

el Juez que para el Fiscal.—II. *Manera de funcionar y proceder el consejo de familia.*—47. Extremos que comprende.—a. Atribuciones del Presidente del consejo de familia.—48. Su enumeración.—b. Reuniones del consejo, asistencia de sus vocales y de otras personas.—49. Sus reglas.—c. Acuerdos del consejo, actas en que éstos consten y su ejecución.—50. Número de votos, forma de la votación y de los acuerdos, actas y certificaciones.—51. Ejecución de los acuerdos.—d. Recursos contra los acuerdos del consejo.—52. Regla general; posibilidad de recurso contra todo acuerdo; contadas excepciones de firmeza de aquéllos, por falta de recurso.—53. Dos maneras de intervención de los Tribunales en la revisión de los acuerdos del consejo de familia; clasificación de los recursos judiciales contra los mismos.—54. Recursos ordinarios de alzada del art. 310.—55. Los recursos se entienden interpuestos contra la entidad del consejo.—56. Responsabilidades de costas y gastos á que den lugar los recursos contra los acuerdos del consejo.—57. Efectos suspensivos ó meramente devolutivos de estos recursos, según su clase.—58. Crítica. e. Responsabilidades de los vocales del consejo.—59. Regla general.—60. Excepción.—III. *Contenido jurídico del consejo de familia; su competencia.*—61. Única regla general de carácter legal, imperfectamente suplida, por el contenido que ofrece el articulado del Código en este punto.—*Primer grupo.*—Competencia del consejo de familia en cuanto á la tutela.—62. Sus diferentes fases.—1.º *Doctrinas comunes.*—A. La *constitución* de la tutela, en relación con la competencia del consejo de familia.—a. Respecto del tutor.—63. Enumeración de sus aplicaciones.—b. Respecto del protutor.—64. Idem.—c. Respecto del tutelado.—65. Idem.—d. Respecto de los bienes del tutelado.—66. Idem.—e. Respecto de la tutela.—67. Idem.—B. El *ejercicio* de la tutela.—68. Sus aplicaciones.—a. En cuanto á la *persona* del menor.—69. Aplicaciones.—b. En cuanto á la administración de los bienes y derechos del tutelado.—70. Aplicaciones.—c. En cuanto á la celebración de los actos del tutelado, que interesan á éste por razón de sus bienes ó derechos.—71. Aplicaciones.—C. La *extinción* de la tutela.—a. Respecto de las cuentas.—72. Aplicaciones.—b. Respecto de cualesquiera de los que se hubieran cometido por el tutor.—73. Aplicaciones.—2.º *Doctrinas especiales respecto de determinadas tutelas.*—A. Respecto de la tutela de los locos y sordomudos.—74. Su enumeración.—B. Respecto de la tutela de los pródigos.—75. Regla especial.—C. Respecto de la tutela de los que sufren interdicción civil.—76. Regla especial.—*Segundo grupo.*—El consejo de familia respecto de otras aplicaciones civiles.—A. Respecto del matrimonio.—77. Su enumeración.—B. Idem de la adopción.—78. Regla única.—C. Idem del beneficio de mayor edad.—79. Regla única.—IV. *Extinción del consejo de familia.*—80. Sus causas.—81. Sus efectos.

Art. III. RÉGIMEN VIGENTE.

§ 1.º *Criterio de transición.*—82. Reglas de Derecho.

§ 2.º *Resumen de fuentes legales del nuevo Derecho civil común.*—83. Enumeración de las aplicables á las materias de este capítulo.

ART. I

DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL

§ 1.º

Principios y precedentes acerca del Consejo de familia.

1. El *consejo de familia*, cualquiera que sea la propiedad de este nombre en relación á sus funciones y fines— punto de vista del que se trata más adelante,—es una institución que *aparece* en el nuevo DERECHO CIVIL ESPAÑOL, vigente después de la promulgación del Código, respecto de la cual hemos de decir algo antes de proceder á la expli-

cación del articulado en que aquél la reglamenta, ya en conjunto, en el tit. 10 del lib. I, ya en sus numerosas, aunque incompletas y desordenadas concordancias y referencias, que en otros pasajes del mismo se registran.

Procede tratar aquí:

1.º De si es una institución que tenga verdaderos *precedentes* y tradición indudables en la legislación civil de España ó en sus elementos históricos de formación más ó menos remotos.

2.º De cuál sea su *concepto* esencial y la *crítica* que ante los principios generales del Derecho merezca.

3.º De la que inspire la oportunidad, conveniencia ó no conveniencia, y manera con que se ha establecido en el Código civil, ya que respecto de esta institución no sea posible satisfacer, como también ocurre en algunas otras—la separación de bienes, la protutela, etc.,—la rúbrica que antepone en el examen de todas las demás que constituyen el Derecho de familia, asunto de este volumen, ni hacer expresión de las reglas de necesario ó útil conocimiento del *Derecho anterior*, porque en esta materia no existe.

2. Como observación inicial y germen remoto puede anotarse la intervención colectiva que de cierto número de miembros de la familia, á manera de *tribunal de parientes* ó *consejo doméstico*, ha existido en muchos pueblos de la raza arya para limitadas aplicaciones del orden judicial: por ejemplo, el ejercicio del *ius vitæ necisque*, el acto de vestir la toga viril, la celebración de esponsales, el divorcio, la separación del tutor y la designación del curador, por prodigalidad del padre, y otras que así lo revelan (1). Lo acredita también el *forum domesticum* ó *concilium amicorum* de los romanos, interviniendo para juzgar y penar á los individuos de la familia, sobre todo á la mujer, que, según afirma Tácito (2), había de serlo *coram propinquis*: en casos como el de la viuda menor de veinticinco años que proyectara contraer segundas nupcias, necesitando al efecto la conformidad de los parientes (3); en otros, como el cambio de lugar ó persona, determinados por el padre en testamento, para la educación de los hijos pupilos (*presentibus cæteris propinquis liberorum*) (4); en la defensa, en fin, encomendada á los agnados ó hermanos del pupilo que no tuviese tutor (*si autem tutores non habent requirendi cognati vel affines ut defendant*) (5).

Pero no debe olvidarse que tal función colectiva de la representación familiar, aparte de ser derivación atenuada del tipo primitivo de la familia patriarcal, corresponde á una de las fases de evolución por que ha pasado la historia de la familia desde esa suprema autarquía en que se afirmó su personalidad colectiva, con independencia casi sinónima de

(1) Núm. 29, cap. 5.º de este tomo.

(2) *De moribus germanorum*, C. 19.—Núm. 29, cap. 5.º de este tomo.

(3) L. 18, tit. 4.º, lib. V, Cód.

(4) Dig., L. 1.ª, fr. 1.º, tit. 11, lib. XXVII.

(5) Núm. 5, fr. 1.º, tit. 4.º, lib. XLII.

la noción del Estado dentro de la esfera de su existencia y de los fines comprendidos en su órbita de acción, de las nociones, en suma, de la *gens* y del *ius gentilitium*, hasta que penetró en ella, y casi la absorbió, el influjo del Derecho general ó de la ciudad, degenerándose su naturaleza de entidad colectiva y completándose el fenómeno con la mayor exaltación individual de sus miembros; pues es indudable que la personalidad social de la familia se quebranta á expensas del mayor reconocimiento de la individual en las personas que la forman.

3. Como *precedentes* de esta institución del consejo de familia más propios é inmediatos en el Derecho civil de España se citan varios, correspondientes los unos á la legislación *común*, y los otros á las llamadas *forales*. Tales son, respecto á la primera ó Derecho de *Castilla*: la ley 3.^a, tít. 3.^o, lib. IV (1) y la 8.^a, tít. 1.^o, lib. III, del Fuero Juzgo (2); la ley 3.^a, tít. 7.^o, lib. III, del Fuero Real (3); las leyes 1.^a y 2.^a, tít. 5.^o, lib. V, del Fuero Viejo de Castilla (4); los Fueros de Sepúlveda, Cáceres, Salamanca y Alcalá (5).

(1) «*Quod si nec patruus, nec patru filius, qui digne tutelam suscipiat orphanorum fuerit, tunc tutor ab aliis parentibus in præsencia iudicis eligatur. Et sive mater tutelam, sive quicumque susceperit, præsentibus testibus vel propinquis, de omnibus rebus quas pater reliquit, brevis factus trium vel quinque testium subscriptione firmetur, et præsentibus ipsis, qui ad brevem faciendum testes interfuerint, Episcopo aut Presbytero, quem parentes elegerint, brevis comendentur, minoribus dum adoleverint reformandus.*»

(2) «*De puella vero, si ad petitionem ipsius is, qui natalibus eius videtur æqualis, accesserit petitor, tunc patruus, sive frater cum proximis parentibus conloquantur, si veliut suscipere petitoem, ut aut communi voluntate jungantur, aut communi iudicio denegetur.*»

(3) «Si el padre muriere, é hijos dél fincaren sin edad, la madre, no casando, tome á ellos, é á sus bienes si quisiese, é tengalos en su guarda fasta que sean de edad: é los bienes de los hijos rescíbalos por escripto *ante los parientes mas propinquos del muerto, y delante alguno de los Alcaldes*: é si la madre se casare, no tenga mas á los hijos, ni á sus bienes en guarda, y el Alcalde con los parientes mas propinquos del muerto, dén á ellos y á sus bienes á quien los tengan en guarda, así como dice la Ley de suso: é si la madre muriere, é fincare el padre, tenga los hijos é á sus bienes, quier case, quier no é guarde á ellos y á sus bienes así como manda la Ley.»

(4) «I. Si alguna manceba en cauellos *sin voluntad de sus parientes los mas propinquos, ó de sus cercanos coormanos*, casare con algund ome, é se ayuntare con él por qualquiera ayuntamiento, pesando á sus parientes mas propinquos, o a sus cercanos coormanos, que non aya parte en lo de suo padre, nin en lo de la madre, e sea enagenada de todo eredamiento por todo siempre.» «II. Esto es Fuero de Castiella: Que si alguna manceba en cauellos se casa o se va con algund ome, si non fuer con placer de suo padre, ó de sua madre, si lo ouier, o con placer de suos ermanos, si los ouier, o con placer de suos parientes los mas cercanos, deve ser deseredada, é puedela deseredar el ermano mayor, si ermanos ouier; é si ella fuer en tiempo de casar, é non ouier padre, ó madre, e suos ermanos, ó suos parientes non la quisieren casar por amor de eredar lo suo, deve ella mostrarlo en tres Viellas, o en mas, como es en tiempo de casar, e suos ermanos, é suos parientes non la quieren casar por amor de eredar lo suo e de que lo ouier querellado e mostrado así como es derecho, e despues casare, non deve ser deseredada por derecho.»

(5) Que exigen la intervención de los parientes, que hubieran de heredar, en su caso, á la mujer soltera que no tenga padres, en el matrimonio de la misma.

En cuanto á las legislaciones *forales*: respecto de Aragón, el Fuero único de *liberationibus et absolutioibus tutoribus per minores faciendis* (1); el de *contractibus coniugum* (2), y alguna Observancia (3), cuyos preceptos exigen el consejo de dos buenos y legales parientes próximos del pupilo para ciertos actos del mismo, principalmente los que se refieren á su matrimonio y á la validez de la transmisión de la dote ó *axovar* al marido; en Cataluña, el Usatge de 1351 (4), que pide la voluntad de tres parientes más inmediatos de parte de padre y de madre para la eficacia de donaciones ó renunciaciones de bienes, ó, en su defecto, de tres amigos íntimos, no obstante la intervención judicial; en Navarra la consulta ceremoniosa hecha á los parientes, que, según afirma el juriscónsul regionalista Sr. Morales (5), «tiene en la práctica una extensión de facultades que ciertamente no se dan en país alguno». Más señaladamente, sin embargo, conócese en el alto Aragón la institución del consejo de familia, con tal esfera de competencia en la práctica de sus funciones que alcanza una multitud de aplicaciones del orden familiar (6).

Completa el cuadro de antecedentes de la legislación—no ya con exclusiva relación á Castilla ni á los territorios forales, sino de carácter general,—la pragmática sanción de Carlos III, de 23 de Marzo de 1776 (7), relativa sólo al consentimiento y consejo para contraer matrimonio, la cual fué derogada por la de Carlos IV, de 1803 (8), que abolió el sistema de la intervención de parientes en aquél, hasta que se restableció el principio por la ley de 20 de Junio de 1862, concediendo á ciertos parientes, y aun á vecinos honrados, esa intervención en el otorgamiento de la venia matrimonial en defecto de padre, madre, abuelo paterno ó materno. También se observa que, según el art. 1.861 de la ley de Enjuiciamiento civil, han de intervenir los dos parientes más próximos del menor é incapacitado, uno por cada línea, para la formación del inventario que haya de hacer el tutor ó curador de los bienes de la tutela.

Todos estos precedentes legales, que se invocan como manifestación de la generación histórica en nuestras leyes del consejo de familia, están muy lejos de serlo y no pasan de la categoría de aplicaciones singulares, sin llegar á constituir un organismo de carácter permanente, de funciones peculiares y de personalidad jurídica determinada con aquella independencia y sustantividad necesarias para elevarlo á la categoría de institución orgánica, no ya de la concepción plena de un tal *consejo de*

(1) Zaragoza, 1348, lib. V, *Fororum Regni Aragonum*.

(2) Huesca, 1247, lib. V.

(3) 1.^a *De iur. dot.*, lib. V.

(4) De Pedro III, Cortes de Perpiñán, cap. 17.^o

(5) Memoria codificadora citada.

(6) Detallados con toda exactitud por el ilustrado escritor D. Joaquín Costa, en su libro *Derecho consuetudinario del alto Aragón*. Madrid, 1880; págs. 32, 33 y 197. También se dice practicado en Navarra, como en el alto Aragón, el consejo de familia, según afirma el Sr. Morales en la Memoria sobre la codificación civil, págs. 48 y 49.

(7) Que es la ley 9.^a, tít. 2.^o, lib. X, de la Nov. Rec.

(8) Que es la ley 18, idem id.