

# «El artículo 235 del Código civil: el parentesco y la línea de parentesco en el protutor»

VICENTE ESCRIVA MONZO

Abogado

SUMARIO: I. Introducción.—II. El protutor. Su nombramiento.—III. La tutela dativa; problemas que plantea el artículo 235: A) EL PARENTESCO EN EL PROTUTOR. 1. La interpretación del artículo 423 del Código civil francés: *a)* La regulación primitiva. *b)* La reforma de la Ley de 14 de diciembre de 1964. 2. La interpretación del artículo 235 del Código civil español: *a)* Antecedentes históricos. *b)* El proyecto de 1851. *c)* La Ley de Enjuiciamiento civil. *d)* El sistema de tutela de familia. *e)* La regulación actual en el Derecho francés. *f)* La regulación en los antiguos Códigos latinos. *g)* La gratuidad y onerosidad del cargo de protutor. *h)* El protutor como miembro nato del Consejo de Familia. *i)* La opinión de la doctrina en la tutela dativa. *j)* La regulación en el caso de ausencia. *k)* La opinión de la doctrina. 3. Conclusiones. B) LA LÍNEA DE PARENTESCO EN EL PROTUTOR. 1. La interpretación del artículo 423 del Código civil francés: *a)* La regulación primitiva. *b)* La reforma de la Ley de 14 de diciembre de 1964. 2. La interpretación del artículo 235 del Código civil español: *a)* La antigua relación “*onus tutelae-aemolumentum successionis*”. *b)* El Proyecto de 1851. *c)* La moderna relación “*onus tutelae-aemolumentum successionis*”. *d)* La opinión de la doctrina. *e)* Crítica de las opiniones doctrinales. 3. Conclusiones.—IV. Conclusiones finales.—V. La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1969. Su crítica.

## I. INTRODUCCION

Este tema, que podría tacharse por la doctrina como “pasado de moda”, debido sobre todo a la escasa frecuencia con que se presenta en nuestro mundo jurídico —y con ello me refiero a su planteamiento ante nuestros Tribunales, ya que como materia de consulta sí se presenta con más frecuencia—, cobra, no obstante, plena actualidad en base a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha nueve de abril de mil novecientos sesenta y nueve.

El pleito que dio lugar a la mencionada sentencia se basaba esencialmente en la interpretación que había que dar al artículo 235 de nuestro Código civil.

Verdaderamente la solución no era nada fácil, debido sobre todo a que la doctrina, con excepción de poquísimos autores, o bien lo ha dejado en el olvido, o bien lo ha tratado muy de pasada, sin profundizar en los problemas que de su contexto se desprenden, todo lo cual exigía un minucioso estudio de los antecedentes históricos, avalado con interpretaciones sistemáticas y comparadas.

Por todo ello, en este trabajo haremos, en primer lugar, ese minucioso estudio que denunciábamos hasta el límite de nuestras posibilidades, llegando por este camino a sus conclusiones finales, para posteriormente enjuiciar, en base a todo este material conseguido la mencionada sentencia de nuestro más alto Tribunal.

## II. EL PROTUTOR. SU NOMBRAMIENTO

Desde antiguo, en los países de abolengo latino, cuando los intereses del menor se encontraban en oposición con los del tutor, se nombraba un curador "ad hoc", cuya misión terminaba con la causa que lo había hecho necesario.

Contrariamente a esta evolución, el Derecho coutumier francés situó al lado del tutor, durante toda la evolución de la tutela, a un vigilante y contradictor legítimo, el "subrogé tuteur" (artículo 240 de la Coutume de París, según DEMOLOMBE).

Posteriormente, el Código de Napoleón recogió esta figura del "subrogé tuteur" por creerla útil y necesaria a los intereses de los tutelados, extendiéndola a toda clase de tutela sin excepción, y regulándola en sus artículos 420 y siguientes. De este cuerpo legal la recogió nuestro Proyecto de 1851, de donde pasó después a nuestro Código civil, que la regula en sus artículos 233 y siguientes.

Y así, la institución de la protutela —sin precedente alguno en nuestro derecho histórico—, pasa a convertirse en uno de los elementos necesariamente integrantes del complejo organismo tutelar de nuestro Código civil —excepción hecha de la tutela establecida en los artículos 212 y 303 para los expósitos y huérfanos menores acogidos—, siendo su función característica, aunque no única, la de vigilar el desempeño de la tutela, tal como preceptúa el artículo 201.

Su necesaria creación viene imperativamente impuesta —al igual que lo estableció el Código de Napoleón en su artículo 420— por el artículo 234 de nuestro Código civil que preceptúa que "el tutor no puede comenzar el ejercicio de la tutela sin que haya sido nombrado el protutor. El que dejare de reclamar este nombramiento será removido de la tutela y responderá de los daños que sufra el menor".

Ahora bien, el nombramiento del Protutor en nuestro Código civil cabe hacerlo a través de dos medios —a diferencia de lo establecido en el artículo 420 del Code, en donde siempre se trata de una protutela dativa—, por testamento y por el Consejo de Familia, los cuales dan lugar a las respectivas especies de protutela testamentaria y protutela dativa, tal como establece el artículo 233 que dice: "Al

Consejo de Familia corresponde nombrar protutor cuando no lo hayan nombrado los que tienen derecho a elegir tutor para los menores.”

No hay, en cambio, establecida en esta materia una delación legítima, al igual como sucede en materia de tutela. Los motivos que pudieran llevar al legislador a la exclusión en esta materia de la delación legítima, podrían ser, o bien, como apunta CASTÁN (1), por el obstáculo que supondría la imposibilidad de recaer el nombramiento de protutor en pariente de la misma línea del tutor, conforme al artículo 235, o bien, como apunta ESCOBAR DE LA RIVA (2), para permitir la independencia del protutor, dada su misión esencialmente fiscalizadora, evitando así las concomitancias entre tutor, protutor y Consejo de Familia, que necesariamente se darían si hubiese creado el protutor legítimo, elegido conforme al criterio parental que rige a tutores y a vocales legítimos.

La delación de la protutela, a través de la forma testamentaria, sólo puede ser hecha por el padre o la madre del tutelado (artículo 206), y, aunque la redacción del artículo 233 pudiera suscitar dudas, no cabe la delación hecha por aquél que les deja herencia o legado de importancia, ya que aparte de que el artículo 207 sólo les faculta para nombrar tutor, pero no para nombrar también protutor, como lo hace el artículo 206 para los padres, estaría en contradicción con los antecedentes históricos, concretamente con el Proyecto de 1851, en cuyo artículo 185 se decía: “En todos los casos de tutela el Consejo de Familia nombrará un protutor, siempre que no haya sido nombrado por el padre o por la madre” (3). Así pues, hay que entender la expresión del artículo 233 como un “lapsus” del legislador, y entender su contenido, al igual como lo interpreta la doctrina, en el sentido de que se refiere tan sólo al padre y a la madre del tutelado.

Y en cuanto a la delación de la protutela a través de la forma dativa, es necesario que se acuerde por mayoría de votos, y con asistencia mínima de tres vocales, como preceptúa el artículo 305.

### III. LA PROTUTELA DATIVA; PROBLEMAS QUE PLANTEA EL ARTICULO 235

En el caso de protutela testamentaria rige el principio de autonomía de la voluntad, pudiendo hacer recaer el nombramiento de protutor en cualquier persona, pariente o extraña al menor o incapaz,

(1) CASTÁN TOBEÑAS, José: “Derecho civil español, común y foral”, Tomo V, Volumen II. Madrid, 1966, pág. 332.

(2) ESCOBAR DE LA RIVA, Eloy: “La tutela”. Monografías prácticas de Derecho español. Editorial Revista de Derecho privado. Madrid, 1943, pág. 58.

(3) Se recoge todo el articulado del Proyecto de 1851 de la obra de GARCÍA GOYENA: “Concordancia, motivos y comentarios del Código civil español”. Cuatro tomos. Madrid, 1852.

sin que les sea aplicable la inhabilidad especial establecida por el artículo 235. Esto se comprende fácilmente si tenemos en cuenta que se da esta facultad a los padres del tutelado, de cuyo cariño hacia éste es presumible que harán recaer el nombramiento en persona de confianza, que tutelarán mejor los intereses de sus hijos menores o incapacitados en sus posibles roces con los del tutor, siendo lo normal que esta persona sea familiar. Por esta razón excluimos de este estudio la protutela testamentaria, ya que no plantea ninguna clase de problemas, pues el nombrado, pariente o no —y perteneciente o no a la misma línea del tutor—, pasará sin ningún obstáculo a desempeñar el cargo de protutor.

Ahora bien, no sucede lo mismo en el caso de la protutela dativa, en donde aparece latente la aplicación del artículo 235 con la secuela de problemas que trae consigo, razón de este trabajo, dedicado por estos motivos exclusivamente al caso de protutela dativa, o sea, aquellos casos en los que el nombramiento de protutor se lleva a cabo, bien en primer o sucesivos nombramientos, por el Consejo de Familia.

Es precisamente en esta clase de protutela, como consecuencia de la deficiente redacción del artículo 235 —cuya oscuridad ha sido ya denunciada por varios autores (COMAS, MUCIUS SCAEVOLA, ESCOBAR DE LA RIVA), en donde surgen los dos problemas enunciados en este trabajo: el del parentesco del protutor, y el de la línea de parentesco en el protutor, todo ello en relación con el tutelado y el tutor, bajo cuyo orden pasamos a estudiarlos a continuación.

#### A) *El parentesco en el protutor.*

El artículo 235 dice: “El nombramiento de protutor no puede recaer en pariente de la misma línea del tutor.”

¿Qué quiere expresar este artículo? Una interpretación estrictamente literal nos llevaría a la solución de considerar la referencia “de la misma línea” como completamente inútil. Y esto por las siguientes razones: a) si consideramos el concepto “línea” tal como lo entiende el artículo 916 (línea directa o colateral), hubiese bastado con excluir de la protutela a cualquier pariente del tutor, ya que éstos, por lejanos que sean, estarán obligatoriamente o bien dentro de la línea recta, o bien dentro de la línea colateral; b) y si consideramos el concepto *línea* tal como lo entendía el Code, en el sentido de “paterna paternis, materna maternis”, llegaríamos a la misma solución de excluir a los parientes del tutor, ya que sus descendientes pertenecen siempre a su misma línea, y en cuanto a sus ascendientes y colaterales, como en la persona del tutor se daría siempre la conjunción de líneas de sus padres, cualquiera de aquéllos pertenecería siempre a una de sus dos líneas, con lo que entraría dentro de la inhabilidad del artículo 235.

Pero no parece ser ésta la interpretación del artículo 235, ya que

de su simple lectura se deduce que está presuponiendo un concepto que si bien no está expresado en este artículo, está no obstante, latente en todo el articulado de esta materia: el pupilo, o mejor dicho el tutelado, ya que hay que comprender aquí tanto a los menores, como a los incapacitados, a los cuales no se refiere el Código en todo el capítulo V que trata "Del protutor", en donde siempre habla tan sólo del menor. Y con relación a este concepto hay que interpretar el artículo.

Así pues, este artículo, en principio, habría que interpretarlo de la siguiente manera: "El nombramiento de protutor no puede recaer en pariente del tutelado que pertenezca a la misma línea del tutor". Y es así cuando el artículo cobra su pleno sentido en cuanto al parentesco.

Ahora bien, en este estado de cosas es cuando se nos plantea en toda su plenitud el primer problema apuntado, que podríamos formular de la siguiente manera: ¿Este artículo está mandando al Consejo de Familia que haga recaer el nombramiento de protutor en la persona de un pariente del tutelado si existe o es capaz? ¿O el Consejo de Familia tiene amplia libertad para hacer recaer el nombramiento en cualquier persona, aunque sea un extraño, constituyendo este artículo una mera prohibición para el caso de que recayese el nombramiento sobre un pariente?

La interpretación de este artículo en uno u otro sentido no es una tarea fácil debido sobre todo a que es una institución extraña a nuestro Derecho histórico, en donde no existe ningún precedente de esta figura, recogida, como se sabe, del Derecho francés.

No obstante, la dificultad ya no es tan grande si tenemos en cuenta que este problema se lo planteó en su día la doctrina francesa, lo que es una gran ayuda, por lo que siendo en el Derecho francés donde esta institución tiene su punto de origen, examinaremos primero su regulación y solución en éste, para estudiarlo después sistemáticamente en nuestro Derecho.

## 1. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 423 DEL CÓDIGO FRANCÉS

Antes de entrar en el estudio de esta materia en el Derecho francés hay que hacer la salvedad de que ha sido reformada por la Ley de 14 de diciembre de 1964, por lo que primero estudiaremos su regulación primitiva, que fue la que recogió nuestro proyecto de 1851, y posteriormente pasó a nuestro Código civil, para aludir después a la reforma.

a) *La regulación primitiva.*—También en este Derecho el Protutor—"subrogé tuteur", para los franceses—, es uno de los elementos necesariamente integrantes del complejo organismo tutelar, de tal manera que el artículo 420 dice: "Dans toute tutelle, il y aura un subrogé tuteur, nommé par le conseil de famille". Este artículo es

absoluto, al igual como lo era el artículo 185 del Proyecto de 1851; no existen excepciones como en nuestro Código.

No obstante, podemos apuntar dos diferencias respecto de la regulación española: 1) En cuanto a su nombramiento, sólo a través de la forma dativa (arts. 420-422). No existe, pues, la delación testamentaria de la protutela, al igual como sucede en el Derecho español. 2) Y en cuanto a sus funciones, son más reducidas que en nuestro Derecho, viniendo a constituir un curador "ad hoc" permanente, ya que el artículo 420, apartado 2.º, dice que "ses fonctions consisteront à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils seront en opposition avec ceux du tuteur". No es propiamente un fiscalizador del tutor, sino solamente un defensor del menor cuando sus intereses se encuentran en oposición con los del tutor.

Sin embargo, lo que verdaderamente nos interesa de estas diferencias es que nos encontramos siempre ante casos de protutela dativa, en donde entrará en juego el artículo 423, precedente indirecto de nuestro artículo 235. Así pues, vamos a ver la interpretación dada a este artículo.

El artículo 423 dice: "en aucun cas le tuteur ne votera pour la nomination du sobrogé tuteur, lequel sera pris, hors le cas de frères germains, dans celle des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartiendra point".

Su simple lectura nos da a entender que al igual como sucedía en nuestro artículo 235, está presuponiendo un concepto no expresado: la referencia a las líneas del tutelado. Y esto se entiende más fácilmente si tenemos en cuenta que en el Code no rige el concepto de línea directa y colateral como esencial para determinar la sucesión, lo cual podría suscitar dudas como en el Derecho español, sino que ésta es subsidiaria de la línea que es tomada como base de la sucesión: "paterna paternis, materna maternis". Eso está claramente expresado en materia de sucesión, en donde su artículo 733 dice que "toute sucesion echue à des ascendants ou à des collatéraux, se divise en deux parts égaux: L' une pour les parents de la ligne paternelle, l'autre pour les parents de la ligne maternelle". Y dentro de cada una de ellas heredará el más próximo en grado (art. 734). En esta segunda operación es cuando se acude al concepto de línea directa y colateral.

A este respecto existe plena unanimidad entre la doctrina francesa, no planteándose ningún problema a este respecto: el artículo 423 hace referencia al tutor y al protutor con respecto a las líneas del tutelado, y éstas son las líneas paterna y materna.

Ahora bien, no anda tan acorde la doctrina respecto a la interpretación de este artículo en uno de los dos sentidos que hemos apuntado en el apartado anterior, o sea, si se trata de una norma imperativa o de una norma prohibitiva (4). Conviene hacer resaltar aquí que no

(4) Si bien esta distinción es meramente formal, según apunta DE CASTRO en su parte general—"ya que una misma regla será imperativa o negativa según imponga una conducta como legal o prohíba la contraria como ilegítima"—,

todos los autores se plantean el problema en estos términos, e incluso algunos lo resuelven sin previo planteamiento, pero escogeremos esta distinción usada por DEMOLOMBE (5) para encuadrar a los distintos autores que defienden una u otra posición. Así pues, distinguiremos dos grupos en la doctrina: 1) aquellos que entienden que el Consejo de familia puede nombrar a cualquier persona, aunque sea un extraño, para el cargo de protutor, constituyendo este artículo una mera prohibición para el caso de que recayese en un pariente (norma prohibitiva). Y 2) aquellos que entienden que el Consejo de familia ha de nombrar para el cargo de protutor a un pariente que pertenezca a la otra línea del tutor, siempre que éste exista y sea capaz, en cuyo defecto podrá nombrar a un extraño (norma imperativa).

1) El defensor más caracterizado de esta posición es DEMOLOMBE (6), el cual después de enumerar las consecuencias que se siguen del artículo 423 —entre las cuales cita la de que “si el menor no tiene parientes o afines más que en una sola línea, no se puede nombrar para protutor más que a un extraño”—, dice que le parece cierto que esta doctrina no es jurídica, y que la regla para la elección del protutor, e incluso para la del tutor, es “que el Consejo de Familia tenga la más grande amplitud de decisión, y que pueda nombrar un extraño con preferencia al pariente, incluso al más próximo”. Y más adelante añade que “la finalidad de este artículo, en efecto, no es exigir que el protutor sea elegido entre los parientes o afines de la línea a la cual el tutor no pertenece, sino solamente ordenar que él no sea elegido entre los de la línea a la cual el tutor pertenece. El artículo 243 es prohibitivo; no imperativo. Y la Ley así entendida es mucho más conforme a los intereses del menor”. En este mismo sentido cita el autor a VALETTE; MARCADÉ; DUCAURROY; BONIER y ROUSTAING; ZACHARIAE; AUBRY y RAU; MASSÉ y VERGÉ; y DEMANTE.

De estos autores sólo vamos a aportar a MARCADÉ (7). Este alega que el Consejo de Familia puede nombrar siempre a un extraño, incluso cuando haya muchos parientes en las dos líneas. Y esto porque ningún artículo del Code, según él, obliga a elegir a uno de los parientes, sea para tutor dativo, sea para protutor. Y añade: “en efecto, 1.º, si el legislador hubiese querido que el protutor fuese pariente, lo hubiese querido igual, y con más razón que el tutor lo fuese también, ahora bien, el artículo 405 no dice una palabra. 2.º, si nuestro artículo debía entenderse con exclusión de los extraños, se seguiría de esta idea ridícula, que los extraños, excluidos en general, no lo serían ya cuando el tutor fuese un hermano carnal, puesto que

---

la aceptamos aquí por estar formulada en estos términos por DEMOLOMBE, y servirnos para una más concreta distinción de los autores franceses.

(5) DEMOLOMBE, C.: “Traité de la minorité, de la tutelle et de l’émancipation”, “Cours de Code Napoléon, VII”, Tomo I. París, 1880, págs. 210 y ss., apartado 368.

(6) DEMOLOMBE, C.: *op. cit.*, págs. 210 y ss., apartados 367 y 368.

(7) MARCADÉ, V.: “Explication theorique et pratique du Code civil”, 7.ª Ed., Tomo II. París, 1873, págs. 227 y ss., artículo 423.

las palabras “hors le cas de frères germains” harían siempre excepción a la regla. 3.º, nuestro artículo, antes de suponer que el protutor va a ser un pariente (lo que será en efecto, el caso más ordinario) comienza por suponer que el tutor cualquiera que sea, es pariente también; ahora bien, el artículo 397 declara expresamente que el tutor testamentario puede ser pariente o extraño; no hay aquí más que una simple suposición, y no una prescripción”. Así pues continúa: “nuestro artículo, en definitiva, no significa que el funcionario que se trate de nombrar debe ser elegido en la línea a la cual el otro no pertenece, sino más bien que no debe ser elegido en la línea a la cual el otro pertenece”.

2) Por el contrario, la segunda posición es defendida por la mayoría de autores, entre los cuales gran parte de ellos no llegan siquiera a plantearse este problema por creerlo resuelto.

Y así DURANTON, uno de los más caracterizados comentaristas del Code y del que seguramente se sirvió GARCÍA GOYENA en su día, comentando este artículo, y sin pensar en la existencia de tal problema, dice (8): “por el principio mismo de su institución, el protutor no debe estar bajo la dependencia del tutor, ni en general debe estarle atado por lazos de parentela, en consecuencia el tutor no debe votar en su nombramiento, y excepto en el caso en que sean los dos hermanos carnales del menor, el primero *debe ser elegido* de aquélla de las dos líneas a la que no pertenece el último. En el caso en que ellos sean hermanos carnales la Ley, y con razón, no supone que el protutor favorecerá más los intereses fraudulentos de su hermano tutor, que protegerá los de su hermano menor”.

También TOULLIER (9), comentando este artículo, dice; “fuera del caso de hermanos carnales que pertenecen a las dos líneas, el protutor *debe ser elegido* en aquélla a la que el tutor no pertenezca”. E incluso llega más lejos al añadir que “si no hay parientes más que en una sola línea, y el tutor ha sido elegido de entre ellos, el protutor *debe ser tomado* de entre los amigos que representan a la otra línea”.

En el mismo sentido HUC (10) declara que “para que el protutor pueda cumplir convenientemente el papel que le ha sido asignado, importa que no esté sujeto a las mismas influencias que aquellas a las que se puede encontrar expuesto el tutor, y que no tenga los mismos intereses que este último. En consecuencia, según la *disposición imperativa* del artículo 423, el protutor no puede pertenecer a la misma línea que el tutor. De esto se sigue: 1.º que si el menor no tiene parientes más que en la línea del tutor, el Consejo de Familia debe designar a un extraño para protutor. 2.º, que si el tutor acaba de ser

(8) DURANTON, M.: “Cours de Droit civil suivant le Code Français”, 4.ª Ed., Tomo II, Mannheim, 1841, pág. 471, apartado 518.

(9) TOULLIER, M.: “Le Droit civil français suivant l'ordre du code”, 5.ª Ed., Tomo II, París, 1830, pág. 337, apartado 1.132.

(10) HUC, Theophile: “Comentaire theorique et pratique du Code civil”, Tomo III, París, 1892, págs. 330 y s., apartado 331.

reemplazado por un pariente perteneciente a la línea de la que ha sido elegido el protutor, el Consejo de Familia deberá nombrar otro protutor”.

E igualmente BOILEUX (11) dice que “la Ley no se contenta con tomar medidas para evitar que el tutor no pueda participar en la elección de su vigilante; ella exige además que el protutor *sea tomado* de aquella de las dos líneas a la cual el tutor no pertenezca”. Y después añade “si no hay parientes más que en una sola línea y el tutor ha sido elegido de entre ellos, el protutor deberá ser tomado de entre los amigos que representen a la otra línea”.

En los mismo términos se pronuncian PLANIOL y RIPERT (12) y BAUDRY-LACANTINERIE (13) los cuales, no obstante, apuntan que sería de mayor interés para el menor el que el Consejo de Familia pudiera, cuando este interés lo exigiera, nombrar a un extraño. Lo cual no se opone a lo anterior, ya que cuando el pariente que hubiera de ser designado no estuviese capacitado para desempeñar el cargo de protutor, esta solución sería la justa.

Y para mayor abundamiento, también la Jurisprudencia francesa se ha pronunciado en este sentido en dos sentencias famosas:

1) La de la Corte de Burdeos de 20 de agosto de 1811 (14) la cual anuló, por contravención del artículo 423, la deliberación de un Consejo de Familia, que después de elegir a un pariente paterno para tutor, había elegido a un extraño para protutor, disponiendo que “aquel que no es pariente del menor no puede ser nombrado protutor, cuando existen parientes por otra parte capaces y no excusables en la línea a la cual el tutor no pertenece. La nulidad de una tal elección puede ser perseguida por todo pariente de esta línea”. Así pues, deduce del artículo 423 esta consecuencia, citada por DEMOLOMBE (15), que “cuando el menor tiene parientes o afines en una y otra línea, es necesario nombrar para protutor un pariente o afín de la línea a la que el tutor no pertenezca”.

2) Y posteriormente la de la Corte de Aix de 15 de noviembre de 1843 (16) adoptó también esta doctrina al decir que “una persona no pariente del menor podía ser elegida para protutor, aunque exista un pariente en la línea a la cual el tutor no pertenezca si el más grande interés del menor lo exige”. Se trata de un caso en que el pariente no estaba capacitado para desempeñar el cargo de protutor.

(11) BOILEUX, J. M.: “Commentaire sur le code civil, contenant l'explication de chaque article separement”, Tomo I, Bruselas, 1838, pág. 224, artículo 423.

(12) PLANIOL Y RIPERT (traducción de Mario Díaz Cruz): “Tratado práctico de Derecho civil francés”, Tomo I, La Habana, 1945, pág. 496, apartado 515.

(13) BAUDRY-LACANTINERIE: “Traité theorique et pratique de Droit civil”, 3.ª ed., Tomo V, París, 1908, pág. 454, apartado 381.

(14) CAPELLEN, SIREY, 1811, II, 479. Citada también por DEMOLOMBE: op. cit., apartado 386; MARCADÉ: op. cit., pág. 227, artículo 423, y BOILEUX: op. cit., página 224, artículo 423.

(15) DEMOLOMBE, C.: op. cit., apartado 368.

(16) TAXY, Dev., 1844, II, 255. Citada también por DEMOLOMBE: op. cit., apartado 368, y MARCADÉ: op. cit., pág. 277, artículo 423.

Así pues, esta era la opinión dominante que existía en el Derecho francés sobre este particular. Y todavía nos corrobora más esta afirmación el estudio detenido de las alegaciones de los contradictores principales de esta doctrina. En primer lugar, ambos están conscientes de que ésta es la opinión dominante, y lo único que pretenden es dar a conocer su opinión, que según ellos es más provechosa, al conceder mayor libertad al Consejo de Familia. Y así en DEMOLOMBE (17) cuando afirma que “le parece cierto que esta doctrina no es jurídica”, ya que está combatiendo a la que se deduce de las dos sentencias citadas. E igual sucede en MARCADÉ (18). Pero es que además, DEMOLOMBE se contradice a sí mismo cuando posteriormente (19), dedica un apartado entero a demostrar que el “protutor (nosotros lo suponemos) es miembro del Consejo de Familia” con lo que está pensando en un protutor pariente del menor, pues el artículo 407 (“six parents ou alliés”) es claro en este sentido. Y de la simple lectura de MARCADÉ (vide supra) cabe deducir también que no ha comprendido el referido artículo, ya que precisamente en el caso de hermanos carnales de exceptúa la aplicación del artículo 423, y no hace falta acudir a los extraños, pudiendo ser ambos tutor y protutor; y además en cuando que el tutor no es pariente, tampoco está muy claro en el Derecho francés, exceptuando el caso de tutela testamentaria.

Y por si todo fuera poco, la reforma de la Ley de 14 de diciembre de 1964 da también la razón a esta segunda posición, como pasamos a ver a continuación.

b) *La reforma de la Ley de 14 de diciembre de 1964.*—A pesar de que una encuesta organizada, según nos dicen BLONDY y MORIN (20), en 1947 por el profesor HOUIN había concluido con la ineficacia práctica de la protutela “si no es cuando existe una enemistad entre tutor y protutor”, y de que muchos autores propugnaban por su abolición, la Ley de 14 de diciembre de 1964 ha mantenido, no obstante, la protutela, reforzando sensiblemente los poderes de control del protutor, y reformando los requisitos de su nombramiento.

Y así el artículo 420 reformado dice: “Dans toute tutelle, il y aura un subrogé tuteur, nommé par le Conseil de famille *parmi ses membres*”. Y continúa en su apartado 2.º: “Les fonctions du subrogé tuteur consisteront à surveiller la gestion tutélaire et à représenter le mineur lorsque ses intérêts seront en opposition avec ceux du tuteur”.

De esto se deduce en primer lugar, que la delación sigue siendo dativa; pero, en segundo lugar, queda definitivamente fijado que el

(17) DEMOLOMBE, C.: op. cit., loc. cit.

(18) MARCADÉ, V.: op. cit., loc. cit.

(19) DEMOLOMBE, C.: op. cit., pág. 225, apartado 377.

(20) BLONDY, P. y MORIN, G.: “La réforme de L'administration legale de la tutelle et de l'emancipation”, Tomo I (Estudio de la Ley núm. 64-1230, de 14 de diciembre de 1964). 2.ª Ed., París, 1967, págs. 147 y ss.

protutor ha de ser pariente del menor, ya que éste ha de ser nombrado por el Consejo de Familia de entre sus miembros (art. 470; “le conseil de famille est composé de quatre à six membres, y compté le subrogé tuteur, mais non le tuteur ni le juge des tutelles”), con lo que queda zanjado el problema anterior del parentesco. Y además la reforma va más lejos al declarar en su artículo 408 que “Le juge des tutelles choisit les membres du conseil de famille parmi les parents ou alliés des pères du mineur, en appréciant toutes les circonstances du cas: la proximité du degré, le lieu de la résidence, l'âge et les aptitudes des intéressés”. Y además el apartado 2.º le exige: “il doit éviter, autant que possible, de laisser l'une des deux lignes sans représentation”. Así pues, tenemos que el protutor además de ser un pariente, será un próximo pariente.

Y en cuanto a la incapacidad especial para la protutela que se establecía en el antiguo artículo 423, el artículo reformado viene a pronunciarse diciendo: “Si le tuteur n'est parent ou allié du mineur que une ligne, le subrogé tuteur est pris, autant que possible, dans l'autre ligne”. Así pues, con arreglo a la reforma deberá procurarse que el protutor pertenezca a la otra línea, pero si no existe tal persona, o el tutor pertenece a ambas líneas, no por esto deberá nombrarse a un extraño, sino que se nombrará igualmente a uno de los miembros del Consejo de Familia, aunque sea de la misma línea del tutor (21).

También se deduce del artículo 420 que las funciones del protutor ya no son solamente las de un curador “ad hoc” permanente, sino que se le asigna también la misión de vigilancia de la tutela, a lo que se extendía prácticamente por interpretación doctrinal, aparte de otras funciones que le son asignadas, reforzando de esta manera los poderes de control del protutor.

Y por último la reforma, como hemos visto en su artículo 407, declara de manera indubitada, recogiendo lo que apuntábamos en DEMOLOMBE más arriba, que el protutor es miembro del Consejo de Familia.

Así pues, resumiendo, el protutor en el Derecho francés tiene que ser obligatoriamente un pariente, y además próximo; es elegido por el Consejo de Familia entre sus miembros, y luego sigue formando parte del mismo Consejo; y por último, no es necesariamente un pariente de la otra línea a la que pertenezca el tutor sino que será así en cuanto sea posible, pero si existen sólo parientes de una línea, no hay ya inconveniente en que se le nombre de ésta, con lo que el recurso en estos casos al extraño ha desaparecido, convirtiéndose en una tutela completamente familiar.

---

(21) BLONDY, P. y MORIN, G.: op. cit., apartado 314: “Mais, quelle que soit la personne choisi pour assurer les fonctions de subrogé tuteur, celle-ci doit “obligatoirement” être prise parmi les membres du conseil de famille (artículo 420, al. 1.º, C. civil)”.

## 2. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 235 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Una vez vista la interpretación dada por la doctrina y la Jurisprudencia francesa a su artículo 423 antiguo, y la interpretación auténtica a través de la reforma hecha por el legislador francés, ¿qué interpretación cabe dar a nuestro artículo 235? ¿Debe ser igual a la francesa o tendremos que llegar a conclusiones diferentes?

Cabría pensar en primer lugar que al ser una institución recogida del Derecho francés, sin precedente directo en nuestro Derecho histórico, la interpretación dada por su legislación, doctrina y Jurisprudencia, debería ser recogida, sin más, por nuestro ordenamiento jurídico, ya que nos encontramos ante una institución extraña. Pero parece que no hay que dilucidar así el problema, pues toda institución, por extraña que sea, al ser recogida por un ordenamiento jurídico se hace propia de él, y si bien la interpretación extranjera será un dato a tener en cuenta, es necesario buscarle otros fundamentos a esta clase de interpretaciones, para ver si se pueden o no subsumir en nuestro ordenamiento jurídico. Así pues pasaremos ahora a examinar una serie de datos, para con sus conclusiones, llegar a un resultado definitivo. Estos datos no son otros que la interpretación histórica, la interpretación comparada y la interpretación sistemática, si bien vienen desdobladas en apartados diversos:

a) *Antecedentes históricos.*—Ya sabemos que no existen antecedentes directos de esta figura en nuestro Derecho histórico pero sí será un dato importante saber qué sistema se siguió en materia de tutela.

En nuestro Derecho histórico se observa en esta materia una clara diferencia entre los textos legislativos de abolengo germánico (fueros municipales) y los de carácter romano o romanizado. En los primeros se establece únicamente un principio de guarda legal respecto a los huérfanos menores de edad (tutela de menores), pero no existen en cambio, antecedentes de la tutela mulierum, ni de la curatela. Por otra parte, el llamamiento a la tutela es siempre legal (llamamiento a los más próximos parientes; parientes propinuos), y sólo en defecto de éstos, se defiende la tutela por la autoridad judicial.

Así aparece claramente en cuatro leyes del título III, Libro IV del Fuero Juzgo, que tratan de los huérfanos y de los que los defienden. Aquí se encomienda su tutela a los hermanos mayores de veinte años y con discreción para tener a los demás hermanos en guarda, y a falta de éstos la Ley llama al tío y al hijo del tío, y a falta de éstos, el Juez da alguno de los otros parientes.

En el Fuero Viejo se acentúan estas notas. Cuando un hombre o una mujer mueren —dice la Ley 1.<sup>a</sup> del Título IV, Libro V— y dejan hijos chicos, deben tomarlos los parientes más propinuos a ellos. Y cuando los parientes cercanos no existen o no son idóneos “la justicia debelos dar a quien guarde a ellos o a suos bienes”.

El tema se repite en el Fuero Real: "Si algunos huérfanos que sean sin edad, fincaren sin padre o sin madre, los parientes más propinquos que hayan edad e sean para ello, resciban a ellos e a sus bienes delante el alcalde e delante homes buenos por escripto e guardenlos fasta que los huerfanos vengan a edad. Si no hobieren parientes que sean para ello, el alcalde delos a guardar con todos los bienes a algún home bueno e tengalos como es sobredicho".

Las Leyes de Partida introducen el sistema romanizado: se admiten la tutela y la curatela, y dentro de la primera tres especies distintas: testamentaria, legítima y dativa.

Las tres clases de tutela son las siguientes: 1.<sup>a</sup>) Cuando el padre establece guardador a un hijo en testamento, a que llaman en latín "tutor testamentarius"; 2.<sup>a</sup>) Cuando el padre no deja guardador al hijo en su testamento y tiene parientes, entonces las leyes otorgan que sea guardador del huérfano el pariente más cercano, y a éste se le llama "tutor legitimus"; 3.<sup>a</sup>) La tercera manera es cuando el padre no deja guardador a su hijo, ni tiene pariente, o si lo tiene es embargado de manera que no lo puede o no lo quiere guardar, entonces el Juez de aquel lugar le da por guardador algún hombre bueno y leal, y a éste le dicen en latín "tutor dativus", es decir, guardador dado por albedrío del Juez.

Así pues, vemos que estos antecedentes históricos nos dan como resultado un continuo llamamiento a favor de los parientes para desempeñar el cargo de tutor, acudiendo a los extraños cuando aquéllos no existen o son incapaces de desempeñar tal cargo. Y dentro de los parientes vemos la preferencia hacia los más próximos.

b) *El proyecto de 1851.*—De todos los antecedentes históricos merece un estudio especial este Proyecto por ser el principal factor del cambio operado en nuestro Código civil respecto al sistema tutelar anterior. Para este estudio nos basaremos en el libro de GARCÍA GOYENA (22).

En su artículo 172 se nos decía: "La tutela se ejercerá por el tutor, bajo la vigilancia del protutor y del Consejo de Familia en los casos y en la forma que determinan las Leyes." Y traslada al capítulo V la regulación de la figura del protutor.

En su artículo 185 se nos decía: "En todos los casos de tutela el Consejo de Familia nombrará un protutor, siempre que no haya sido nombrado por el padre o por la madre." Vemos aquí, en primer lugar, la raíz de la protutela testamentaria de nuestro Código civil, y el cambio operado respecto de la legislación francesa que sólo admitía la protutela dativa. Aquí se puede observar que la protutela testamentaria sólo se permite al padre y a la madre del tutelado, por lo que la dicción del Código es defectuosa. Y en segundo lugar, vemos que la protutela se establece de modo absoluto: "en todos los casos de tutela". Así pues, no existen todavía las excepciones del Código.

(22) GARCÍA GOYENA: op. cit.

En su artículo 186 se nos decía: “En caso de tutela dativa, el Consejo de Familia nombrará el protutor en la misma sesión en que nombre el tutor.” Es importante el comentario que hace a este artículo: “el nombramiento de protutor, aunque en la misma sesión, debe hacerse después de el del tutor para que éste, *si es miembro del Consejo de Familia*, pueda abstenerse de votarlo”. De aquí se deduce que GARCÍA GOYENA está pensando en un tutor dativo, no nombrado legítimamente, y miembro del Consejo de Familia, lo que equivale a decir que está pensando en un tutor dativo, pariente del menor, y no legítimo, o sea, que el tutor dativo ha de ser un pariente, si existe.

Y en su artículo 187, origen de todo el problema, se nos decía: “El tutor testamentario y el legítimo no pueden empezar a ejercer sus cargos, sin hacer que antes se convoque el Consejo de Familia para el reconocimiento de su cargo y nombramiento de protutor. El *tutor* que no llene esta formalidad será responsable de los daños que vengan al menor, y además será separado de la tutela. *En el caso de que el tutor sea pariente del menor, no podrá ser nombrado el protutor de la misma línea.*”

GARCÍA GOYENA no está pensando en que el protutor pueda ser extraño, sino que piensa tal supuesto con respecto al tutor, precisamente porque lo pueden nombrar el padre, la madre, o la persona que le deje herencia o legado de importancia, y por eso recoge el supuesto francés de que en el caso de que el tutor sea pariente, lo cual será el caso ordinario, el protutor no podrá ser un pariente de la misma línea. Pero esto no quiere decir que el protutor pueda ser un extraño. Y esto se ve claramente en el comentario que hace al mencionado artículo, cuando dice: “si en el Consejo no hubiera sino de la línea en que ha sido escogido el tutor, *sería preciso* nombrar protutor a un extraño”. O sea, sólo piensa en el supuesto del extraño cuando se da la circunstancia que apunta: que no existan parientes, sino de la línea en que ha sido escogido el tutor.

Y además, en el comentario del artículo anterior, el último párrafo, seguramente interlineado por el editor, comentando la frase “en la misma línea” de este artículo, dice, acogiendo la excepción francesa: “sin embargo, podrá ser nombrado un hermano entero o carnal, porque abraza las dos líneas”.

Así pues, el proyecto de 1851 está pensando también en un organismo tutelar completamente familiar, y, por tanto, en un protutor pariente del tutelado.

c) *La Ley de enjuiciamiento civil.*—También es uno dato ver la regulación existente años antes de entrar a regir el Código civil.

Esta Ley vuelve a recoger el sistema anterior al establecer: “No habiendo tutor nombrado por el padre, la madre u otra persona que haya instituido heredero al menor, o dejándole manda de importancia, designará el juez para este cargo al pariente a quien corresponda con arreglo a la Ley” (artículo 1.836). “A falta de parientes a

quien designar, o no reuniendo el que hubiere las cualidades que exigen las Leyes, lo cual se hará constar en el expediente, el juez nombrará para el desempeño del cargo a la persona que merezca su confianza" (artículo 1.838).

Así pues, en esta Ley también se acude en primer lugar a los parientes próximos, y sólo en el caso de no existir éstos o ser incapaces se recurre a las personas extrañas. Recoge en este sentido la legislación de las Partidas.

d) *El sistema de tutela de familia.*—Nuestro Código civil, inspirándose en el Code de Napoleón, y apartándose de sus precedentes históricos, ha adoptado un sistema de tutela de familia. Y esto quiere decir que los órganos tutelares son, ante todo, órganos familiares.

El Code de Napoleón recogió de los principios inspiradores de la Revolución Francesa el de la autonomía jurídica individual y social, que, trasladados a la institución tutelar, vienen a significar que ésta había de organizarse de modo que en la familia misma estuviera el órgano fundamental y supremo de aquélla. Y así, como apunta ESCOBAR DE LA RIVA (23), el Code francés hace del Consejo de Familia, a modo de órgano legislativo o deliberante, la piedra angular de la tutela. El "subrogé tuteur" con sus funciones fiscalizadoras, y el tutor con las suyas ejecutivas completaban el cuadro más parecido posible al de la Constitución de un Estado Moderno. Y todo este sistema fue recogido por nuestro ordenamiento jurídico.

Así pues, también este dato nos lleva a pensar en un protutor elegido, siempre que sea posible, entre los miembros próximos de la familia, o sea, en un pariente del tutelado. Pues no sería lógico estimar que, dentro de un sistema de tutela de familia, el legislador ha querido conceder al Consejo de Familia una libertad absoluta en cuanto al nombramiento de uno de sus órganos fundamentales. Y, sin embargo, está dentro del orden de las ideas el deducir del artículo 235 que el legislador quiso que este cargo recayese en un pariente, concediéndole la libertad de elección al Consejo de Familia, tanto en lo referente a la determinación de éste dentro del grupo de parientes como en el nombramiento de un extraño para el caso de que aquéllos no existiesen o no estuviesen capacitados para desempeñar tal cargo. Y esto debe ser así, precisamente porque existe la inhabilidad especial del artículo 235, cuya obligación de aplicarla recae sobre el Consejo de Familia, a la hora de discernir el cargo de protutor, y de aquí la razón de que no exista en esta materia una delación legítima de la protutela.

e) *La regulación actual en el Derecho francés.*—Ya hemos dicho anteriormente que si bien la interpretación francesa del artículo 423

---

(23) ESCOBAR DE LA RIVA, Eloy: op. cit., pág. 12. Hay que observar que este autor dice "el subrogé tuteur con sus funciones fiscalizadoras", y aunque así es admitido por la doctrina, no obstante, legalmente sus funciones, como hemos señalado, son las de un curador "ad hoc" permanente, siendo fiscalizadoras actualmente por causa de la reforma del año 1964.

no debe inclinar la balanza de modo definitivo hacia su misma concepción, sí que pesa, no obstante, como un dato más a tener en cuenta a la hora de interpretar nuestro artículo; y en este caso ya hemos visto que para el Derecho francés el protutor no sólo es un pariente, sino también un pariente próximo, ya que es elegido de entre los miembros del Consejo de Familia, integrado, siempre que sea posible, por los más próximos de ambas líneas.

Y, además, cabe observar que la interpretación jurisprudencial del antiguo artículo 423 debió pesar ya en el ánimo de los redactores del Proyecto de 1851, ya que no sería lógico estimar que, introduciendo una institución nueva en nuestro ordenamiento, no estudiaran primero sus interpretaciones doctrinales —TULLIER, 1830; BOILEUX, 1838. y DURANTON, 1841— y jurisprudenciales —la primera y más precisa de 1811; y la segunda de 1843—, todo lo cual debió llevar a GARCÍA GOYENA a declarar en sus comentarios que “si en el Consejo no hubiera sino de la línea en que ha sido escogido el tutor, sería preciso nombrar protutor a un extraño” (vide supra). Y nos corrobora más esta afirmación el observar la fecha de las obras de los contradictores principales de esta interpretación —DEMOLOMBE, 1880 y MARCADÉ, 1873—.

Así pues, también estos datos nos llevan a la conclusión de un protutor pariente próximo del tutelado.

f) *La regulación en los antiguos Códigos latinos.*—También conviene examinar la regulación que tuvo en éstos por ser todos ellos una mera reproducción del Code de Napoleón.

El Código civil de la Luisiana no se pronuncia sobre este aspecto del parentesco del protutor, seguramente por no creer en la existencia de dudas a este respecto, ya que su fecha es de 1824, y en este tiempo ya se había pronunciado la Jurisprudencia francesa sobre este aspecto. Únicamente se limita en su artículo 302 a excluirlo del cargo de miembro o vocal del Consejo de Familia, al igual que hace posteriormente nuestro Código, concediéndole en él voto consultivo.

El Código civil de las Dos Sicilias se limita a recoger íntegramente el artículo del Code, con lo que solventa de igual manera el problema del parentesco: el protutor es un pariente y próximo.

El Código civil Sardo lo considera en su artículo 282 como miembro del Consejo de Familia, y como tal un pariente próximo del tutelado: “En caso de oposición de intereses entre el menor y su tutor, el protutor, *miembro del Consejo de Familia*, no tendrá voto deliberativo. Se le reemplazará si hubiese lugar o fuese posible” (artículo 282).

El Código civil holandés tampoco se pronuncia sobre este extremo, limitándose a decir en su artículo 422 que es el juez del Canton quien nombra al protutor. No obstante, y por interpretación extensiva de su artículo 433 (24), igual a la española del artículo 245, parece que

---

(24) Art. 433: “Ningún individuo que no sea pariente o afín del menor podrá ser obligado a aceptar la tutela, sino en el caso de que no existan parientes o

deberá nombrar en primer lugar a los parientes del tutelado si existen, acudiendo en último lugar a los extraños.

Y el Código civil portugués dice en su artículo 206: "Si el tutor fuese pariente del menor, el protutor no podrá ser nombrado de la misma línea, salvo siendo hermano carnal." Y continúa en su apartado 2.º: "si no hubiere parientes más que en una de las dos líneas, y el tutor fuese nombrado de ella, el protutor será nombrado de entre los extraños." Así pues, sólo se acude al recurso del extraño cuando existen parientes únicamente en la línea de la que ha sido nombrado el tutor, no en los demás casos.

Así pues, los datos de esta interpretación comparada nos llevan también a pensar en un protutor pariente próximo del tutelado.

g) *La gratuidad y onerosidad del cargo de protutor.*—Esto que a primera vista pudiera parecer una contradicción, no es tal si pensamos que estamos en presencia de un cargo de los llamados de derecho privado por la doctrina, que por un lado es completamente gratuito, ya que el protutor no percibe remuneración alguna por el desempeño de su cargo —contrariamente a lo establecido en materia de tutela—, y que por otro es un cargo oneroso o gravoso, no sólo por la obligatoriedad del cargo, en cuanto que se prohíbe su renuncia sin la concurrencia de una justa causa (artículo 202), sino también por la serie de cargas y obligaciones que representa el cargo de protutor (artículo 236, penúltimo apartado: "será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan al menor por omisión o negligencia en el cumplimiento de estos deberes"), sin obtener de ello compensación alguna.

Y teniendo en cuenta todo esto, agravado por lo odioso de su función principal de fiscalización respecto de los actos realizados por el tutor, deberemos llegar también a la conclusión de que no pudo estar en la mente del legislador la idea de que este cargo pudiese recaer, a consecuencia de una omnimoda libertad de elección del Consejo de Familia, en una persona extraña, con preferencia a cualquier otro pariente, capaz para desempeñar tal cargo. Sino que es más lógico suponer que el legislador concedió tal libertad al Consejo de Familia para elegir al protutor entre los parientes más próximos, y sólo en el caso de no existir éstos, o de apreciar incapacidad en ellos, elegir al extraño que tuviera por más capacitado.

Además una interpretación en este sentido estaría de acuerdo no sólo con la actual "desvinculación" familiar, denunciada por la mayoría de autores, que lleva a la consecuencia de comprender dentro de la estricta relación familiar a los parientes más próximos, debido a la pérdida de la extensión, cohesión y estabilidad que la familia tenía en otras épocas; sino también con la actual conducta, en general, de las personas, respecto a la no aceptación de cargos que puedan suponer cargas, obligaciones y responsabilidades sin que exista

---

añes en disposición de administrarla, dentro de la jurisdicción del Tribunal donde es deferida la tutela".

una contraprestación para sus desvelos. Contra esto se podrá argumentar que los amigos de la familia no tendrán posiblemente inconveniente en aceptar estos cargos, pero a esto hay que alegar que mejor cumplirá estos deberes el pariente próximo, si existe y es capaz, que por otra parte tendrá siempre el estímulo de una sucesión en perspectiva, sobre todo en el caso de la protutela de un incapacitado.

De todo esto el presente dato nos lleva también a pensar en un protutor pariente próximo del tutelado.

h) *El protutor como miembro nato del Consejo de Familia.*— ¿Es el protutor un miembro o vocal del Consejo de Familia? Ya hemos visto cómo en el Derecho francés, en su artículo antiguo, ya se planteó este problema DEMOLOMBE, que por otro lado era el más caracterizado defensor de la libertad de elección por parte del Consejo de Familia, llegando a la conclusión de que el protutor era miembro del Consejo de Familia (vide supra).

También hemos visto cómo la Ley de reforma del Código civil francés de 14 de diciembre de 1964 declaraba de manera indudable, no sólo que el protutor debe ser elegido de entre los miembros del Consejo de Familia, sino que él mismo, una vez nombrado, es también miembro del Consejo de Familia (art. 407). Y BLONDY y MORIN (25) dicen comentando este artículo: “aunque el Consejo de Familia esté compuesto de cuatro, cinco o seis miembros, el protutor debe obligatoriamente ser uno de ellos. En revancha, el tutor —que no obstante, debe asistir a las sesiones del Consejo de Familia sin poder votar—, no es parte del Consejo de Familia”.

En el mismo sentido lo consideraba el Código civil sardo en su artículo 282: “En caso de oposición de intereses entre el menor y su tutor, el protutor, miembro del Consejo de Familia, no tendrá voto deliberativo. Se le reemplazará si hubiere lugar o fuese posible”.

¿Son estas soluciones aplicables al Derecho español? El Proyecto de 1851 resolvió este problema en el mismo sentido apuntando. En su artículo 191 se limitaba a enumerar los parientes que lo componían: “Compondrán el Consejo de Familia el Alcalde del domicilio del huérfano, y los cuatro parientes más allegados de éste: dos de la línea paterna y dos de la materna, que estén avencidados en el mismo pueblo o en otro que no diste más de seis leguas. Entre los parientes se comprenderán los maridos de las hermanas del menor mientras éstas vivan”. Pero en su artículo 193 disponía “Sin embargo de lo dispuesto en el artículo 191, todos los hermanos carnales y los maridos de las hermanas carnales serán vocales natos del Consejo de Familia, y si son tres (debe decir cuatro, según GARCÍA GOYENA) o más, no se les agregará ningún otro pariente”. Y en su apartado 2.º añadía: “*El tutor no puede ser vocal del Consejo de Familia*”. Esta pronunciación, en sí misma considerada, nos dice poco, ya que se limita a excluir al tutor del desempeño del cargo de vocal. Pero si la relacionamos con el comentario que el mismo GARCÍA GOYENA hace en el artículo 187 al re-

(25) BLONDY, P. y MORIN, G.: op. cit., pág. 125, apartado 261.

ferirse al nombramiento del Protutor —“*si en el Consejo no hubiera sino de la línea en que ha sido escogido el tutor, sería preciso nombrar protutor a un extraño*”—, llegaremos a la conclusión de que para el Proyecto de 1851, y sus redactores, el protutor, no sólo es elegido de entre los miembros del Consejo de Familia, sino que una vez elegido sigue siendo vocal, ya que el artículo 193 no lo excluye, y tiene derecho a ello por su parentesco próximo que hemos visto anteriormente, y que viene expresado en el artículo 191. Y sólo en el caso de no haber parientes próximos capaces o no incurso en la incapacidad especial de su artículo 187, en cuyo caso sería preciso nombrar para protutor a un extraño, dejaría de ser también vocal del Consejo de Familia.

Así pues, en el Proyecto de 1851 es elegido de entre los parientes próximos, miembros del Consejo de Familia, y después de ser elegido sigue perteneciendo a él, en calidad de vocal del mismo.

¿Esta regulación es aplicable al Código civil español? El Proyecto de 1882, presentado a las cortes Constituyentes por Alonso Martínez, vino a enturbiar la claridad presentada en este punto por el Proyecto de 1851, al declarar en su artículo 265: “El tutor y protutor no podrán ser nombrados vocales del Consejo de Familia”. Vemos aquí una modificación que por un lado enturbia la claridad del Proyecto de 1851, como hemos dicho antes, al excluir al protutor del cargo de vocal, que hasta este momento se le reconocía por el próximo parentesco; pero que por otro, viene a ratificarnos la idea de que el protutor es elegido, en el caso de existir pariente próximo capaz y no incurso en la incapacidad apuntada, de entre los anteriores vocales del Consejo de Familia. Y esto es así, porque el artículo reseñado está pensando en la posterior reconstitución del Consejo de Familia debida a la salida de uno de sus miembros para el desempeño del cargo de protutor —e incluso la de dos de sus miembros si pensamos también en el caso del tutor—, ya que la primera constitución del Consejo de Familia precede al nombramiento dativo de estos cargos. Y sólo para este caso declara que el tutor y el protutor no podrán ser nombrados vocales del Consejo de Familia, como lo eran antes, teniendo que recaer sus vacantes en dos nuevos parientes.

Esta misma dicción, con una ligera variante de redacción es recogida posteriormente por nuestro Código civil en su artículo 299, que dice: “El tutor y el protutor no podrán ser a la vez vocales del Consejo de Familia”. Por lo que encuentra aplicación aquí lo dicho anteriormente, ya que está pensando también en el nombramiento dativo de estos cargos sobre anteriores vocales del Consejo de Familia, de ahí que se vea en la necesidad de excluirlos de estos cargos, para que no desempeñen “a la vez” ambos, y obligue con ello a una nueva constitución del Consejo de Familia.

Así pues, el protutor dativo es un miembro nato del Consejo de Familia, o dicho de otra manera, es uno de los parientes próximos llamados por la Ley para desempeñar el cargo de vocal, ya que puede

darse el caso de que, cuando se proceda a la primera o posterior constitución del Consejo, un pariente próximo, con pleno derecho al cargo de vocal, decida renunciar a él para optar por el cargo de protutor, siempre que sea único en proximidad de grado y en no estar incurso en la incapacidad especial establecida en el artículo 235, en cuyo caso desaparecería la limitada libertad de elección del Consejo de Familia.

Así pues, este dato nos lleva también a pensar en un protutor, miembro nato del Consejo de Familia, y como tal, pariente próximo del tutelado.

i) *La opinión de la doctrina en la tutela dativa.*—La razón de aludir en este punto a la tutela dativa radica en que en materia legislativa existe la misma libertad de elección, por parte del Consejo de Familia, respecto a ambos cargos. Y así, al igual como hemos visto en el artículo 233, el artículo 231 se limita a decir que “no habiendo tutor testamentario, ni personas llamadas por la Ley a ejercer la tutela vacante, corresponde al Consejo de familia la elección de tutor en todos los casos del artículo 200”. Así pues, tampoco existe limitación legal alguna en este artículo.

Ahora bien, la doctrina, que no se ha ocupado de este punto en materia de protutela, ha hecho una interpretación restrictiva del artículo 231 en cuanto a esa misma libertad de elección del Consejo de Familia, por lo que nos es obligado acudir a este dato, debido a la indudable analogía existente entre estos órganos.

Y así, MUCIUS SCAEVOLA (26), en su comentario a los artículos 231 y 232, establece el orden de prelación respecto a la delación de la tutela: “Primero: el tutor testamentario. Segundo: el tutor legítimo hasta agotar el orden legal del llamamiento. Tercero: *los parientes hasta el sexto grado* del menor o incapacitado que residieren en el territorio de la tutela, que es el del Tribunal donde haya de registrarse. Y cuarto: el tutor elegido por el Consejo de Familia.

En el mismo sentido, RIMBLAS-MAJADA (27), en el comentario al artículo 231, dicen: “opinan los autores que el Consejo de Familia debe nombrar, con preferencia, a los parientes dentro del sexto grado, si los hay en el territorio del Juzgado, porque si no el tutor extraño nombrado podría excusarse según el artículo 245”.

E igualmente CASTAN (28) se hace eco de esta opinión al decir: “aunque las facultades del Consejo no tienen limitación expresa, opinan BURON y otros autores que debe ser nombrado, en primer término, alguno de los parientes dentro del sexto, especialmente si existieren dentro del territorio del Tribunal en donde deba ser ejercida la tutela, porque nada se adelantaría con designar a un extraño, toda vez que

(26) MUCIUS SCAEVOLA, Quintus: “Código civil, comentado y concordado”, 4.ª Ed., Tomo IV, Madrid, 1903, artículos 231 y 232.

(27) RIMBLAS-MAJADA: “Código civil interpretado y anotado”, 2.ª Ed., Barcelona, 1958.

(28) CASTÁN TOBEÑAS, José: *op. cit.*, pág. 303.

éste en el supuesto indicado, podría excusarse al amparo del artículo 245”.

Así pues, vemos que la doctrina consciente de la obligación familiar y moral que tienen los parientes de asumir estos cargos, acude el recurso de un artículo, el 245 —que en esencia no da pie para una tal interpretación pues sólo está exponiendo una excusa para los extraños, pero que, unido a la interpretación histórica, obliga a que se defiera el nombramiento en primer lugar hacia los parientes—, para dar vía legal a la anterior obligación, incurrida por otra parte, en la conciencia social (28 bis).

Y si esto es así en materia de tutela, no creo que debamos llegar a diferente solución en materia de protutela, ya que también para ella rige el sistema de tutela de familia, y en donde no sólo la interpretación histórica sino también la sistemática y la comparada, nos llevan a esta misma conclusión.

Así pues, este dato debe llevarnos también a pensar en un protutor pariente próximo del tutelado.

j) *La regulación en el caso de ausencia.*—También acudimos en este punto a la regulación de la ausencia por tratarse de una institución indudablemente análoga a la tutela de los incapacitados, tanto porque crea un estado jurídico productor de cierta incapacidad de derecho, llamada a surtir efecto después de la declaración judicial de su existencia, al igual como sucede en la tutela de los incapacitados, como porque la antigua regulación del artículo 183 se remitía al orden establecido por el artículo 220 para nombrar al representante del ausente, además de estar ambas instituciones en estrecha relación con el binomio “*omnis tutelae emolumentum successioneis*”, como veremos después. Y así su moderna regulación nos puede servir para apreciar la evolución existente en materia de relación familiar.

Y en este punto el artículo 181, para el caso de ausencia presunta o de hecho, en su párrafo 2.º, hace recaer el cargo de defensor en el cónyuge presente mayor de edad no separado legalmente; y por su falta, en el pariente más próximo hasta el cuarto grado, también mayor de edad; y en defecto de *pariente*, no presencia de los mismos o urgencia notaria, el juez nombrará persona solvente y de buenos antecedentes, previa audiencia del Ministerio Fiscal. Así pues vemos que se acude en este caso al parentesco, como primera premisa, y éste tiene especial mención en cuanto que incluido dentro del cuarto grado.

Y el artículo 184, para el caso de ausencia declarada, nombra en primer lugar al cónyuge presente mayor de edad, no separado legalmen-

---

(28 bis) Esta solución ha sido, además, la adoptada por el nuevo Código civil portugués del año 1966 en su art. 1.930, apartado 1.º, al tratar de la tutela legítima: “*Nao tendo o pai nem a mae designado tutor, ou nao sendo este confirmado, a tutela é deferida, ouvido o conselho de familia, e nao havendo razoes ponderosas em contrario, pela ordem seguinte:*

a) Aos ascendentes legítimos do menor, preferindo o de grau mais proximo.

b) Aos colaterais legítimos até au quarto grau, preferindo igualmente o de grau mais proximo”.

te; en segundo lugar, al hijo legítimo mayor de edad —si hubiere varios, serán preferidos los varones a las hembras, y el mayor al menor—, en tercer lugar, el ascendiente más próximo de menor de edad, de una y otra línea, con preferencia el varón a la hembra; en cuarto lugar, a los hermanos de doble vínculo, varones, mayores de edad, y con preferencia al mayor sobre el menor, y en su defecto a las hermanas de doble vínculo, también mayores de edad, y en igualdad de preferencia en razón a la edad; y en defecto de las personas expresadas, corresponde en toda su extensión a la persona solvente de buenos antecedentes que el juez, oído al Ministerio Fiscal, designe a su prudente arbitrio. Así pues, vemos que también en estos casos se atiende al parentesco próximo del representante del ausente para discernirle el cargo. E incluso en este caso, al igual como expresamente dispone el artículo 181, cabe llegar a la solución de nombramiento obligatorio por el juez de los demás parientes dentro del cuarto grado, si existen, con preferencia a los extraños. Esta interpretación podría basarse en que el actual artículo 184 no hace sino recoger el llamamiento legal del artículo 220 antiguo, con la ligera modificación de que no se refiere tan sólo a los abuelos, sino también a los demás descendientes, con lo que cabe aplicarle también el artículo 245, por analogía, en relación con el artículo 954 moderno, el artículo 181, lo que nos llevaría a la preferencia del nombramiento de los parientes dentro del cuarto grado, con referencia a los extraños.

Todo ello, dada su similitud a la tutela de los incapacitados, parece que debe llevarnos también a la misma conclusión en cuanto a los órganos nombrados dativamente en ella.

k) *Opinión de la doctrina.*—En su generalidad, la doctrina no se ha ocupado de este problema, seguramente por creerlo resuelto en el artículo 235. Pero ya hemos visto que este problema no está tan claro. Tampoco la jurisprudencia había tenido ocasión de pronunciarse sobre este tema concreto del parentesco, por lo que hubiese sido un camino para zanjar esta cuestión definitivamente si estas soluciones se hubiesen adoptado por la mencionada sentencia, pero desgraciadamente no ha sido así por ausencia de ese estudio minucioso que hubiese sido encomiable.

No obstante lo anterior, en la modesta búsqueda de antecedentes y autores que tratasen este tema, se ha encontrado uno que se planteó en su día este tema del parentesco. Hablamos de RIBERA y CAÑIZARES (29). Este autor, al tratar este tema, dice: “el nombramiento de protutor no puede recaer en pariente de la misma línea del tutor, o lo que es lo mismo, que si el tutor es pariente del menor o incapaz por la línea paterna, el protutor deberá serlo de la materna, o viceversa. En caso de que no exista parientes más que de una línea, si el tutor fuese nombrado de ella, el protutor habrá de ser un extraño, o

---

(29) RIBERA Y CAÑIZARES, Mariano: “Prontuario del Consejo de Familia, de la pretutela y de la tutela”, Tomo II, Valencia, 1905, pág. 12.

la inversa". Vemos aquí una repetición de lo que en su día expuso GARCÍA GOYENA. Y más adelante (30) continúa: "El Código, según ya hemos dicho, no establece la protutela legítima; pero en el caso de proceder la protutela dativa, el ser las mismas las causas de la excusa de la tutela y de la protutela da lugar a creer que *deben ser llamados con preferencia* al extraño los parientes del menor o incapaz dentro del sexto grado, siempre que no lo sean de la misma línea del tutor, toda vez que, en su artículo 955, le reconoce dicho Código el derecho eventual de heredar al menor o incapaz". Hay que observar, que este artículo 955, es el actual artículo 954, en el cual el parentesco colateral se ha limitado ya al cuarto grado.

### 3. CONCLUSIONES

De todo lo que llevamos expuesto hasta el momento, y sin perjuicio de establecer unas conclusiones definitivas al final del presente trabajo, podemos llegar por ahora a las siguientes:

A) *Supuesto de existencia de parientes del tutelado*, por otro lado no inhabilitados y capaces para el desempeño del cargo: Sobre ellos deberá recaer necesariamente el nombramiento de protutor. No obstante y a raíz de lo expuesto, cabe hacer aquí las siguientes distinciones:

a) Que existan entre los vocales natos del Consejo de Familia —entendiendo por tales no sólo los que verdaderamente constituyen el Consejo, sino también aquéllos que, siendo miembros legítimos por su próximo parentesco, optan por la posible elección del cargo de protutor—: en este caso debe recaer necesariamente en uno de ellos el nombramiento de protutor, a menos que todos ellos opten por el cargo de vocal, en cuyo caso es aplicable la siguiente hipótesis.

Esto es así porque ya hemos visto que todos los datos anteriormente expuestos nos llevaban al pariente próximo, y éste será parte, por su próximo parentesco, del Consejo de Familia. Aparte de que a esto mismo nos conducía el apartado del protutor como miembro nato del Consejo de Familia (vide supra). Además, a esta misma solución llega el nuevo Código civil portugués del año 1966, cuando en su artículo 1.955, apartado 1.º, dice: "A fiscalizaçao de acçao do tutor é exercida com carácter permanente por um dos vogais do conselho de familia, denominado protutor".

b) Que los parientes existentes, capaces y hábiles existan fuera del Consejo de Familia, o se llegue a ellos por la opción mencionada de los vocales: en este caso habrá que elegirlo entre el de grado más próximo el cual sería llamado, en caso de vacante, al Consejo de Familia, siendo su límite el cuarto grado.

Esto es así, porque siempre hay que llamar al pariente más próxi-

---

(30) RIBERA Y CAÑIZARES, Mariano, op. cit., pág. 18.

mo. Y la limitación al cuarto grado, procede de la aplicación analógica del artículo 245, puesta al día por el artículo 954. O sea, que el antiguo artículo 955 establecía: “El derecho de heredar abintestato no se extiende más allá del sexto grado de parentesco en la línea colateral”; a raíz de esta prescripción el artículo 245 limita la excusa a la existencia de parientes en este grado en el territorio del Tribunal que difiere la tutela. Pero posteriormente el Real Decreto-ley de 13 de enero de 1928, da nueva redacción a los artículos 954-957, quedando redactado el artículo 954 de la siguiente forma: “no habiendo hermanos, ni hijos de hermanos, ni cónyuge supérstite, sucederán en la herencia del difunto los demás parientes del mismo en línea colateral hasta el cuarto grado, más allá del cual no se extiende el derecho de heredar abintestato”; y sin embargo, el artículo 245 no ha sido puesto al día reduciéndolo al cuarto grado. De aquí que nosotros acojamos la solución de la reducción al cuarto grado, que por otro lado está relacionada, como veremos después, con el binomio “*onus tutelae-aemolumentum successionis*”.

B) *Supuesto de inexistencia de parientes*, hábiles y capaces para el desempeño del cargo, dentro del cuarto grado: En este caso el Consejo de Familia es completamente libre para designar para el cargo de protutor a la persona que tuviese por más capacitada. E incluso en este punto, cabría hacer las siguientes distinciones, si bien éstas no tendrían fuerza legal alguna:

a) Existencia de parientes, hábiles y capaces, dentro de los grados quinto y sexto: entre ellos debería recaer el nombramiento de protutor.

b) Inexistencia de los anteriores parientes, pero existencia de amigos íntimos de la familia: entre éstos debería recaer el nombramiento de protutor, pues aún es presumible en ellos, por su mismo lazo de amistad, un afecto hacia el tutelado.

c) Inexistencia de amigos íntimos de la familia: en este caso el Consejo de Familia podrá nombrar para el desempeño del cargo de protutor a la persona vecina que tenga por más competente para el ejercicio de este cargo.

De todo lo anterior se deduce que la solución al problema del parentesco debe ser en el sentido de entender la prescripción del artículo 235 como una norma imperativa que manda al Consejo deferir el cargo de protutor, siempre que sea posible y no se oponga el más grande interés del tutelado al pariente más próximo.

#### B) *La línea de parentesco en el protutor.*

El segundo problema que surge de un estudio detenido del artículo 235 es el referente a la línea de parentesco en el protutor.

En un principio, vimos cómo era necesario integrar el artículo 235 con el concepto “tutelado”, a fin de que una interpretación estrictamente literal no nos llevase a la conclusión de reputar la referencia

“de la misma línea” como completamente inútil. Y en su consecuencia interpretamos este artículo de la siguiente manera: “El nombramiento de protutor no puede recaer en pariente del tutelado, que pertenezca a la misma línea del tutor”.

Partiendo de esta idea, pusimos en relación los conceptos “protutor”, “pariente” y “tutelado”, y nos planteamos el primer problema enunciado del parentesco, en el que en base a una interpretación histórica, comparada y sistemática, llegamos a la solución de una delación dativa obligatoria en favor de los más próximos parientes, con preferencia a los demás parientes y a los extraños.

Y es llegado ahora el momento de cerrar el círculo de conceptos del artículo 235, para así poner en claro su contenido, relacionando los tres conceptos apuntados —protutor, parentesco y tutelado—, con los dos restantes “línea” y “tutor”; ya que el concepto “línea” no sólo guarda relación con los de “protutor” y “tutor” sino también con el de “tutelado”, que es el que da sentido a toda la dicción del artículo, y a su vez todos están relacionados con el concepto “pariente”, tal como hemos visto anteriormente para los tres órganos de la tutela.

Así pues, partiendo de este último concepto, ya vimos cómo era necesario que estos próximos parientes existieran, fuesen capaces y hábiles, a fin de que pudiesen desempeñar el cargo de protutor. En cuanto a su existencia, es un mero hecho jurídico, fácil de constatar. En cuanto a su capacidad, podremos distinguir entre capacidad jurídica, capacidad de obrar y capacidad para el desempeño del cargo de protutor; en cuanto a la primera de todas ellas, bastará con ser persona; en cuanto a la segunda, bastará que esta persona esté en el pleno uso de sus derechos civiles; y en cuanto a la tercera, habrá que relacionarla con los artículos 237 y 238 del Código civil que establecen una incapacidad especial para desempeñar los cargos de tutor y protutor. Y en cuanto a su habilidad, habrá que ponerla en relación con el artículo 235, en donde se establece ésta para los parientes de distinta línea del tutor.

Es aquí donde surge el problema de la línea. ¿Cómo habrá que interpretar la referencia “no puede recaer en pariente de la misma línea del tutor”? ¿Se refiere al concepto de línea del artículo 916? ¿O es un concepto de línea extraño al derecho español? El mismo artículo 235 no nos soluciona el problema, ni directamente, ni por remisión, y por ello habrá que acudir de nuevo a la regulación de este concepto en el Derecho francés, cuna de esta institución, para estudiarlo después detenidamente en nuestro ordenamiento jurídico.

## 1. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 423 DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS.

Antes de entrar en el estudio de esta materia en el Derecho francés conviene hacer la misma salvedad que hicimos en el apartado anterior, respecto a que esta materia ha sido reformada por la Ley

de 14 de diciembre de 1964, por lo que primero estudiaremos su regulación primitiva, que fue la que recogió nuestro Proyecto de 1851 y posteriormente pasó a nuestro Código civil, para aludir después a la reforma.

a) *La regulación primitiva.*—Como ya hemos apuntado anteriormente, el antiguo artículo 423 del Código civil francés está presuponiendo un concepto no expresado: “La referencia a las líneas del tutelado”, y así lo ha entendido siempre la doctrina francesa, en donde existe unanimidad absoluta a este respecto, no planteándose por el contrario ningún problema en esta materia

Ahora bien, la misma unanimidad existe respecto a lo que hay que entender por “líneas”, refiriéndolas a la división entre línea paterna y materna, aun siendo el caso de que el artículo 423, al igual que sucede con nuestro artículo 235, no señala ni expresamente, ni por remisión, qué clase de línea debe entenderse aquí —“dans celle des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartiendra point”—, y no obstante la existencia de dos clases diferentes de línea —paterna y materna (artículos 733 y 734) y directa y colateral (art. 736)— en materia de sucesión.

Así pues, cabría preguntarse el por qué la doctrina francesa entiende la referencia a las “deux lignes” en el sentido de líneas paterna y materna, y no en el de directa y colateral. La razón es obvia. Para el Derecho francés sigue teniendo plena vigencia la relación “*onus tutelae-aemolumentum successionis*” y por ello para la regulación de toda la materia de la tutela, tanto en lo referente al protutor, como al tutor y al Consejo de Familia, acuden para la determinación de los parientes obligados al desempeño de estos cargos, a los órdenes establecidos en materia de sucesiones. Y ya en esta materia, el artículo 733 dice: “*Toute succession échue à des ascendants ou à des collatéraux, se divise en deux parts égales: l'une pour les parents de la ligne paternelle, l'autre pour les parents de la ligne maternelle... Il ne sera fait aucune dévolution d'une ligne à l'autre, que lorsqu'il ne se trouve aucun ascendant ni collatéral de l'une des deux lignes*”; y el artículo 734 dice: “*Cette première division opérée entre les lignes paternelle et maternelle, il ne se fait plus de division entre les diverses branches; mais la moitié dévolue à chaque ligne appartient à l'héritier ou aux héritiers les plus proches en degrés, sauf le cas de la représentation, ainsi qu'il sera dit ci-après*”. Y para establecer esta proximidad de grado, es cuando se acude al concepto de grado y línea directa y colateral. Y así el artículo 735 dice: “*La proximité de parenté s'établit par le nombre des générations; chaque génération s'appelle un degré*”; y el artículo 736 dice: “*La suite des degrés forme la ligne: on appelle ligne directe la suite des degrés entre personnes qui descendent l'une de l'autre; ligne collatérale, la suite des degrés entre personnes qui ne descendent pas les unes des autres, mais qui descendent d'un auteur commun...*”.

Esta aplicación de las líneas paterna y materna está clara en ma-

teria de tutela (art. 402, que acude en materia de tutela legítima a los ascendientes: los paternos en primer lugar y los maternos posteriormente, en igualdad de grado) y del Consejo de Familia (art. 407, que manda tomar la mitad del lado paterno y la mitad del lado materno). Y en materia de protutela, en donde no existe disposición legislativa expresa en este sentido, por interpretación de la doctrina y de la jurisprudencia (vide supra), se aplica también en base a la relación "onus tutelae aemolumentum successionis". Y así en DEMOLOMBE cuando dice: "porque los parientes de cada una de estas líneas serían igualmente llamados a suceder al menor si muriese sin descendencia (art. 733)".

Así pues, en la regulación primitiva del Derecho francés el protutor no puede pertenecer a la misma línea del tutor, tomando el concepto línea en el sentido de paterna y materna, de tal modo que si el tutor pertenece a una de ellas, un pariente sólo será hábil para el cargo de protutor, cuando pertenezca a la otra —exceptuando el caso de los hermanos carnales, como hace el artículo, porque pertenecen a ambas líneas—, y sólo en el caso de inexistencia de pariente hábil habrá que nombrar para protutor a un extraño.

b) *La reforma de la Ley de 14 de diciembre de 1964.*—Esta Ley respondiendo a las exigencias prácticas y a la evolución sufrida por la familia de comprender dentro de la estricta relación familiar a los parientes más próximos, ha reformado el artículo 423 respecto a la exigencia de líneas opuestas entre tutor y protutor, en el sentido de exigir este requisito "autant que possible".

Y así el nuevo artículo 423 dice: "Si le tuteur n'est parent ou allié du mienur que dans une ligne, le subrogé tuteur est pris, autant que possible, dans l'autre ligne".

Y esta dicción lleva a las siguientes consecuencias, ampliando las que exponen BLONDY y MORIN (31):

a) Si el tutor pertenece a ambas líneas, no por ello habrá que nombrar para protutor a un extraño, sino que se nombrará de igual manera a uno de los miembros del Consejo de Familia (art. 420), siendo indiferente que pertenezca a una u otra línea o también a ambas.

b) Si el tutor pertenece a la única línea existente, tampoco se nombrará para protutor a un extraño, sino que se nombrará a uno de los miembros del Consejo de Familia (art. 420), siendo indiferente que ambos sean de la misma línea.

c) Si el tutor pertenece a una sola línea, el protutor será elegido, "autant que possible", en la otra línea, según recomendación hecha por el artículo 423 al Consejo de Familia, pero sin prejuzgar que, si en esta línea no hubieran parientes capaces, o lo exigiese el "más grande interés del menor", se eligiese para protutor a otro miembro del Consejo perteneciente a la misma línea del tutor, ya que el protutor, según esta reforma, ya no debe obligadamente ser elegido

---

(31) BLONDY, P. y MORIN, G.: op. cit., pág. 147, apartado 314.

en la línea opuesta a la del tutor, como se exigía en la antigua regulación.

Y d) Si el tutor fuese un extraño (testamentario), el protutor sería elegido de una de las dos líneas, o de la única existente, o de entre los parientes pertenecientes a ambas líneas.

Así pues, según la reforma, el concepto de línea sigue siendo el de la línea paterna y materna, y ya no debe obligatoriamente elegirse al protutor en la línea opuesta del tutor. Se da así entrada a las exigencias modernas de la familia, en cuanto a la pérdida de cohesión de sus miembros.

## 2. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 235 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Una vez vistas las interpretaciones del artículo 423 del Código civil francés, tanto en su regulación antigua como en la actual, dadas respectivamente por la doctrina y la jurisprudencia y por la Ley de 14 de diciembre de 1964, cabe preguntarse qué interpretación habrá que dar al concepto "línea" de nuestro artículo 235, y cómo habrá que entender esa inhabilidad especial que el mismo artículo establece.

"Prima facie" caben, respecto al concepto "línea", tres soluciones diferentes: 1) En el sentido de línea paterna y materna tal como lo entienden los franceses. 2) En el sentido de línea directa y colateral, tal como lo entiende la mayoría de la doctrina española. Y 3) en un sentido diferente, por no tener cabida ninguno de los anteriores conceptos en la norma del artículo 235.

Ahora bien, ¿qué solución habrá que aplicar? Para llegar a una conclusión definitiva deberemos examinar en primer lugar la antigua relación "*onus tutelae-aemolumentum successionis*", ya que los franceses basaban en ésta su interpretación, para ver después en qué sentido lo recogió nuestro Proyecto de 1851, introductor de esta figura en nuestro Derecho; y una vez aquí ver la moderna relación "*onus tutelae-aemolumentum successionis*", y su aplicación a nuestro punto; y pasando por la interpretación de la doctrina y sus consecuencias, obtener el concepto de "línea", para con base en ello aclarar la inhabilidad especial de este artículo con sus consecuencias.

a) *La antigua relación "onus tutelae-aemolumentum successionis"*.—En la antigua civilización griega, en donde destacó la personalidad del hijo de la del padre y de los parientes, distintamente a lo acaecido en los pueblos primitivos, la tutela era establecida en interés de la familia, para conservar el patrimonio del pupilo a los presuntos herederos. Era una tutela legítima y familiar. Pero una evolución posterior, y debida a la intervención del padre (tutela testamentaria) y de la autoridad pública (tutela dativa), la convierte en un órgano de protección pupilar, perdiendo su carácter exclusivo de carácter patrimonial.

La misma evolución cabe observar en el Derecho romano, en el que durante casi toda la época republicana se conocen sólo la tutela testamentaria y la legítima, y ambas, como han puesto de relieve BONFANTE y SOLAZZI, se muestran en estrecha relación con la herencia: presuponen la muerte del paterfamilias y se defiere del mismo modo que la herencia. La tutela testamentaria no tiene entonces una función de protección de las personas, sino de cuidado del patrimonio en interés de la familia. De ahí que no sea posible nombrarle un tutor al heredero extraño, ni nombrárselo al filius cuando no se le asigna nada en la herencia; y de esto la regla que todavía recuerda PAULO, conforme a la cual "tutor separatim pecunia dari non potest". Y la misma función tiene la tutela legítima: a falta de tutor testamentario la tutela corresponde al "adgnatus proximus", que es precisamente la misma persona que sucedería al impúber, si éste muriera en la impubertad.

Esta concepción arcaica se supera para dar paso a la función protectora que, según GAYO, es una exigencia universal. Y así considerando intolerable que un impúber no tenga tutor (por no tener bienes), la lex Atilia del siglo II a. de J. C. impone al pretor el nombramiento de tutor (tutor atilianus o dativus). La Ley Julia et Titia impone la obligación de hacer otro tanto en las provincias a los respectivos gobernadores. Estas disposiciones marcan ya una nueva orientación en la disciplina de la tutela, la cual pierde su primitivo carácter para asumir decididamente una función protectora; no es ya un derecho o una potestad, sino un deber (munus) en interés del pupilo y de contenido no exclusivamente patrimonial; de ahí el principio "tutor datur personae".

Y casi la misma evolución cabe observar en el Derecho germánico, en donde la tutela se defería a la Sippe, que podía ejercer dicha tutela en mano común. Sin embargo, ya desde sus primeros tiempos, solía transmitir el ejercicio de la tutela a uno de sus miembros que la desempeñaba como fiduciario (Treuhänder) de la propia Sippe; y en estos casos se encargaba al pariente más próximo del pupilo, entre los llamados "parientes de espada" (abuelo, tío, etc.). Y con la debilitación de la unión de la Sippe se destacó de manera más fuerte la pretensión del pariente de espada más próximo para asumir la tutela de quien estaba necesitado de asistencia. El pariente de espada pasó así a ser un tutor nato, quedando limitada la función de la Sippe a una vigilancia ejercitada sobre el tutor.

No obstante, también se supera esta concepción a partir del siglo XIII, para dar paso a la tutela pública, ejercida primero por el Rey y su Consejo con creación de autoridades tutelares supervisoras, y llegando posteriormente a la supertutela de autoridad.

Ahora bien, a pesar de estas evoluciones, la tutela, como dice CASTÁN (32), "Conserva siempre vestigios de su origen y no llega a sobreponerse por entero a pesar de los deberes personales que entraña,

---

(32) CASTÁN TOBEÑAS, José: op. cit., pág. 278.

a su primitivo carácter patrimonial". Y así lo podemos observar en nuestro derecho histórico, en primer lugar en el sistema gótico o nacional, reflejado en el Fuero Juzgo, Fueros municipales, Fuero Viejo y Fuero Real, en donde, como hemos visto anteriormente, corresponde la tutela a los parientes más propíncuos, volviendo a renacer así la relación "onnus tutelae-aemolumentum successionis", que no obstante su función protectora, sigue recayendo en los parientes próximos, presuntos herederos. Y posteriormente, en el mismo sentido, el sistema romano, reflejando en las Partidas, en donde, como también hemos visto, corresponde la tutela legítimamente, en defecto de tutor testamentario, al pariente más cercano (vide supra).

Y este mismo sistema en el que pasa posteriormente a la Ley de Enjuiciamiento civil, en cuyo artículo 1.836 se dice: "No habiendo tutor nombrado por el padre, la madre u otra persona que haya instituido heredero al menor, o dejándole manda de importancia, designará el Juez para este cargo al pariente a quien corresponda con arreglo a la Ley".

Así pues, hasta la publicación de nuestro Código civil la relación "onnus tutelae-aemolumentum successionis", aunque está asentada en la función protectora del menor, sigue teniendo plena vigencia por cuanto siempre son llamados legítimamente al desempeño de la tutela los parientes más próximos, por otra parte presuntos herederos, fuera del caso de la delación testamentaria.

b) *El proyecto de 1851.*—Cabe preguntarse en primer lugar si el proyecto sigue la línea marcada por los antecedentes históricos españoles en cuanto a la relación "onnus tutelae-aemolumentum successionis". Una respuesta clara en este sentido la tenemos en el comentario al artículo 172 que dice: "la sencilla razón dicta que mirarán más por la persona y bienes del menor los que le tocan más de cerca por los vínculos de sangre; y a lo piadoso y moral de esta presunción se agrega respecto a los bienes el interés que deben tener por su conservación y fomento las que generalmente han de tener mayores esperanzas de heredarlos"; y también en el apéndice que hace al tercer capítulo, sobre la tutela legítima (33): "Los Códigos francés, sardo, napolitano y de la Luisiana, limitan esta tutela a la línea recta ascendente. El Derecho romano, en su último estado, y el Patrio, la deferían sin distinción de líneas y grados a los parientes más cercanos, "Authentica sicut hereditas", título 30, Libro 5 del Código, y Ley 9, título 16, Partida 6; nosotros hemos adoptado un término medio admitiendo a los ascendientes y hermanos". La limitación hasta los hermanos la harían por pensar en la tutela de los menores en donde rara vez no existen los ascendientes o éstos, más teniendo en cuenta su corta duración. Pero sin prejuzgar la delación obligatoria en favor de los demás parientes caso de inexistencia de éstos. Así pues en principio admite esta relación, y obra en consecuencia.

---

(33) GARCÍA GOYENA: op. cit., pág. 193.

En este estado de cosas, es cuando recoge el artículo francés referente al protutor, y dice en su artículo 187, párrafo tercero: “en el caso de que el tutor sea pariente del menor no podrá ser nombrado el protutor de la misma línea”.

Es esencial para la perfecta solución de este problema perfilar el concepto de línea empleado por el Proyecto, ya que a partir de aquél, se recoge el mismo concepto en los posteriores Proyectos y en nuestro Código civil, sin aludir nunca a qué concepto se refiere.

¿En qué sentido se recogió el concepto “línea”? Lo más natural hubiese sido recogerlo en el sentido de línea directa y colateral, tal como lo emplea en materia de sucesión, por la conexión de ambas instituciones ya dicha. Pero aquí aparece el tremendo error del Proyecto de 1851; por un lado parece admitir la anterior relación, y así recoge el artículo francés redactado en este sentido; pero por otro al llegar a la materia de sucesión, sigue los antecedentes romanos, y establece la sucesión de forma diferente a la francesa. Y así en su artículo 751, dice: “En las herencias el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación. Los que se hallen en el mismo grado heredarán por partes iguales, sin perjuicio de lo que dispone sobre el doble vínculo”. En su artículo 764, dice: “A falta de hijos y descendientes del difunto, los heredarán sus ascendientes con absoluta exclusión de los colaterales”. Y en su artículo 766 dice: “A falta de padre y madre del difunto, le heredarán los demás descendientes más próximos en grado, y en partes iguales, aunque sean de distintas líneas”. Y en el comentario a este artículo dice: “Los motivos de la *innovación* que contiene este artículo llamando a los ascendientes más próximos en grado para heredar por partes iguales aunque sean de distintas líneas, pueden verse en mi apéndice número 10”. Y en éste alega (34): “Opino por lo tanto que a falta de padres deben los abuelos, como más cercanos e iguales en grado, suceder igualmente o in capita al nieto; pues a más de lo que ya llevo expuesto, si en este caso se admitiera la sucesión por líneas habría de admitirse también, como la admite el Código francés, cuando quedan padre o madre solos y hay abuelos del otro lado, porque siempre sería cierto que en este último caso hay dos líneas, paterna y materna”.

Así pues, en materia sucesoria se separa tajantemente de la legislación francesa, e incluso parece justificarse por no recoger la misma división de líneas paterna y materna, a las que alude expresamente en esta materia. De aquí la confusión en que inciden muchos autores posteriores al interpretar el concepto línea, asimilándolo a línea directa y colateral, ya que a pesar de esta regulación sucesoria diferente, el Proyecto de 1851 recoge el concepto línea, a través de toda la materia referente a la tutela, en el sentido de línea paterna y materna, y no en el de directa y colateral. Y que esto es así nos lo demuestran:

- 1) En materia de tutela: el artículo 182 que dice: “La tutela

---

(34) GARCÍA GOYENA: op. cit., pág. 351 in fine.

legítima corresponde únicamente a los abuelos y hermanos del menor por el orden siguiente: 1.º: Al abuelo paterno 2.º: Al abuelo materno. 3.º: A la abuela paterna y materna por el mismo orden, mientras se conserven viudas. 4.º: A los hermanos varones, siendo preferidos los que lo sean por ambos lados, y entre ellos el de mayor edad. Todas estas personas se reemplazarán en la tutela por el orden que van designadas". Y en el comentario a este artículo nos dice: "La preferencia que se da en los números 1 y 3 a la línea paterna, es una consecuencia necesaria de la misma organización de la familia".

En este mismo sentido se expresaba el artículo 402 francés, modificado en el sentido de no incluir los demás ascendientes e incluir a los hermanos. La referencia a las líneas paterna y materna es clara.

2) En materia de Consejo de Familia: basta con aportar el artículo 191 que dice: "Compondrán el Consejo de Familia el alcalde del domicilio del huérfano, y los cuatro parientes más allegados de éste; dos de la línea paterna y dos de la materna, que estén avencindados en el mismo pueblo o en otro que no diste más de seis leguas. Entre los parientes se comprenderán los maridos de las hermanas del menor, mientras éstas vivan".

Con este artículo nos basta para ver la referencia en esta materia a las líneas paterna y materna.

3) En materia de protutela: Nos sucede en esta materia lo mismo que a los franceses; normativamente hablando, no existe una disposición expresa que aluda a este concepto de línea en esta materia. Pero de los comentarios de GARCÍA GOYENA, al igual como hemos visto en la legislación francesa a través de su doctrina y jurisprudencia, puede deducirse esta interpretación. Y así:

a) En el comentario al artículo 186, seguramente interlineado por el editor, ya que corresponde al artículo siguiente, cuando dice: "*en la misma línea*: sin embargo podrá ser nombrado un hermano entero o carnal, porque abraza las dos líneas". Y en este caso no se refiere a línea directa y colateral, pues el hermano carnal es simple pariente colateral, nunca directo; pero sí se refiere a línea paterna y materna, ya que el hermano entero o carnal pertenece a ambas por ser descendiente, al igual que el tutelano.

b) Y en el comentario al artículo 187 cuando dice: "*en la misma línea*: tomándose el tutor y protutor en una misma línea, podría temerse la preponderancia o colusión en ella. Si en el Consejo no hubiera sino de la línea en que ha sido escogido el tutor, sería preciso nombrar protutor a un extraño". Si se aplicase aquí el concepto de línea en el de directa y colateral, las consecuencias serían las siguientes: si el tutor fuese el abuelo paterno, el protutor no podría serlo el materno por ser de la línea directa, y habría que buscar un pariente colateral, en cuyo caso podría ser un hijo del primero, y caeríamos en la colusión o preponderancia que se quiere evitar. Sin embargo, aplicando el concepto de línea en el de paterna y materna, ya

no caeríamos en ese absurdo, ya que en este sentido y no otro, ésta pensaba la norma.

Así pues, el Proyecto de 1851 entiende el concepto línea en el sentido de paterna y materna, y no en el de directa y colateral, o en otro distinto que hubiese podido tomar para adaptar la legislación francesa a la española, en cuanto a la sucesión.

c) *La moderna relación "onnis tutelae-emolumentum successionis"*.—La innovación apuntada por el Proyecto de 1851, respecto de la limitación de la tutela legítima a los ascendientes y hermanos del tutelado, es recogida por nuestro Código civil en sus artículos 211, 220 y 230. Y con base en estos artículos empieza a esbozarse por la doctrina y la jurisprudencia españolas una nueva concepción de la relación arriba apuntada. Y en este nuevo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1943: "respecto de la tesis sustentada en el recurso sobre la conexión entre el "aemolumentum successionis" y el "onnis tutelae", que aunque en términos generales sean estimados uno y otro como consecuencia del parentesco, no es posible admitir que el criterio de una hermética correlación entre ambos inspira los preceptos de nuestro Código civil, como lo demuestran entre otros, sus artículos 220 y 230, que a efectos de designación de tutor legítimo, en los casos por ellos regulados, limitan los llamamiento en la línea colateral al segundo grado, a pesar de que en esa línea, y con arreglo al artículo 954, se extienden hasta el cuarto los establecidos en la sucesión intestada; y este criterio de no absoluta correlación de llamamientos se evidencia en lo referente a la composición del Consejo de Familia por la generalidad de los términos empleados en el párrafo último del artículo 294, el cual al designar las personas que deberán formar parte de aquél, a falta de ascendientes, descendientes, hermanos y maridos de las hermanas vivas, llama a los cinco parientes varones de más próximo parentesco, sin fijación de límite en el grado; pero, además, y bajo distinto aspecto, no cabe olvidar que si bien en nuestro Derecho está concebida como institución familiar la tutela, es igualmente indudable que el organismo constitutivo de la misma se halla integrado no sólo por el tutor, el protutor y el Consejo de Familia, sino, además, por la Autoridad judicial, como ya declaró el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de diciembre de 1901, y a dicha autoridad compete adoptar aquellas resoluciones que estime necesarias en cada caso para defender los intereses del menor o incapaz, según terminante disposición del artículo 292 del citado Cuerpo legal, criterio de amplitud de facultades que en materia de constitución del Consejo de Familia, aplica también la Sentencia de 6 de abril de 1916, declarando que el artículo 296 del Código civil autoriza a los Tribunales de la manera más absoluta para subsanar las nulidades y reparar los errores en que se hubiera incurrido".

Ahora bien, ¿es plausible esta doctrina? Parece que habría que hacer algunas distinciones, viendo además la evolución de los artículos que se refieren a las diferentes tutelas legítimas. Y así:

a) En primer lugar, habrá que referirse esta relación no sólo a los llamamientos legítimos de los artículos 211, 220 y 230, sino también a los llamamientos dativos en cuanto que la interpretación de una norma, histórica y doctrinalmente, obligue al Consejo de Familia a deferir la tutela en los parientes, con preferencia a los extraños.

b) Y en segundo lugar, habrá que distinguir no sólo entre las diferentes clases de tutelas, sino también entre los diferentes órganos de la tutela, para ver si se da o no en ellos esta hermética correlación de la relación apuntada. Y así:

A) EN LA TUTELA: Dentro de ella habrá que distinguir entre:

1) Tutela de los menores no emancipados: En el artículo 211 se sigue un llamamiento legal que se corresponde casi exactamente con el de la sucesión abintestato hasta el llamamiento de los hermanos del causante, exclusión hecha del no llamamiento en favor de los demás ascendientes del tutelado, al igual que hizo el Proyecto de 1851 en su artículo 182.

Ahora bien, no por ello, fuera de estos llamamientos, el Consejo de Familia es enteramente libre para designar el tutor, sino que aquí aparece en toda su plenitud la aplicación del artículo 245, cuya interpretación histórica y doctrinal obliga al Consejo de Familia a elegir el tutor entre los restantes parientes próximos dentro del cuarto grado (de acuerdo con la puesta al día del artículo 245 en relación con la nueva redacción del artículo 954: vide supra).

Así pues, en esta clase de tutela hay una hermética correlación de la relación apuntada, a partir del llamamiento de los hermanos del tutelado. Máxime con la reforma del año 1958 que llama también a las hermanas del tutelado, que con anterioridad estaban excluidas. No obstante, hay que reconocer que en el caso de tutela de los menores, es raro el llamamiento a favor de los parientes fuera del caso de los hermanos, ya que casi siempre existirá alguno de los anteriores llamados, dada la duración tan corta de la tutela. De ahí, tal vez, la razón de esta limitación que incomprensiblemente, se ha extendido a la tutela de los incapacitados.

2) Tutela de los incapacitados: En los artículos 220 y 230 se sigue también un llamamiento legal, en cuanto a sus tres primeros llamamientos, completamente diferentes a la sucesión abintestato, pues aunque todos ellos son posibles herederos, no siguen el mismo orden.

Ahora bien, la correlación vuelve a existir, lo mismo que en el supuesto anterior, a partir de los hermanos y hermanas (reforma del año 1958), con la aplicación subsidiaria del artículo 245, y la obligación de elección en el Consejo de Familia.

Así pues, también aquí hay una hermética correlación a partir del llamamiento a los hermanos. Y este supuesto es harto más fácil en cuanto que cabe pensar en incapacitados que llegan a avanzada edad, en cuya época puede suceder que no existan ya sus hermanos, y tengan que encargarse de su tutela, o bien sus sobrinos o los hijos de éstos, los cuales, si bien no tienen un llamamiento legal a su favor, sí tienen

derecho al desempeño de estos cargos, por la aplicación del artículo 245 del Código civil.

B) EN LA PROTUTELA: Ya hemos visto cómo para este cargo no existen los llamamientos legítimos por razones que guardan estrecha relación con la inhabilidad especial del artículo 235. Ahora bien, también hemos visto, en línea de principio, cómo una interpretación histórica, sistemática y comparada nos daba un llamamiento en favor de los más próximos parientes.

Así pues, y sin perjuicio de la aplicación posterior del artículo 235, habrá que llegar a la conclusión de que en este punto rige absolutamente la correlación ya apuntada.

C) EN EL CONSEJO DE FAMILIA: Es éste el supuesto más claro de la vigencia absoluta de la relación apuntada, en cuanto que el artículo 294 llama claramente, a falta de descendientes, ascendientes y hermanos, a los parientes más próximos para desempeñar los cargos de vocales del Consejo de Familia.

El Tribunal Supremo aduce este supuesto, en la sentencia anteriormente citada, como apoyo a su tesis, alegando que no se da la hermética correlación por no haber fijación en el grado, lo que hace sobrepasar el cuarto grado, último de la sucesión abintestato. Pero contra esto cabe aducir que esta ilimitación en el grado no se da porque no exista la correlación anterior, sino por la existencia misma del sistema de tutela de familia, seguido por nuestro Código civil, lo que lleva a hacer recaer estos cargos siempre que sea posible, en los parientes, o sea en la familia. Además no cabe pensar, que el anterior artículo limitase el llamamiento al cuarto grado, y luego llamase al Estado, para que la correlación fuese absoluta, pues eso sería absurdo.

Por otro lado basta observar la nueva redacción dada al artículo 294 por la reforma del año 1958, en que la supresión de la referencia a las líneas paterna y materna da más base para mantener esta absoluta correlación, que antes pudo estar por ello algo enturbiada. E igual sucede con la supresión del llamamiento a los maridos de las hermanas vivas del menor e incapacitado.

Así pues, cabe concluir que esta correlación se da en toda su plenitud en cuanto que referida a la protutela y al Consejo de Familia, y atenuada, en cuanto que se da a partir del llamamiento de los hermanos, por lo que se refiere a las clases de tutela.

Y establecida de esta manera la moderna relación “*onus tutelae-aemolumentum successionis*”, podemos pasar a ver el concepto de línea aplicable al artículo 235.

d) *La opinión de la doctrina.*—La misma doctrina nos confirma la teoría anterior en cuanto que para interpretar el concepto de línea no piensa ni por un momento en un concepto distinto al establecido en materia de sucesión.

Ahora bien, en punto al concepto de la línea del artículo 235 no es unánime la opinión de la doctrina española, contrariamente a lo

acaecido en el Derecho francés, como hemos visto anteriormente. Y en este punto cabe distinguir entre tres grupos de autores, de acuerdo con las tres soluciones apuntadas del concepto de línea:

A) Los que lo entienden en el sentido de línea paterna y materna, tal como lo entiende el Código civil francés, y tal como fue recogido por nuestro Proyecto de 1851. En este grupo se encuentran RIBERA y CAÑIZARES (35) —en cuanto que entiende que “el nombramiento de protutor no puede recaer en pariente de la misma línea del tutor, o lo que es lo mismo, que si el tutor es pariente del menor o incapaz por la línea paterna, el protutor deberá serlo de la materna o viceversa”—, ESCOBAR DE LA RIVA (36) y RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE (37), que sigue la opinión del anterior, en cuanto que entienden que “no puede ser designado protutor quien sea pariente del tutor y del pupilo por la misma línea. Aplicando la regla: si entre ambos existiese vínculo de parentesco por línea de varón, no podrá ser protutor el pariente de uno y de otro por dicha línea: pero podrán serlo los parientes del pupilo por línea materna, porque no están, en relación a éste, en la misma que el tutor”.

B) Los que lo entienden en el sentido de línea directa y colateral, por remisión al concepto de línea del artículo 916. En este grupo se encuentra la mayoría de la doctrina española que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este punto, siendo sus principales exponentes SÁNCHEZ ROMÁN (38), MANRESA y NAVARRO (39) y CASTÁN (40), en cuanto que entienden que “como este precepto no distingue hay que comprender en él todo parentesco de consanguinidad, en línea recta o colateral”. No obstante, SÁNCHEZ ROMÁN y CASTÁN excluyen el parentesco de afinidad, ya que, “a pesar de su analogía en grados con el de consanguinidad, no existe identidad de líneas”.

Y C) Los que lo entienden en un sentido diferente, aun utilizando los anteriores conceptos de línea directa y colateral. En este grupo se encuentra MUCIUS SCAEVOLA (41), en cuanto que entiende que “en la línea recta descendente o ascendente las dificultades quedan desconectadas, porque siendo una sola todos los situados en ella serán incompatibles entre sí. En el parentesco colateral es posible la concurrencia de diversas líneas, saliendo todas ellas de un tronco común, y dentro de estas líneas puede producirse independientemente unas de otras el parentesco colateral. En nuestro sentir, lo que el Código pretende es que los parientes de una de esas líneas dimanantes del tronco

(35) RIBERA Y CAÑIZARES, Mariano, op. cit., pág. 12.

(36) ESCOBAR DE LA RIVA, Eloy: op. cit., pág. 60.

(37) RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: “La tutela”, Barcelona, 1954, página 209.

(38) SÁNCHEZ ROMÁN: “Estudios de Derecho civil”, Tomo V, 2.ª Ed., Volumen II, Madrid, 1912, artículo 235.

(39) MANRESA Y NAVARRO, J. M.: “Comentarios al Código civil español”, 4.ª Ed., Tomo II, Madrid, 1914, pág. 268, artículo 235.

(40) CASTÁN TOBEÑAS, José: op. cit., pág. 333.

(41) MUCIUS SCAEVOLA, Q.: op. cit., artículo 235, págs. 404 y ss.

no puedan desempeñar con simultaneidad la tutela y la protutela, pero no impide que puedan ser tutor y protutor de una misma tutela dos parientes colaterales provenientes de líneas distintas, aunque ambas reconozcan un mismo punto de origen. Reconstruyendo mentalmente la realidad, se observa que lo que el Código civil prohíbe es la concurrencia de parientes colaterales próximos, porque, como dice Goyena, de otra suerte podría temerse la preponderancia o colusión. Esta proximidad llega en rigor hasta el tercer grado, porque ya en el cuarto grado colateral se inicia la diversidad de líneas. No podrán, pues, ser tutores y protutores en una misma tutela los hermanos entre sí y tío y sobrino, pero sí los primos hermanos”.

Por otra parte, la Jurisprudencia no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el concepto de línea del artículo 235, por lo que sería deseable que, aprovechando una cuestión relacionada con este tema, se pronunciase sobre el concepto de línea de este artículo, ya que la sentencia que comentamos ha desaprovechado la ocasión.

e) *Critica de las opiniones doctrinales.*—Para llegar a una conclusión definitiva sobre el concepto de la línea del artículo 235 tendremos que examinar, en primer lugar, las consecuencias que se seguirían de la aplicación de cada uno de los conceptos admitidos por la doctrina en los tres grupos antes expuestos.

A) ¿Es admisible el concepto de línea en el sentido de paterna y materna? Hay que reconocer, en favor de los autores que propugnan esta teoría, el mérito de seguir manteniendo el mismo concepto que en su día recogió el Proyecto de 1851 del Código civil francés, y que estaba expresado claramente en la antigua redacción del artículo 294 de nuestro Código civil, e incluso hoy en día está latente todavía en el articulado de la tutela (cfr. arts. 211 y 227) (42). Ahora bien, este concepto no es admisible, hoy en día, por las siguientes razones:

1) Es un concepto que el mismo legislador ha desterrado ya del articulado de la tutela por ser completamente extraño a nuestro ordenamiento jurídico. Baste, para ello, recordar la reforma del año 1958 en cuanto al artículo 294, único existente a este respecto.

2) Su admisión nos llevaría a abandonar la correlación antes apuntada, incluso admitida en términos generales —como lo hizo el Tribunal Supremo—, ya que de ello se seguirían las siguientes consecuencias prácticas:

a) Si fuese tutor cualquier ascendiente directo, no podría ser protutor ningún descendiente, ni suyo ni de los padres del tutelado, ya que todos ellos pertenecerían a la misma, o ambas líneas paterna y materna.

b) Si fuese tutor cualquier descendiente de los padres del tutelado, ningún ascendiente, ni directo, ni colateral, podría ser protutor, ya que siempre pertenecerían a una de sus dos líneas y tampoco podría serlo ningún otro descendiente, con lo que estarían también excluidos

---

(42) E igual sucede en materia de ausencia (cfr. art. 184).

el caso de los hermanos, exceptuado por el Código civil francés, y aceptado por García Goyena (vide supra).

c) Y todo lo anterior nos llevaría a que para desempeñar ambos cargos los parientes del tutelado debería recaer el cargo de tutor en un ascendiente, con lo que el protutor debería ser otro ascendiente, directo o colateral, perteneciente a la otra línea. Y esto necesariamente nos llevaría a deferir estos cargos en parientes demasiado lejanos, existiendo otros más próximos. Estas consecuencias fueron las que llevaron al Código civil francés a la reforma, aun teniendo en cuenta que éste es su sistema de sucesión.

Y no parece ser éste el espíritu de los antecedentes históricos de nuestro Derecho, e incluso del mismo sistema de familia, seguido por nuestro Código civil. Por todo lo cual, habrá que desechar este concepto en la actualidad.

B) ¿Es admisible el concepto de línea en el sentido de directa y colateral tal como la exponen estos autores? Esta doctrina nos merece todavía menos consideración, pues denota en sus autores una aplicación mecánica del artículo 916, sin previo planteamiento de los problemas que esta aplicación plantea. Además, de su aplicación al caso se seguirían las siguientes consecuencias prácticas:

1) Si el tutor fuese descendiente de los padres del tutelado, estarían excluidos todos los demás parientes consanguíneos del tutelado, pues, lejanos o cercanos, todos ellos se encontrarían en una relación de parentesco directo o colateral. Y en este caso estarían excluidos entre sí, también, los hermanos, que era una excepción.

2) Si el tutor fuese ascendiente directo, no podría ser protutor ninguno de sus descendientes, pues todos ellos estarían en la línea directa.

3) Y todo lo anterior nos llevaría a que para recaer ambos cargos en los parientes del tutelado, o bien habría que buscar entre los consanguíneos ascendientes, directos o colaterales, con relación a las líneas paterna y materna, que se desechan, en cuyo caso no serían parientes entre sí, pero sí del tutelado; o bien habrían de recaer en un pariente consanguíneo y en un pariente afín, cuyo parentesco no entienden incluido en la prohibición los autores de esta posición. Y respecto a estas soluciones en cuanto a la primera nos encontramos con la misma objeción hecha a la teoría anterior; y en cuanto a la segunda, estimamos inaceptable que no pueda serlo otro hermano, como estaba previsto en la legislación francesa, y, sin embargo, pudiera serlo su esposa, ya que caeríamos en la misma colusión que se pretende evitar. Además no veo la razón de excluir a los parientes consanguíneos, en los que es presumible siempre un cariño hacia el tutelado, y aceptar en cambio a los afines, que son en cierta manera extraños incluidos en una familia por causa de un matrimonio. Seguramente por esta razón la reforma del año 1958 suprimió el llamamiento a los maridos de las hermanas vivas, con lo que los parientes afines quedan excluidos del Consejo de Familia.

Además, y por si lo anterior no fuese suficiente, esta teoría no encuentra apoyo en los antecedentes históricos, ni en la legislación comparada, como sucedía con la anterior.

Así pues, parece que hay que desechar también esta teoría por las mismas razones apuntadas anteriormente.

C) ¿Es admisible el concepto de línea en el sentido diferente que le da MUCIUS SCAEVOLA? Este parece que se acerca ya más a la tendencia moderna apuntada por el Código civil francés, e incluso a los antecedentes históricos españoles y al mismo sistema de tutela de familia, seguido por nuestro Código civil español. No obstante, creo que todavía caben contra ello algunas objeciones, por las consecuencias prácticas que de ello se siguen. Y así:

1) En cuanto a la línea recta ascendente o descendente, entiende MUCIUS SCAEVOLA que en ésta las dificultades quedan desconectadas, porque siendo una sola, todos los situados en ella serán incompatibles entre sí. Ahora bien, me parece que en cuanto a este extremo es conveniente una aclaración: serán incompatibles en cuanto que estén dentro de la misma línea recta ascendente o descendente, pero no si pertenecen a líneas rectas, ascendentes o descendentes, distintas con relación al tutelado. Y así no serían incompatibles los ascendientes maternos; y tampoco lo serían, en el caso de tutela de incapacitados, sus distintos descendientes (hijos o nietos) en cuanto que pertenecientes a distintas líneas rectas. Esta solución encuentra su apoyo respecto a los ascendientes en la interpretación histórica y comparada, y en la primitiva acepción de las líneas (paterna y materna), y en cuanto a los descendientes en el artículo 220, apartado 3.º, ya que si llama a la tutela a los mismos hijos, no veo la razón de excluirlos de la protutela. Además, todo ello tiene su base inmediata en la correlación anteriormente apuntada, que como hemos visto mantiene su vigencia en la actualidad, sobre todo en materia de protutela.

2) Y en cuanto a las líneas colaterales, dimanantes de un mismo tronco común, entiende MUCIUS SCAEVOLA que los parientes pertenecientes a diferentes líneas pueden desempeñar ambos cargos, pero excluyendo a los parientes próximos dentro del tercer grado (hermanos entre sí, tío y sobrino). En cuanto a este punto, cabe también hacerle unas objeciones: a) en cuanto a los hermanos entre sí, hay que pensar que estaban exceptuados de esta inhabilidad especial tanto en el Código francés y legislación comparada como en el Proyecto de García Goyena (vide supra). Y, además, no cabe pensar que llamándolos legítimamente para el ejercicio de la tutela el artículo 235 excluyese a los demás del ejercicio de la protutela, ya que es presumible en ellos el mismo afecto con relación a su hermano tutelado. Aparte de tener también su apoyo en la correlación anteriormente establecida; b) y en cuanto al tío y sobrino, hay que pensar en un sobrino mayor de edad y defensor de sus propios intereses, como representante de su propio padre, por lo que esa colusión que se pretende evitar es difícilmente creíble, ya que cada uno de ellos, aparte de su propia afeción hacia

su hermano y tío respectivamente, procurará por la conservación y fomento de sus propios intereses, en cuanto que probables herederos.

Así pues, parece que esta teoría tampoco es plenamente aceptable, por lo que habrá que llegar a otra teoría que, aceptando en principio sus puntos básicos, dé plena satisfacción a los intereses en juego de las respectivas tutelas.

### III. CONCLUSIONES

De todo lo anteriormente expuesto cabe concluir en el sentido de que el concepto de la línea del artículo 235 no puede coincidir con ninguno de los esbozados por las anteriores teorías. De aquí que sea necesario encontrar un concepto de línea que sea acorde al mismo tiempo con la legislación actual, con el pensamiento del legislador, con los antecedentes históricos y con las exigencias modernas del sistema de tutela de familia:

a) Para que sea acorde con la legislación actual habrá que partir del concepto esbozado por ésta en materia de sucesión que no es otro que el del artículo 916. Y así tendremos el concepto línea en el sentido de una serie de grados que pueden dar lugar a unas líneas directas, en cuanto que referidas a personas que descienden unas de otras, y a unas líneas colaterales, en cuanto que referidas a personas que no descienden unas de otras, pero que proceden de un tronco común.

b) Y para que sea acorde con el pensamiento del legislador, con los antecedentes históricos y con las exigencias modernas del sistema de tutela de familia, habrá que entender las anteriores líneas, no como una línea directa y una línea colateral, ni como una sola línea formada por el conjunto de ambas como lo entendía la segunda teoría apuntada, sino como dos líneas que a su vez se escinden, dentro de cada una de ellas, en otras ramas. Y así habrá que entender:

1) Que dentro de la línea directa del tutelado existen a su vez varias ramas, formadas a partir de la persona del tutelado, tanto en su sentido ascendente, como en el descendente. Y esto es así, porque a partir de los padres del tutelado existe una diversificación de la línea recta en el sentido ascendente (líneas paterna y materna); y a partir de la persona del tutelado existe igualmente una diversificación de la línea recta en su sentido descendente, correlativa con el número de sus descendientes. Y estas diversificaciones son las que forman las distintas ramas dentro de la línea directa, cuyo conjunto forma a su vez el llamado tronco común, de donde surgen las ramas de la línea colateral.

2) Y que dentro de la línea colateral del tutelado existen a su vez varias ramas, formadas por las diferentes bifurcaciones que tienen su origen en el anteriormente señalado tronco común.

Y así entendido el concepto de línea, la inhabilidad especial que establece el artículo 235 habrá que entenderla en el sentido de que "el nombramiento de protutor no puede recaer en pariente (del tutelado)

que pertenezca a la misma rama (dentro de la línea directa) o colateral) del tutor”.

Y con esta solución se cumplen los fines de evitar la preponderancia o colusión —que es lo que verdaderamente se pretende con este artículo, por darse ésta precisamente dentro de cada rama—, y de hacer recaer estos cargos en la misma familia, por el mismo sistema de tutela de familia, seguido por nuestro Código civil, ya que de ello se seguiría:

a) Que si fuese tutor el abuelo paterno, no podría ser protutor ningún otro ascendiente paterno, por ser de su misma rama dentro de la línea directa, pero sí podrían serlo los ascendientes maternos, por ser de rama diferente y los parientes colaterales dimanantes de la rama materna, o de la unión de ambas ramas (los hermanos del tutelado y sus descendientes).

b) Que si fuese tutor un hijo del tutelado, ningún ascendiente, ni descendiente suyo podría ser protutor, pero sí podría serlo otro hijo del tutelado o sus descendientes, por ser de una rama, dentro de la línea directa, diferente. También podrían serlo los parientes colaterales del tutelado (por ej.: hermanos y sus descendientes).

c) Que si fuese tutor un hermano del tutelado, no podría ser protutor ningún descendiente suyo, pero sí podría serlo otro hermano del tutelado o sus descendientes, por ser de rama diferente dentro de la línea colateral. También podrían serlo los ascendientes o descendientes del tutelado, u otros parientes colaterales de distinta rama.

d) Que si fuese tutor un sobrino del tutelado, no podría ser protutor ningún pariente que perteneciese a su misma rama colateral, pero sí podría serlo otro sobrino o sus descendientes que perteneciesen a una rama colateral distinta, al igual como otros colaterales de rama distinta.

e) Que si fuese tutora la esposa u otro pariente afin del tutelado, cualquier otro pariente consanguíneo podría ser protutor, siempre que no fuese ascendiente, descendiente o esposo del tutor, ya que el parentesco de afinidad no debe determinar inhabilidad en el artículo 235, pues se ha excluido de esta materia (cfr. art. 294).

f) Que si fuese tutor un extraño, cualquier pariente consanguíneo del tutelado podría ser protutor.

g) Y sólo en el caso de no existir ninguno de los anteriores debe acudir al recurso de nombrar protutor a un extraño.

Y así entendido el concepto de línea del artículo 235 da satisfacción a todos los intereses en juego, está de acuerdo con la correlación anteriormente dicha, hace renacer los antecedentes históricos de esta materia y da satisfacción a las exigencias modernas del sistema de tutela de familia.

El Código civil francés ha necesitado de una reforma para llegar a la solución propuesta. Nuestro ordenamiento no la necesita en orden

a este punto, porque podemos basarnos para ello en el artículo 916, teniendo en cuenta las ramas que surgen de las líneas colateral y directa.

#### IV. CONCLUSIONES FINALES

Del resultado de las conclusiones hasta ahora obtenidas cabría, como conclusión final, redactar el artículo 235 de la siguiente manera: "El nombramiento de protutor *deberá* recaer en el más próximo pariente del tutelado que no pertenezca a la misma rama, dentro de la línea directa o colateral, del tutor, siendo su límite el cuarto grado. Y sólo en caso de excusa, incapacidad o inexistencia de los anteriores, podrá nombrar a uno de los demás parientes, amigo o persona de confianza, según las exigencias del interés del menor".

Y de esto se seguiría:

a) Que el Consejo de Familia *deberá* hacer recaer este nombramiento en el pariente más próximo, de entre sus vocales, que sea capaz y hábil. O en aquél que con base al nombramiento de protutor, cumpliendo las anteriores exigencias, se haya excusado del cargo de vocal.

b) Que en caso de excusa, inexistencia o incapacidad de los vocales del Consejo de Familia, *deberá* hacerlo entre los parientes más próximos dentro del cuarto grado.

c) Y sólo en caso de no existir ninguno de los anteriores, o no ser capaces y hábiles, tendrá plena libertad para elegir al protutor, debiendo atender a parentesco, amistad íntima u honradez.

#### V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE ABRIL DE 1969. SU CRITICA

Una vez obtenidas las anteriores conclusiones en base a este estudio minucioso que apuntábamos, es llegado el momento de enjuiciar, a su luz, la mencionada sentencia.

No obstante para una mejor comprensión de sus consecuencias, creo que será conveniente que en primer lugar, hagamos una breve alusión a su supuesto fáctico, viendo después los fallos de las distintas instancias, y llegando así, por último, al enjuiciamiento de la mencionada sentencia.

A) SUPUESTO FACTICO: La base fáctica del presente pleito tiene su causa eficiente en una tutela de dos hermanos previamente declarados incapaces por el Juzgado de Primera Instancia.

El cargo de tutor fue desempeñado legítimamente, y en primer lugar, por un hermano de los tutelados; y a la muerte de éste, por una hermana de los tutelados. A la muerte de ésta —debido a la larga duración que puede tener esta especie de tutela, contrariamente a lo que sucede con la de menores, de ahí el fallo por omisión de nuestro Código civil—, quedaron varios sobrinos por parte del hermano pri-

mer tutor, y uno por parte de la hermana, segunda tutora. De entre los primeros, algunos de ellos ya formaban parte del Consejo de Familia. Ante esta situación, el Consejo de Familia tuvo que nombrar tutor dativo, cargo que recayó en un hijo del primer tutor, en reunión celebrada el 19 de febrero de 1965.

En la sesión de 14 de mayo del mismo año 1965, surgieron ya las primeras discrepancias. El Consejo de Familia resolvió que la tutela se ejerciera bajo la modalidad de frutos por alimentos. Contra esta resolución se alzó un vocal, hermano del tutor, demandando judicialmente al presidente del Consejo exclusivamente, lo que terminó con la resolución judicial de que la tutela se ejercitase con rendición de cuentas y asignación de pensión alimenticia. Este fallo se hizo saber a los demás miembros del consejo que no fueron llamados al procedimiento en sesión de 11 de diciembre del mismo año, en la cual se excusó ya de su cargo el entonces presidente; haciendo lo propio otros dos vocales más en sucesivas reuniones.

A raíz de las excusas habidas en fecha 4 de marzo de 1966, se procedió a reconstituir ante el juzgado municipal, el Consejo de Familia, el cual quedó constituido de la siguiente forma: presidente, el hermano del tutor que fue vocal con anterioridad; y vocales: el cuñado del tutor por matrimonio con una hermana suya; la hija del anterior, sobrina del tutor; y un extraño a la familia, caracterizado por su amistad íntima con la familia del tutor. Excluyéndose de esta manera otros parientes más próximos y formando como un clan familiar.

En esta situación, y momentos después de haberse celebrado tal acto de reconstitución del Consejo de Familia, el demandante interesó de este organismo su nombramiento como protutor, por medio de requerimiento notarial, toda vez que su parentesco próximo, como sobrino de los tutelados, y su línea diferente a la del tutor, abogaban por su nombramiento como tal. Pero, no obstante lo anterior, el Consejo de Familia, en fecha 15 de marzo nombró protutor a persona distinta del demandante, calificándolo de sobrino segundo de los incapaces, cosa que no confirmaba el Registro civil, con lo que nos encontrábamos ante un protutor extraño a la familia, y según se entrevé en el informe del Ministerio Fiscal, ante una persona enemistada con el demandante, el cual había sido injustamente excluido de tal cargo.

Y toda esta situación dio lugar a la iniciación de este pleito en el que se pedía la nulidad del acuerdo del nombramiento de protutor, y la nulidad del nombramiento de vocal a favor de la persona extraña a la familia.

La demanda se contestó fundamentalmente sobre la base de que los demandados no conocían precepto alguno que dijera que el protutor había de ser el pariente más cercano.

A todo esto cabría argumentar antes de seguir adelante la siguiente pregunta: ¿Por qué el Consejo de Familia no aceptó el nombramiento del demandante como protutor, si no aparece del pleito

que fuese incapaz para tal cargo, y era además un pariente más cercano, sosteniendo por el contrario un enojoso pleito de mayor cuantía que sólo perjudicaba los bienes de los tutelados, según el artículo 277. Creo que la solución que cabe pensar es bastante clara. No obstante, vamos a seguir la exposición.

B) EL FALLO DEL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA: Seguido el pleito por todos sus trámites, con recibimiento del pleito a prueba, por el señor juez de Primera Instancia se dictó sentencia por la que estimando la demanda se declaró: "Primero. Nulo el nombramiento del protutor a favor de don F. M. H., efectuado con exclusión de don I. S. P. Segundo. Nulo el nombramiento de Vocal del Consejo de Familia a favor de don P. H. G. con exclusión de don A. P. H.; si bien tal nulidad queda condicionada a que este último acepte y llegue a desempeñar el cargo de vocal, pues, en otro caso, se considerará válida la designación recayente en el repetido don P. H. G."

Ante tal fallo, nos hemos preocupado de averiguar su fundamentación jurídica. Y si bien no hemos podido obtener los considerandos de tal sentencia, sí que hemos podido colegir la parte básica de éstos, que podríamos establecer como sigue: "Infracción del artículo 235 del Código civil, ya que, por una parte, la protutela está encuadrada por la moderna doctrina civilística en el ámbito de las relaciones cuasi-familiares de protección, existiendo además un interés de que el patrimonio de los pupilos se mantenga intacto para que pueda en su día pasar por herencia intestada a esos mismos componentes del organismo tuitivo, por lo que este cargo debe recaer en los parientes, y por otra, este artículo establece una exigencia negativa, pues tal precepto ha sido objeto de una interpretación doctrinal, que, basada principalmente sobre los principios parentales dominantes en la sucesión intestada, entiende que el grado de parentesco que debe concurrir en una persona, respecto de los tutelados, para poder ser nombrada protutor de ellos, no ha de ser más lejano al límite de la sucesión intestada, es decir, al cuarto grado, puesto que debe perseguirse, ante todo, que la acción del protutor entrañe una vigilancia eficaz, finalidad que se consigue mejor cuando en el interesado concurre al acicate de una sucesión en perspectiva que sin duda le hará estremar el celo en su actuación inspectora sobre la gestión del tutor. Y por todo ello, entre personas que reúnen todas las dichas cualidades, debe preferirse el pariente próximo al más remoto, como para la sucesión legítima establece el artículo 921, y para los miembros del Consejo de Familia el artículo 295."

Como comentario a este fallo, de acuerdo con las directrices generales de sus considerandos que hemos podido recoger, sólo diremos que es elogiable, por cuanto que, seguramente sin haber hecho un estudio tan minucioso, no sólo llega a nuestras mismas conclusiones, sino que acoge esa exigencia social que apuntábamos, convirtiéndose en un claro exponente de esa jurisprudencia progresiva tan deseada,

que nuestro Tribunal Supremo derrocha en tan pocas materias, pues como ha sido denunciado por muchísimos autores nuestros Tribunales pecan más por defecto que por exceso. Lo más elogiabile hubiera sido que nuestro Tribunal Supremo hubiera aceptado este fallo, dándole al mismo tiempo una más minuciosa matización. Pero desgraciadamente no ha ocurrido así.

B) EL FALLO DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL: Contra el anterior fallo, y por la representación de los demandados, se interpuso recurso de apelación, y tramitando éste con arreglo a derecho, por la Sala de la Audiencia Territorial, se dictó sentencia con el siguiente pronunciamiento: "Fallamos, que revocando en parte la sentencia apelada dictada por el señor Juez de Primera Instancia, debemos desestimar la demanda y absolvemos a los demandados en cuanto al pedimento de nulidad del nombramiento de protutor a favor de don F. M. H., cuya designación se mantiene, y asimismo declaramos nulo el nombramiento de vocal del Consejo de Familia a favor de don P. H., a cuyo efecto se proveerá dicho cargo con arreglo a Derecho".

Este fallo, según referencias que hemos podido obtener, se basa sobre todo en que el artículo 233 proclama el principio de autonomía del Consejo de Familia, por lo que el protutor es una persona de confianza que obra como mandatario del Consejo, de ahí la libertad de elección; y en que el artículo 235, de su sentido, no permite deducir una prioridad de grado parental.

La crítica de estos argumentos es fácil en base a las conclusiones a que hemos llegado anteriormente a través de la interpretación histórica, comparada y sistemática. No obstante, como el Tribunal Supremo acepta este fallo, y conocemos sus considerandos íntegros, será conveniente hacer la crítica de éstos, sin perjuicio de que todo ello sea aplicable al presente fallo.

C) EL FALLO DEL TRIBUNAL SUPREMO.—Contra el anterior fallo, y por la representación del demandante, se interpuso recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal con apoyo de los siguientes motivos:

1) Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la LEC. La sentencia recurrida incide en infracción de Ley por interpretación errónea de los artículos 233 y 235 del Código civil.

2) Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la LEC. La sentencia recurrida incide en infracción de ley por violación del artículo 295 del Código civil y por interpretación errónea de los artículos 233 y 235 del propio cuerpo legal, en relación con los artículos 236 y 299 del mismo.

3) Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la LEC. La sentencia recurrida incide en infracción de Ley por interpretación errónea del artículo 235 de nuestro Código civil.

4) Autorizado por el número primero del artículo 1.692 de la LEC.—La sentencia recurrida incide en interpretación errónea de la

doctrina del Supremo de 10 de abril de 1905; 6 de abril de 1916; 17 de junio de 1943; 5 de mayo de 1947; 2 de julio de 1953; 3 de julio de 1924 y 28 de abril de 1965.

5) Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la LEC. La sentencia recurrida incide en interpretación errónea de los artículos 233 y 235 del Código civil y del principio "aemolumentum successiois-onnus tutelae", consagrado por la sentencia de este Tribunal Supremo de 17 de junio de 1943.

Y tramitado el recurso con arreglo a Derecho, por el Tribunal Supremo se dictó sentencia en los siguientes términos: "Fallamos: que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por don I. S. P. contra la sentencia pronunciada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de V., con fecha 6 de febrero de 1968, en autos seguidos por el mismo contra don A. P. P., don J. M. H., doña L. P. P., don P. H. G., don F. M. H., don J. F. P. P., doña P. A. P., sobre nulidad de actas del Consejo de Familia de los incapaces don H. J. y doña M. P. P. H."

El anterior fallo tiene como fundamentación jurídica la siguiente:

"CONSIDERANDO: Que el Código civil regula con gran escrupulosidad y detalle toda la organización que establece para la guarda de la persona y bienes o solamente los bienes de los menores o incapacitados, dada la trascendencia y la función eminentemente social y estatal de salvaguardar los intereses de todos aquellos que no pueden regirse por sí mismos, evitando los grandes riesgos que su falta de plena capacidad entraña, por lo que organiza, no una mera administración, sino tres órganos rectores constituidos por el Consejo de Familia, el tutor y el protutor; y como del estudio de sus disposiciones se desprende que así como al señalar quiénes deben componer el Consejo de Familia en su artículo 294 terminantemente establece que serán los parientes más próximos del menor o incapacitado y sólo cuando no hay número suficiente de éstos admite a personas extrañas, y lo mismo sucede al designar la persona del tutor en sus artículos 211, 220, 227 y 230, en cambio cuando regula la institución del protutor en su norma 233 se limita a facultar al Consejo de Familia para su designación, sin tacha ni exigencia alguna respecto a que haya necesariamente de recaer en pariente del menor o incapacitado, como consecuencia lógica de la función que debe desempeñar que consiste en vigilar y fiscalizar al tutor como delegado del Consejo y su nombramiento debe recaer en persona de su absoluta confianza y que reúna condiciones de actividad y capacidad suficiente, que no siempre tendrán los vocales, sea o no pariente del sujeto a tutela, resulta evidente que aun cuando la institución está basada en los lazos familiares, por ser los parientes los más obligados a velar por los derechos e intereses de los tutelados y los que por los vínculos de sangre deben hacerlo con mayor atención y afecto, se exceptúa el protutor por la índole de su función y no cabe achacar

a omisión del requisito del parentesco en el Código cuando con tanta minuciosidad regula esta materia.

”CONSIDERANDO que sentada la anterior doctrina parecen los cinco motivos articulados en el recurso, todos por el cauce del número primero del artículo 1.692 de la LEC; ya que si bien el artículo 235 del Código establece que el cargo de protutor no puede recaer en pariente de la misma línea del tutor, ello no es más que una incompatibilidad para el supuesto admitido de que el protutor sea pariente; y tampoco es óbice lo dispuesto en su artículo 295 que señala una prelación para formar el Consejo de Familia en el que no está incluido el protutor ni la prohibición de formar en el Consejo que señala el 299, ni se opone la doctrina de las sentencias de esta Sala que cita que señala como órgano de la tutela en determinados casos al Juez de Primera Instancia, que en nada se opone de lo expuesto, ni tampoco las disposiciones del Código francés, que en su día significó un antecedente del nuestro, en cuanto no rige en España y contiene un precepto claro que no se transcribe en el español; y por último porque el derecho expectante de heredar a los incapacitados, puesto que está garantido con la inclusión en el Consejo de los parientes más próximos que por serlo son sus presuntos herederos.”

De la simple lectura de estos considerandos se desprende, a primera vista, lo endeble de su fundamentación jurídica. No se encuentra en ella otra cosa que simples disquisiciones doctrinales, que a veces ni siquiera tienen razón de ser. No obstante, y para una mejor sistematización de esta crítica, creo que es conveniente que sigamos el mismo orden de exposición que se sigue en ambos considerandos. Por ello, vamos a dividir en apartados los diferentes puntos endebles que, en mi opinión, tienen éstos.

A) Primer considerando:

a) Se parte ya de una premisa falsa cuando se dice “que el Código civil regula con gran escrupulosidad y detalle toda la organización...”, ya que si bien esta afirmación puede ser aproximadamente exacta en cuanto que referente a los órganos de la tutela y del Consejo de Familia, no lo es en manera alguna en cuanto que referente al protutor, a quien dedica en el capítulo V, Título IX, Libro I, solamente cuatro artículos, a cual de ellos más dudoso. Y que esto es así nos lo demuestra su simple lectura, y los problemas que de ellos surgen, que si bien no vienen al caso, basta citar la no referencia al tutelado incapacitado en todos estos artículos, la contradicción entre el artículo 233 y los artículos 206 y 207; la falta de precisión del artículo 234 en cuanto que se refiere sólo al tutor, sin referencia a si es testamentario, legítimo o dativo; los problemas del artículo 235, referentes al parentesco y a la línea, etc. Así pues, que no se nos argumente con una regulación escrupulosa y detallada de esta materia. Además, a mi modesto entender, el fallo más grave de toda su fundamentación jurídica se encuentra precisamente aquí, ya que esta alegación de una regulación escrupulosa y detallada exime ya de ese

estudio minucioso que apuntábamos como necesario, y que requería el estudio de los antecedentes históricos, sobre todo del Proyecto de 1851, del Derecho comparado y de la sistemática de nuestro Código civil, todo lo cual hubiese abogado por otra solución.

Desde tal punto de vista, sería interesante ver la fundamentación jurídica de un litigio en el que se debatiese sobre la contradicción del artículo 233 con los artículos 206 y 207, o sobre el concepto de línea del artículo 235.

b) En segundo lugar, se interpreta el artículo 233 algo caprichosamente en cuanto que se alega que “se limita a facultar al Consejo de Familia para su designación, sin tacha ni exigencia alguna respecto a que haya de recaer necesariamente en pariente del menor o incapacitado”. A esto cabe alegar, por un lado, que no se ha pensado que la dicción del artículo 233 está así redactada por la inexistencia de una protutela legítima, al igual que sucede en la tutela, debido precisamente, como ya hemos apuntado, a la inhabilidad que establece el artículo 235, pues no cabe pensar en que se exigiese aquí el requisito del parentesco, ya que de ello se seguiría que, siendo los parientes de una misma rama, no pudiese nombrarse protutor, por falta de tal requisito; y menos cabe pensar que este artículo, montado en un sistema de tutela de familia, debía haber previsto este supuesto, ya que ello supondría un casuismo no deseable en las leyes, y que pertenece a la esfera de los Tribunales de justicia. Y por otro, que la misma dicción establece el artículo 231 respecto del tutor, y sin embargo la opinión de la doctrina es muy diferente. Por ello, habría sido interesante saber la resolución que se hubiese adoptado si en vez de este tema se hubiese debatido el nombramiento dativo del actual tutor de la tutela debatida, cuyo parentesco con los incapacitados es el de sobrino, y por lo tanto tutor no legítimo. En mi opinión no creo que se hubiese llegado a la misma solución actual, no obstante existir la misma redacción.

Además, el mismo problema se planteó en su día en el Derecho comparado que hemos examinado, siendo idéntica la redacción, y en ninguno se ha llegado a esta solución que propugna nuestro más Alto Tribunal, sino que, al contrario, por decisiones en vía jurisprudencial se ha llegado en ellos a una reforma legislativa que ha modificado este punto en el sentido que propugnamos (vide supra).

C) En tercer lugar, se sigue diciendo que esa facultad que otorga al Consejo de Familia el artículo 233 es “como consecuencia lógica de la función que debe desempeñar que consiste en vigilar y fiscalizar al tutor como delegado del Consejo y su nombramiento debe recaer en persona de su absoluta confianza y que reúna condiciones de actividad y capacidad suficientes, que no siempre tendrán los vocales, sea o no pariente del sujeto a tutela”. No creemos que esto sea así, sino que la dicción del artículo 233 está subordinada por la inhabilidad que establece el artículo 235, como hemos dicho anteriormente. Y en cuanto a la razón que arguye el Tribunal Supremo, nos bastará por un

lado ver el apartado de “la gratuidad y onerosidad del cargo de protutor” (vide supra), y por otro, pensar que no tiene razón de ser lo argüido por nuestro más Alto Tribunal por cuanto ello llevaría a que, por capricho del Consejo de Familia, cualquier persona extraña o no a la familia, estaría obligada a desempeñar este cargo (ctr. artículo 202) aun existiendo muchísimos parientes, ya que dada la interpretación actual del Tribunal Supremo no estaría nada clara la aplicación del artículo 245, a los casos de protutela, pues se dice que la protutela no está basada en lazos familiares.

Además, nuestro Tribunal Supremo al dictar esta sentencia se está situando en una época anterior a la actual, pues olvida que las sentencias deben mirar al futuro, sobre todo interpretando un precepto por vez primera, y en este caso deja a un lado la creciente elevación del índice de alfabetización en cuanto alega “condiciones de los vocales”. Además, para algo se previó el apartado 10 del artículo 244.

d) En cuarto lugar, y siguiendo la misma línea de pensamiento, se sigue diciendo “resulta evidente que aun cuando la institución tutelar está basada en los lazos familiares..., se exceptúa al protutor por la índole de su función y no cabe achacar a omisión del requisito del parentesco en el Código, cuando con tanta minuciosidad regula esta materia”. Vuelve aparecer aquí esa premisa falsa base de todo el razonamiento. Ahora bien, como ya hemos visto que no hay tal regulación minuciosa, vamos a ver estos puntos. Por un lado, nos parece muy aventurada la afirmación de que la protutela no está basada en lazos familiares, sobre todo teniendo en cuenta que nuestro Código civil sigue un sistema puro de tutela de familia; y por otro, igualmente aventurada nos parece la afirmación de que ello no se debe a omisión de este requisito en el Código, sobre todo teniendo en cuenta los antecedentes históricos, el Proyecto de 1851, sus orígenes franceses y el Derecho comparado. Además, si esto es así y tan minuciosamente se ha regulado en esta materia que no caben omisiones, se debería haber llegado a la conclusión de que todos estos artículos no son aplicables a la protutela de los incapacitados, ya que no les nombra en todos estos artículos. Así pues, vemos en todo esto una serie de contradicciones insostenibles. Además, si el legislador del Código hubiese pensado de esta manera, bastaba con que hubiese mantenido la antigua institución del Juez de tutelas, como fiscalizador de los actos del tutor.

B) Segundo considerando:

a) En primer lugar, y como preámbulo de entrada, hay que decir que este segundo considerando adolece de una redacción bastante deficiente, que incluso en algunos puntos hay que interpretar.

b) En segundo lugar, es curioso observar cómo se hacen decaer a la vez los cinco motivos del recurso, en base tan sólo de la disquisición doctrinal del considerando anterior, en el cual no aparece otra cosa que una opinión doctrinal esbozada sobre la interpretación de los

artículos 233 y 235, y sin siquiera haber aportado ni antecedentes históricos, ni opiniones doctrinales ni jurisprudenciales, para darle una cierta base científica.

c) En tercer lugar se vuelve a insistir en que “ya que si bien el artículo 235 del Código establece que el cargo de protutor no puede recaer en pariente de la misma línea del tutor, ello no es más que una incompatibilidad para el supuesto admitido de que el protutor sea pariente”. Vemos aquí que el Tribunal Supremo se ha inclinado por la opinión de que el artículo 235 constituye una norma prohibitiva en el sentido anteriormente expuesto. Contra esto basta con dar por reproducido todo lo anteriormente dicho sobre este problema (vide supra), para darse cuenta que esta solución no encuentra otro apoyo que la presente opinión de nuestro más Alto Tribunal.

d) En cuarto lugar, se nos dice que a esta solución no es óbice “lo dispuesto en el artículo 295... ni la prohibición de formar en el Consejo que señala el 299, ni se opone las sentencias de esta Sala que cita..., ni tampoco las disposiciones del Código francés, que en su día significó un antecedente del nuestro, en cuanto no rige en España y contiene un precepto claro que no se transcribe en el español”. Indudablemente con la anterior premisa propuesta no puede ser óbice nada de todo esto, pues si se parte de la base de que la protutela no está regida por lazos familiares, de nada sirve alegar que el legislador, en todo su articulado, está pensando en el parentesco del protutor, que es el supuesto del que verdaderamente se parte, e igualmente se ha de desechar todo argumento histórico, comparado o sistemático que suponga un obstáculo a esta opinión infundada. Además no creo que se haya pretendido por nadie hacer regir el Derecho francés aquí en España para que la sentencia se crea obligada a decir “en cuanto no rige en España”. Se aportaría, en todo caso, como argumento de interpretación histórica comparada, pero nunca con pretensiones de vigencia.

e) Y en quinto lugar, se nos dice “y por último porque el derecho expectante de heredar a los incapacitados, puesto que está garantido con la inclusión en el Consejo de los parientes más próximos que por serlo son sus presuntos herederos”. Francamente no entendemos esta frase, e incluso intentando descifrarla no podemos saber a dónde quería llegar nuestro Tribunal Supremo con ella, pues no creo que el derecho expectante no esté garantizado si se excluye a un pariente del Consejo de Familia, ya que siempre le queda a este pariente el recurso de alzarse de las decisiones del Consejo ante el Juez de Primera Instancia, tal como prevé el artículo 310 del Código civil. Lo que, en mi opinión, debía quererse rebatir con esta frase, era seguramente la argumentación de un mayor celo en el desempeño del cargo de protutor por parte de aquellos que tienen como acicate la perspectiva de una posible sucesión, o en todo caso la relación “*onus tutelae-aemolumentum successionis*”, pero la frase es muy desafortunada para ello.

Además, se ha desaprovechado en esta sentencia la ocasión de pronunciarse con motivo de la interpretación del artículo 235, sobre el concepto de línea, aunque verdaderamente este problema no se debatía en el pleito, y menos con tal resolución. Ahora bien, si cuando se plantee este problema de la línea se ha de partir de igual premisa que en el caso presente, en cuanto que existe una regulación escrupulosa y detallada de esta materia, veo difícil que se llegue a un concepto distinto del esbozado en el artículo 916.

Así pues, y en base a todo lo anteriormente expuesto, desde estas líneas propugnamos por un cambio de esta doctrina jurisprudencial, a fin de que, por un lado, esté de acuerdo con los antecedentes históricos de esta materia, así como con el Derecho comparado y con la sistemática de nuestro Código, y de que por otro se dé entrada, por medio de una jurisprudencia progresiva a esas matizaciones apuntadas, que están dentro del espíritu de la ley, por las exigencias sociales y familiares modernas, y que además puede encuadrarse al mismo tiempo dentro de la misma letra de la ley.

