial hasta este número con otros vocales.

Estas especies guardan entre sí el orden y preferencia que las de la tutela; así es que sólo en defecto del consejo *testamentario* se acude al *legítimo*, y á falta de éstos al *dativo*. En cuanto al *mixto*, sólo es una forma complementaria de los anteriores.

cación, cuyo resultado no pudo apreciar en la primera entrega de autos; y encontrando servidos los necesarios extremos para ello, propondrá al Juez que proceda á mandar citar las personas designadas como aptas para ser vocales del consejo de familia y á la reunión y constitución de éste con arreglo á Derecho. Como estas diligencias tienen los caracteres semejantes á las de jurisdicción voluntaria, se resolvió por la Circular de la Dirección general de Contribuciones indirectas, de 22 de Abril de 1890, que se empleara en su práctica el papel de *dos pesetas* según la ley del Timbre, cuando el consejo se constituyera á instancia de parte; y cuando lo fuera de oficio ó á petición fiscal, se extendiera lo actuado en papel del sello de *oficio*, sin perjuicio de los correspondientes reintegros.

33. Del Código se deduce otra clasificación del consejo, según que se trate del instituido y reglamentado para los hijos *legítimos*—que debe comprender también á los *legitimados* por cualquier medio,—para los hijos *naturales*, para los demás hijos *ilegítimos*, ó para los *acogidos* en los establecimientos de beneficencia.

La composición del consejo antes indicada se refiere á los hijos *legítimos* ó *legitimados* (art. 294). Á los segundos son aplicables las mismas reglas, con la sola diferencia de que serán nombrados vocales los parientes del padre ó madre que hubiera reconocido dichos hijos naturales, toda vez que la base y determinación del parentesco no es aquí otra que el reconocimiento (art. 302, pár. 1.º). No hay que olvidar que éste puede ser voluntario ó forzoso (1), obtenido el último por sentencia firme, la cual será entonces la base que ha de tenerse en cuenta en la formación de dicho consejo. El de la tercera clase se formará con el Fiscal municipal, presidente, y con *cuatro* vecinos honrados (art. 302, pár. 2.º), siendo la falta de toda base de parentesco reconocido por la ley en estos hijos lo que hace imposible que se les aplique el criterio de formación del consejo establecido para los legítimos y los naturales, no existiendo para ellos, en consecuencia, más que el *dativo*, con la presidencia legal mencionada, como una garantía que la ley otorga á dichos hijos ilegítimos para proteger de alguna manera su condición desvalida.

Quizá hubiera sido prudente extender esa garantía á todos los casos del consejo de familia para los menores é incapacitados, sobre todo cuando del Consejo *legítimo* se tratara, ya que éste no tiene la otra garantía moral de la designación de los padres, que posee el *testamentario*.

En cuanto á los cuatro vecinos honrados que, en unión del Fiscal municipal, han de componer ese consejo, es de creer que son de la designación del Juez municipal, aunque no lo diga el art. 302 del Código, que se limita á designar al Fiscal municipal, como presidente; siendo de suponer que se mantiene en el Juez la facultad de nombramiento de los vocales como en los demás casos. Al Juez, y no al Fiscal, toca también su *constitución* por ser esa la regla general, si bien aquí no será precisa la elección de presidente (2).

Por último, el consejo de la cuarta clase está representado por la administración de cada establecimiento de beneficencia en que el huérfano ó menor estuvieran *acogidos* (art. 303); lo cual equivale á declarar que no es necesario respecto de ellos la constitución de la tutela ó sea,

(1) Arts. 129, 135, 136 y 137, explicados en los núms. 48 á 52 y 56, cap. 26 de este tomo.

(2) No participamos de la opinión del Sr. Manresa, ob. cit., pág. 530, t. II, inclinada á creer que, por analogía con lo que prescribe el art. 206, facultando á los padres para nombrar tutor y protutor á los hijos legítimos, á quienes según el art. 139 están obligados á alimentar, deben considerarse también autorizados para designar los vocales del consejo de familia; pero por más análogo que esto parezca, es lo cierto que no lo permiten los términos absolutos y generales del art. 302.



la designación de tutor y protutor, ni la formación de dicho consejo de familia. La representación judicial del Jefe ó Administrador de las casas de beneficencia, en sus funciones de tutela de los asilados, corresponde al Ministerio fiscal, según declara el art. 212 (1).

34. Formarán el Consejo *testamentario* todas las personas designadas por el padre ó por la madre, en su caso, parientes ó no del menor ó incapacitado, pero siempre que sean *varones*, puesto que, si bien el art. 294 dice solamente *personas*, hay que tener en cuenta que, según el 298, las causas que inhabilitan para ser tutor y protutor, incapacitan también para ser vocal del consejo de familia, y entre aquéllas se encuentra la condición de *mujer*, según el núm. 7.º del art. 237. La designación ha de ser hecha en el testamento, porque es la forma única que el Código establece respecto de la legislación común de Castilla (2).

El Código, que distingue para los efectos del consejo las hipótesis de menores que sean hijos *naturales*, *ilegítimos* de otras clases ó *asilados* en establecimientos de beneficencia, no hace objeto de precepto distinto el especial supuesto de la prole habida de matrimonios nulos, con mala fe de uno ó de ambos cónyuges, la cual tiene la condición de *legítima*, aun declarada la nulidad del matrimonio, que produce efectos *civiles*, tan sólo para el cónyuge que obró de buena fe.

De donde resulta una filiación *legítima* procedente de una paternidad ó maternidad *ilegítimas* (art. 69); pero como el 294 se refiere á la primera sin parar mientes en la condición excepcional de los padres en el caso que acabamos de exponer, es preciso tener en cuenta que, según aquel art. 69, tal matrimonio, declarado *nulo*, no produce efectos *civiles* para el cónyuge de mala fe, uno de los cuales es la facultad de designar vocales del consejo de familia.

El Código no autoriza á los padres para *delegar* este derecho en terceras personas, ni es posible, según otros preceptos del mismo, que tal delegación fuera eficaz, consignada en su testamento, por estar suprimido el llamado *por comisario* del Derecho anterior (3).

La designación que los padres hagan para vocales del consejo puede verificarse, ó por los nombres de los designados, ó por los cargos que éstos ejerzan, sean las que fueren las personas que entonces los desempeñen (4).

(1) Explicado en las letras B, e, núm. 59, cap. 31 de este tomo.

(2) Pero ha de tenerse en cuenta que, aplicable, como lo es, en la opinión más ó menos acertada, pero hoy predominante, la institución del consejo de familia á territorios de régimen foral, como Aragón, Navarra y Cataluña, en lo que pueden tener esa naturaleza de actos de última voluntad las capitulaciones matrimoniales en cuanto establecen reglas para la sucesión de los bienes, podrá en ellas hacerse la designación de vocales para el consejo de familia como si fuera el testamento para este efecto.

(3) Art. 670.

(4) Las *dudas* que pueden suscitarse con motivo de la aplicación del art. 294 en cuanto al consejo *testamentario*, y las *soluciones* que para cada una de ellas nos parecen más acertadas, son las siguientes:

Las *dudas* se refieren á cuando, muerto el padre que hubiera designado en su testa-

35. El consejo *legítimo* tiene lugar en defecto del testamentario, y ha de *componerse*, en primer término, de los ascendientes varones del menor ó incapacitado, de los descendientes varones del mismo, de los hermanos varones y de los maridos de sus hermanas vivas, cualquiera que sea el número de todos ellos reunidos, siempre que pasen de *cinco*. En segundo término habrá de formarse completándose hasta ese número,

mento las personas que habían de componer el Consejo de familia y recayendo en la madre sobreviviente la patria potestad, designase ésta, también ó no, en su testamento, otras distintas para dicho consejo, determinar de cuáles deberá componerse el mismo; si de las designadas por el padre ó por la madre, ó si cabrá completar las de designación paterna, cuando no llegaran á cinco, con las de la materna ó viceversa, ó con los ascendientes, descendientes, hermanos y maridos de las hermanas vivas del menor ó incapacitado, demás parientes ó personas honradas.

Las *soluciones* á esas diferentes hipótesis, á nuestro juicio, serán éstas:

a. Sobreviviendo la madre no ha lugar á la constitución del consejo de familia designado por el padre, porque no ha llegado el caso de la tutela una vez que existe la patria potestad.

b. Muerta la madre, si en su testamento no hizo designación de otras personas que las designadas por el padre para constituir el consejo, con éstas se formará el mismo, pues la eficacia de su nombramiento testamentario subsiste para cuando llegue la hipótesis de su aplicación, no obstante el intermedio de ejercicio de la patria potestad subsidiaria de la madre, á la muerte del padre que las nombró.

c. Si al morir la madre, que ejerció la patria potestad después de la muerte del padre, hizo en su testamento designación de distintas personas para formar el consejo de familia, la duda de si han de ser éstas ó las designadas por el padre las que hayan de componer aquél, se resolverá, á nuestro juicio, en favor de las designadas por la madre, que fué la última que ejerció la patria potestad, ya que este poder en ella, cuando llega el momento de su ejercicio, es tan pleno é íntegro como el del padre, ya también porque en el tiempo transcurrido entre la muerte del padre y el de la madre pueden haber variado notablemente las condiciones de las personas designadas por el padre y provisto la necesidad de esta variación la madre, sin que sea razón la frase del art. 294 del Código, que dice: el consejo de familia se compondrá de las personas que el padre, ó la madre *en su caso*, hubiesen designado en su testamento, porque tal frase «en su caso», no es igual que *en su defecto*, ni marca de modo explícito ningún género de superioridad entre la designación paterna ó materna, sino que las deja revestidas de igual autoridad en las respectivas hipótesis de ejercicio de la patria potestad por el uno ó por la otra, cuyo ejercicio es lo único que subsidiariamente corresponde á la madre en defecto del padre, así como, una vez llegado, no hay razón alguna, deducida de los textos legales ni de la naturaleza del poder paterno, que á uno ó á otra se confiere respectivamente por la ley, que autorice para *subordinar* la eficacia del nombramiento de personas que han de componer el consejo, hecha por la madre, cuando ejerce la patria potestad, á la designación anterior que el padre hubiera hecho. Ni siquiera puede deducirse semejante conclusión, por *analogía*, en cuanto á lo que para el orden de preferencia de tutores nombrados de distintas procedencias establecen los arts. 209 y 210, porque el 209 coloca en el mismo número primero al llamado por el padre ó por la madre, es decir, en igual preferencia el uno que el otro, en los respectivos casos de su designación, ó sea cuando el padre ó la madre han hecho la de tutor, en las hipótesis de ejercicio de la patria potestad por el uno ó por la otra, y porque si bien el 210 establece que si hallándose en ejercicio un tutor apareciera el nombrado por el padre, se le transferirá inmediatamente la tutela, es manifiesta la omisión de expresión, pero no de sentido, del designado por la madre, y debe entenderse que al hablar del nombrado por el padre comprende también al que lo fuera por la madre, pues sólo de esa manera puede concordar con el número primero del anterior 209, ya



si no llegaran á él las personas de las condiciones indicadas anteriormente, con los parientes varones más próximos de ambas líneas paterna y materna del menor ó incapacitado, siendo preferido, en igualdad de grado, el pariente de más edad (art. 295). Está fuera de toda duda que las abuelas y las hermanas del menor ó incapacitado no pueden formar parte del consejo de familia, no sólo porque las causas que inhabilitan para el cargo de vocal del mismo, según el art. 298, son las que incapacitan para el ejercicio de la tutela, y conforme al núm. 7.º del 237 no pueden ser tutores las *mujeres*, sino porque las abuelas, como ascendientes, están excluidas por el art. 294, que pide en los mismos la condición de *varones*, y respecto de las hermanas, porque este derecho lo ejercen en su representación sus maridos, cesando en el cargo cuando aquélla fallezca, toda vez que el Código dice *marido* de hermanas *vivas*.

Fuera de estos casos, ningún otro parentesco de afinidad da aptitud para el cargo de vocal del consejo sino el de consanguinidad, porque así lo hace inducir la mención única de los maridos de las hermanas vivas, y porque ese es el sentido general del Código refiriéndose al parentesco en las diversas materias que del mismo se hace aplicación, como la de sucesión y la de alimentos.

Tampoco es dudoso que no existe preferencia alguna por razón de *líneas* en el parentesco, puesto que el Código (art. 294) es terminante en este punto, no habiendo otra prelación que la del grado de proximidad, al tenor de ese mismo artículo, confirmado por el 295.

que expresamente no se hace cargo más que del nombrado por el padre ó del que lo fuera por un extraño, y no hay razón alguna para que se prescindiera del nombrado por la madre.

d. Si las personas designadas por la madre fueran menos de cinco, ó quedaran reducidas á menor número por la incapacidad ó excusa de alguno de los designados, entonces podrían completarse por las designadas por el padre, aunque reunidas todas pasasen de este número, ó completarse el de cinco, cuando entre las designadas por uno ó por otro no bastaran para ello con los respectivos llamamientos que el Código hace para el consejo *legítimo* en cada uno de sus grupos de parentesco; es decir, con los ascendientes primero, luego con los descendientes, y después con los hermanos varones y maridos de las hermanas vivas, cualquiera que sea el número que resulte de la agregación de cada uno de estos grupos, marcados, al fin, con cierta graduación sucesiva en el Código, y, por último, con los parientes más próximos de ambas líneas, paterna y materna; pero en este caso sólo hasta completar el número de *cinco* vocales para el consejo.

e. Dada la unidad de la tutela, no es posible que subsistan los dos consejos de familia designados, el uno por el padre y el otro por la madre, aunque se tuviese el cuidado de distribuir las funciones entre ambos; la ley habla de un solo consejo, y la organización del régimen tutelar, según el Código, no consiente ningún género de *dualidad* en este elemento del mismo.

f. La facultad de designar personas que compongan el consejo, conferida al padre ó á la madre que ejerzan la patria potestad, se entiende otorgada sólo para la designación en el testamento, á fin de que tenga lugar después de la muerte del que les designó; razón por la cual, no sería válida la que hiciera el padre ó la madre para un hijo mayor de edad que por incapacidad hubiera de quedar sujeto á tutela; porque pudiendo ser el padre ó madre los que la desempeñen en tal caso, vendrían ellos á designar los vocales que habían de fiscalizar su función tutelar.

Lo que el Código no dice es hasta qué *grado* se extenderá la noción del parentesco aplicable á este fin, y sólo existen dos razones que hacen establecer un límite en el *sexto grado*, á saber: 1.ª, que hasta este grado llega el derecho para suceder abintestato, y en defecto de parientes del mismo es llamado el Estado (arts. 955 y 956), y 2.ª, que, según el artículo 245 (1), los que no fueran parientes del menor ó incapacitado no están obligados á aceptar la tutela si en el territorio del Tribunal que la defiera los hubiera dentro del *sexto grado* que puedan desempeñar aquel cargo.

36. Tienen lugar el consejo *dativo* y *mixto* cuando en defecto del *legítimo*, por no existir parientes del menor ó incapacitado, ó por no llegar á cinco, supuestos en los cuales el Juez municipal nombrará á personas honradas, prefiriendo siempre los parientes de los padres. En el caso de ser designados por el Juez todos los vocales, el consejo será *dativo*; pero cuando se forma en parte de parientes que no llegan á cinco, y en parte, para completar este número, de tales personas honradas, tiene el carácter de *mixto*. Estos nombramientos puede hacerlos el Juez libremente, entendiéndose por personas honradas las que disfrutaban de buena opinión por su conducta, diligencia y probidad, sin ser incapaces legalmente para el ejercicio del cargo. Se otorgará la preferencia á los amigos de los padres del menor ó incapacitado.

No dice el Código, como sus precedentes (2), *vecinos honrados*, sino *personas honradas*, lo cual da á entender que el Juez municipal puede nombrar para el consejo *dativo* ó *mixto* lo mismo á los que tengan su domicilio en aquella localidad que á los que lo tengan fuera; aunque si la distancia del Juzgado en que radique la tutela excede de *treinta kilómetros* podrán excusarse, conforme al art. 297, confirmándose, por esta misma idea de la posibilidad de la excusa, la del nombramiento. Será prudente, sin embargo, para evitar entorpecimientos ó dificultades, que el Juez elija personas de aquel domicilio, á no ser que en las otras concurren la condición preferente de ser amigos de los padres del menor ó incapacitado.

37. La *composición* del consejo puede sufrir modificación por efecto de la cesación de alguno de sus vocales después de constituido, por fallecimiento ó por cualquiera otra causa legal, siempre que se reduzca á menos de cinco el número de los que le forman, pues en otro caso no influirá aquel hecho en la subsistencia del consejo, tal como se hallara constituido.

La *sustitución* del que dejó de serlo y el *complemento* del consejo hasta el número legal de *vocales*, se llevará á cabo con sujeción á las reglas antes indicadas, al tenor del art. 294, siendo de advertir que, incompleto, jamás podrá funcionar.

(1) Explicado en la letra A, 2.º, núm. 61, cap. 31 de este tomo.

(2) Proyecto de Código civil de 1855 y ley de Disenso paterno de 20 de Junio de 1862.



Aunque el Código no lo dice, al Juez municipal es á quien incumbe completarlo, citando al efecto á las personas á quienes corresponda ingresar en él, si bien al consejo incompleto ó á su presidente, al tutor ó al protutor, y aun á los parientes llamados á la tutela legítima, debe entenderse que compete poner el hecho en conocimiento de dicho Juez, según se deduce del art. 293.

f) *Carácter obligatorio del cargo de vocal del Consejo de familia y causas de excusa ó incapacidad para formar parte de él, y su remoción.*

38. De manera menos terminante que lo establece respecto del tutor y protutor el art. 202, resulta también obligatorio el cargo de vocal del consejo de familia, al tenor de los arts. 297, 298 y 300.

El primero de ellos dice que no podrán ser obligados á formar parte del consejo de familia los parientes del menor ó incapacitado llamados por la ley que no residieren dentro del radio de 30 kilómetros del Juzgado en que radicase la tutela; el segundo lo hace entender así desde el momento que habla de las causas que *excusan* de dicho cargo; y el tercero determina que los citados por el Juez para aquel efecto están obligados á comparecer personalmente, ó por medio de apoderado especial, bajo la pena de una multa que no exceda de 50 pesetas. Más generales y comprensivos los dos últimos, podría el primero creerse referido sólo á los casos de consejo *legítimo*, interpretación más racional, porque no deja de ser violento que, tratándose del testamentario, haya de entenderse *irrenunciable* la designación hecha de cualquiera persona por el padre ó madre en su testamento. Además, resulta quebrantado ese criterio obligatorio, no sólo por la falta de una explícita y general declaración que así lo establezca, y por lo que daría lugar á la violencia indicada respecto de los casos de designaciones hechas por el padre, sino por la forma indirecta, y á veces prácticamente ineficaz, de la sanción que el Código establece.

Redúcese ésta á hacer *potestativo* en el Juez la imposición de la multa antes mencionada; pero desde el momento en que *puede imponerse ó no y señalar* una cantidad mayor ó menor hasta ser insignificante, dentro del límite máximo de las 50 pesetas, no parecerá infundado, atendida la inferior jerarquía de dicho Juez municipal, las condiciones de su jurisdicción temporal, su cualidad de convecino y las circunstancias locales, muchas veces deplorables, que le privan de la necesaria independencia ó le inducen á parcialidad, el recelo de que tal medio sancionador del carácter obligatorio que se atribuye al cargo de vocal resulte visiblemente ineficaz ó se convierta en instrumento de bastardos intereses, sirviendo para todo menos para aquel fin.

Cierto es que pueden repetirse las citaciones, seguidas de la no comparecencia y ser objeto el citado de multas sucesivas, así como constituir materia justiciable bastante para incoar un procedimiento criminal por el delito de desobediencia, definido y castigado en el art. 265 del Código penal; pero esto último el civil no lo dice, y, aunque parezca lógico, no deja de ofrecer el peligro de que se multipliquen los procedi-

mientos criminales ó se introduzca en la práctica cierta lenidad que deje impune la inobservancia de la ley en este punto.

Volviendo sobre los términos del art. 297, es evidente que tal carácter *obligatorio* está referido tan sólo á los casos del consejo *legítimo* respecto de los parientes del menor ó incapacitado que residieran dentro del radio de 30 kilómetros del Juzgado en que radicase la tutela; frase algo ambigua y de difícil sentido, á no ser que se entienda como equivalente de la de *domicilio* del menor y partido judicial en que haya de inscribirse en el *Registro de tutelas* la de que se trate, según ya se ha dicho (1). Y aunque los siguientes, 298 y 300, se hallan redactados en términos más generales respecto de las excusas y de la multa, parece que deben reputarse condicionados por aquél, que es el más sustantivo de todos. Unido esto á la violencia indicada de que cualquiera persona extraña que, por razón de su probidad notoria, de la respetabilidad del cargo que ejerza, por ejemplo, el Párroco, el Juez, el Alcalde ú otro semejante, ó por su amistad hayan de sufrir los rigores y responsabilidades del desempeño de este cargo, sometiéndose á la designación que de ellos haga el padre ó madre en su testamento, y teniendo en cuenta también algún precepto cuya analogía es indudable y confirmatoria de este sentido con el del art. 245, al establecer, respecto de la tutela, que los que no fueran parientes del menor ó incapacitado no estarán obligados á aceptarla si en el territorio del término que lo defiera existieran parientes dentro del *sexto grado* aptos para desempeñar aquel cargo, todo ello hace que se considere muy dudoso dentro del Código el *carácter obligatorio* del vocal del consejo en el concepto indicado.

No cabe desconocer, sin embargo, que contraría esta solución por una parte la generalidad de términos en los arts. 298 y 300, y por otra el carácter *público* que tienen todos los elementos y fines de la institución tutelar. Es un punto que, por lo menos, exige aclaración cuando la revisión del Código se lleve á cabo, y no sería difícil que predominara este sentido en la reforma.

Nada dice el Código de si procede recurso, y cuál sea, contra la imposición y exacción de las multas que por este motivo de la falta de comparecencia decreta el Juez municipal; y si bien esto no significa que el citado esté privado de acudir ante el mismo, explicando ó excusando su falta para que pueda en su vista levantarlas, es lo cierto que, como la incomparecencia es una omisión y la imposición de la multa una facultad discrecional del dicho Juez, hay que concluir declarando que no existe dentro del Código recurso de alzada contra su acuerdo, y sí sólo una especie de recurso de súplica ó de reforma. Si llegara el caso de que, repetida la falta de concurrencia y la imposición de multas, se considerara procedente pasar el tanto de culpa por desobediencia al Juzgado instructor competente, en este procedimiento criminal corresponderán al mismo todos los recursos que sean procedentes para su defensa, pues

(1) Núm. 64, cap. 31 de este tomo.



entonces sale el asunto de la esfera jurisdiccional *civil* del consejo de familia y entra en la común ordinaria *penal*.

39. La mayor confirmación de que el cargo de vocal del consejo de familia es *obligatorio* es la posibilidad legal de las *excusas* y la necesidad de causas que las justifiquen. En este punto la referencia del art. 298 al 244 y siguientes es terminante y completa. Todas las causas que sirven para excusas de la tutela y protutela son eficaces para eximirse de aquel cargo, y respecto de su *explicación* se da por reproducido lo dicho en otro lugar (1).

Es causa especial de estas excusas el residir fuera del radio de treinta kilómetros del Juzgado en que radica la tutela, lo mismo siendo pariente que no siéndolo; pues aunque el 297 no menciona más que los primeros, no han de ser de peor condición los segundos.

Como el organismo tutelar se compone de los varios elementos personales ya sabidos, el haberse excusado de aceptar cualquiera de esos cargos no priva de la libertad de utilizar ó no aquella excusa para los demás.

La alegación de la excusa puede hacerse con el fin de no formar parte del consejo que va á constituirse ó bien para declinar dicho cargo después de constituido. Esta distinción se refiere al *tiempo* en que las excusas han de alegarse.

En el primer caso la alegación debe hacerse en la Junta de constitución para que el vocal ha sido citado.

Una vez constituido, no podrá alegarse después. No es preciso que el que tenga excusa que alegar y la proponga acuda á la citación, pues á pesar de determinar el art. 300 que los citados están obligados á comparecer, en nada se opone este precepto al derecho del citado para sustituir su comparecencia por la alegación de la excusa y solicitud de que se le admita, acompañando las justificaciones correspondientes, conforme al art. 247 para las excusas de la tutela, aplicable por analogía á esta materia, según el 298, toda vez que no cabe la hipótesis del segundo párrafo, puesto que la citación fué hecha fuera de tal supuesto, y para probarlo tendrá el término de *diez días*, siguientes al en que le hubiera sido notificado ó conocido aquel hecho. Si el caso de la excusa es posterior á la fecha de la constitución del consejo, entonces puede alegarse para ser relevado del cargo.

Dicha alegación habrá de hacerse ante el referido consejo de familia dentro también de los diez días siguientes al en que hubiera tenido conocimiento de la causa que produce la excusa con arreglo á los arts. 247 y 248, con las referencias del 298.

Las excusas no pierden su eficacia legal aunque las causas que las originen sean debidas á actos de voluntad del vocal del consejo de familia que las utilice; por ejemplo, el cambio de domicilio á una dis-

(1) Letra A, 2.º, núm. 61, cap. 31 de este tomo.

tancia mayor que la de treinta kilómetros de la localidad en que radica la tutela.

Limitado el art. 298 á la referencia de ser las causas de estas excusas las mismas que el 244 determina para la tutela y protutela, nada dice tampoco de quién debe conocer de los mismos. Claro es que no puede ser el consejo mientras no esté legalmente constituido, sino el Juez municipal, y que corresponderá á aquél una vez que esté constituido.

La alegación será escrita ó por comparecencia en el primer caso, y escrita ó verbal en el segundo; no estando determinado en el Código ni en la ley de Enjuiciamiento civil el procedimiento especial para su trámite y decisión, si bien desde luego pueden afirmarse las notas de brevedad y sencillez que deben caracterizarlo.

40. Son *causas de incapacidad* para ser vocales del consejo, las mismas que el art. 237 (1) establece para la tutela, y, además, las dos siguientes: 1.ª, ser tutor ó protutor, y 2.ª, haber sido excluidos de este cargo en el testamento del padre, ó de la madre en su caso, aun sin expresar los motivos.

Ambas se explican satisfactoriamente: ésta, por la soberanía moral de los padres y el respeto que merecen sus juicios acerca de las verdaderas conveniencias para los hijos, y aquella, porque debiendo, precisamente, el tutor ó protutor desempeñar su cargo bajo la *vigilancia* y, en cierto modo, *dirección* del consejo, no es posible que ninguno de ellos participe de las funciones de éste.

Respecto de las referencias á alguna de las causas de incapacidad para ser tutor, que el art. 298 hace al 237 con relación á dicho cargo de vocal, ocurre observar:

1.º Que, si bien es cierto que en aquél se lee, que no pueden ser tutores los que están sujetos á tutela, y no lo están los menores de edad emancipados legalmente, parece aventurado suscribir ilustradas opiniones (2) que estiman capaz para este cargo al emancipado por concesión del padre ó de la madre ó por beneficio de la mayor edad (arts. 318 y 323), ya que, en uno y otro caso, necesitan haber cumplido diez y ocho años, desde la cual edad pueden regir su persona y bienes como si fueran mayores (arts. 317 y 324). No afecta, sin embargo, la capacidad de emancipado por el matrimonio hasta que llegue á la expresada edad, ó hasta la de veintitrés, si se casa sin haber obtenido la correspondiente licencia; pues en este caso, siendo menor, no puede administrar sin el consentimiento de su padre, madre ó tutor, y debe entenderse que se halla *emancipado* respecto á la persona, pero que sigue como en situación de tutela ó de patria potestad en cuanto á los bienes. En primer lugar, si la razón son los términos del texto de que están sujetos á

(1) Explicado en la letra A, 1.º, núm. 61, cap. 31 de este tomo.

(2) Manresa, obra citada, t. II, págs. 486 á 488.—Coderch Manau (D. Secundino), *El consejo de familia en España*, págs. 170 y 171. Barcelona, 1893.