

familia, sino de un mero *consejo de tutela*, que es, después de todo, de lo que se trata en el Código con aquel impropio nombre. Sólo en algún territorio foral y por obra del Derecho consuetudinario, como sucede en el alto Aragón, puede decirse (1) «que la tradición oral y las costumbres recopilaron, y el sentido práctico ha conservado, con la verdad de los hechos, esa institución en una parte del territorio español, donde subsiste todavía encarnada en las costumbres queridas del pueblo, acreditada por el tribunal diario de la experiencia, unida por vínculos estrechísimos con todas las demás instituciones familiares y con el espíritu de las razas primitivas que poblaron nuestra Península» (2).

Hay que reconocer en este punto, cualquiera que sea el juicio que merezca el consejo de familia como elemento del organismo tutelar, que es una institución cuyos precedentes verdaderos—y más bien único—están en el Código civil francés (3), de donde se ha importado; reproduciendo, casi por completo, sus moldes en los proyectos de codificación civil de 1851, 1869 y 1882 y, últimamente, en el tít. 10, lib. I, del Código vigente.

Sólo un precedente legal, aunque incompleto, puede citarse que directamente se refiere á su establecimiento, cual es el de la ley de 10 de Enero de 1879, art. 44, sobre propiedad intelectual, por el cual, para que por el heredero de un autor se pueda impedir la publicación de una obra, se necesita el acuerdo del consejo de familia; y como esta institución no existía entonces en nuestras leyes civiles, el Reglamento de 9 de Septiembre de 1880, para la ejecución de aquella ley (arts. 46 al 51), dió reglas para su constitución, formándolo con el alcalde del domicilio del heredero, con los cuatro parientes varones más allegados, si existiesen, dos de la línea paterna y dos de la materna, que estuvieren vecindados en el mismo pueblo ó en otro que no distase más de seis leguas de aquél, y, en defecto de parientes, con vecinos honrados elegidos por el Alcalde entre los que hubieran sido amigos de los padres del heredero; artículos que, como ya se ha hecho notar (4), han de entenderse derogados por el Código civil y sustituidos por los arts. 293 á 313 del mismo.

(1) Como lo hace en términos brillantes el docto profesor de la Universidad de Zaragoza, Sr. Ripollés, en la ponencia por él formulada al tema quinto discutido en el Congreso jurídico-español de 1886 y en la pág. 13.

(2) De esta institución, como de otras, de aquel Derecho consuetudinario, hace magistral exposición el eminente jurisperito Sr. Costa, en diferentes artículos publicados por la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, t. LIV y siguientes, y en su interesantísima publicación sobre «La libertad civil y el Congreso de jurisperitos aragoneses», en el fundado voto particular que fué discutido y aceptado en el mismo.

(3) Con el precedente en aquella Nación de la ley de 24 de Agosto de 1790, que establecía los *tribunales de familia*, compuestos de amigos, parientes ó vecinos, y su competencia arbitral se aplicaba á la resolución de las diferencias entre próximos parientes consanguíneos y afines ó entre los tutelados y sus tutores; y de prácticas consuetudinarias, como las observadas en las provincias, donde el consejo de familia ó de parientes tiene reconocidas facultades importantes en las cuestiones de dote, distribución de bienes, tutela y disensiones familiares.

(4) Núm. 10, cap. 12, t. III, 2.^a edic.

Dados estos antecedentes, en realidad resultan excesivos é inciertos los términos con que se formula la *Base séptima* de la ley de 11 de Mayo de 1888, que, hablando de la tutela, dice que podrá deferirse por el testamento, por la ley ó por el consejo de familia, y se completará con el *restablecimiento* en nuestro Derecho de ese consejo y con la institución del protutor.

De inexacto cabe juzgar lo del *restablecimiento*; y, por el contrario, parece que en la historia de nuestro Derecho patrio puede considerarse *nueva* la institución del consejo de familia, aunque no tanto como la del protutor, porque en aquellos precedentes legales pueden percibirse ligeros atisbos del primero, si bien nunca habría motivos, aun dándoles ese valor exagerado, para emplear la palabra *restablecimiento*.

4. La *crítica* de esta nueva institución legal del *consejo de familia* podría ser asunto de un volumen. Concretados á límites más reducidos, y no obstante cuanto se deja dicho al tratar de la *tutela*, y de lo que en la *explicación* de los textos legales del Código se consigna, en el § 3.º, Art. II de este capítulo, anotaremos aquí tan sólo nuestro juicio acerca de los capitales aspectos y tendencias con que esta cuestión se ofrece.

Una cosa es discurrir acerca de la institución del consejo de familia, en general y en su sentido más comprensivo, como órgano mediante el cual se cumplan *todos* los fines jurídicos familiares, y otra muy distinta juzgarle sólo como un *elemento*, siquiera el más importante, de los que forman un *régimen tutelar*; que es al fin una inteligencia más restringida con aplicación exclusiva á los fines de la tutela, lo cual produce la diferencia de que en aquel primer concepto es una institución propiamente *familiar*, y en el segundo *cuasi familiar*.

Distinto es también opinar acerca del aspecto más práctico y de valor actual y positivo, no teórico, como los anteriores, á fin de resolver si el llamado *consejo de familia*, tal como lo establece el Código civil, merece denominarse así, y sirve, por su organización, á los fines para que fué instituido; ó si, por el contrario, la innovación que representa en el antiguo DERECHO CIVIL DE ESPAÑA—aunque la ley de Bases lo considera con inexactitud como un *restablecimiento* del mismo—mejora ó empeora el régimen tutelar. Y, por último, si aun dada la necesidad ó la conveniencia de modificar el anterior, hubiera sido preferible adoptar una solución intermedia, llevando á ciertos Tribunales ú organismos especiales, de carácter tutelar, á manera de instituciones *mixtas* de Derecho público y privado, el complemento del nuevo régimen para la guarda de menores é incapacitados.

Desde el primer punto de vista se pretende que el consejo de familia sea una institución adjetiva de aplicación general que consagre la independencia y el *self-government* de la familia, conociendo de todos los asuntos y de todas las cuestiones que surgen en el hogar doméstico, lo mismo en lo relativo á la tutela que á las capitulaciones matrimoniales, á la separación y divorcio de los cónyuges, á los bienes pertenecientes á éstos, á los alimentos y demás, referentes á las personas y bienes de

los cónyuges y sus hijos; es decir, á la totalidad de las relaciones familiares (1).

Cierto es que la familia constituye una entidad jurídica natural, necesaria, específica y distinta de las demás del individuo, del municipio, de la región, del Estado, etc.; que tiene un innegable Derecho interno y característico, poderes propios, fines peculiares, y debe contar, por tanto, con organismos adecuados de índole privativa, toda vez que la naturaleza de muchas de sus funciones y fines se sustraen, según hemos dicho (2), á la acción del Derecho general y social, el cual carece de medios apropiados para sancionar y garantizar su cumplimiento, y aun respecto de muchos de ellos no es prudente siquiera que se reconozcan y se juzgue fácil restablecer su normalidad fuera de la órbita de la familia; pero también es indudable que para consagrar la existencia de esos órganos, propios y exclusivos del derecho familiar, es indispensable, ante todo, contar con la realidad de un concepto de *familia* mucho más lato

(1) Ripollés, Ponencia del Congreso jurídico-español; Álvarez Cienfuegos, Observaciones al tema 1.º del mismo.

El consejo de familia, dice el Sr. Costa en su notable obra *El Derecho civil y el Congreso de juriscultos aragoneses*, págs. 207 á 209, en los tiempos modernos, es hijo de un doble movimiento de la opinión y de la ciencia, y lo funda principalmente en las siguientes consideraciones:

«... el descubrimiento hecho en nuestros días de las primitivas legislaciones aryas de indios, persas, griegos, celtas, latinos y germanos, ha trazado derroteros, antes no sospechados, á la economía y á la filosofía del Derecho, ha iluminado con nueva luz la inteligencia de los políticos y de los sabios, ha acrecentado el caudal de su experiencia, les ha abierto horizontes más anchos que los explorados hasta aquí, é inspirádoles soluciones que á la especulación filosófica no se la había ocurrido idear... Fruto de estos estudios y del sentido más humano, más universal, y al par más positivo, más atento á la experiencia, menos pagado de las especulaciones abstractas y de la pura razón, ha sido la idea de restaurar aquel círculo social que en las primitivas edades existió entre la familia y la ciudad, ó entre la familia ó la tribu, apellidado *gens*, *gentilidad*, *clan*, *zadruga*, etc., según los países, que desapareció temprano en los más de ellos por efecto de una desviación anormal en el desenvolvimiento del derecho político, y que únicamente se ha perpetuado hasta los tiempos presentes en algunas naciones eslavas y en algunos pueblos indios.

«Siéntese hoy por la generalidad de un modo vivísimo, si bien indefinido y vago, la necesidad de que la familia se mueva en un círculo más ancho que el que en la actualidad le tiene trazado la ley civil; que el Estado le restituya multitud de derechos que contra toda razón le tiene usurpados de siglos; que para aquellas relaciones jurídicas de carácter mixto ó intermedio, no tan privadas que puedan resolverse en la intimidad del hogar, ni tan públicas que deban encomendarse á la apreciación del Juez y regularse por leyes especiales, se constituya un órgano colectivo de carácter mixto también, que participe de la doble naturaleza del poder doméstico y del poder social, y sea el conducto por donde se comuniquen la familia y el Estado, y se pongan en conjunción el derecho privado y el derecho público. Y como estas aspiraciones estaban satisfechas en el derecho gentilicio primitivo que los estudios históricos contemporáneos han sacado á luz y patrocinado la Filosofía del Derecho; resulta que han venido á encontrarse en una misma conclusión y en un mismo deseo la ciencia del Derecho y la opinión social.»

(2) Núm. 3 y siguientes, cap. 2.º de este tomo, 2.ª edic.

que el imperante en los tiempos modernos, con una sociedad familiar que traspase los límites de la relación conyugal y de la paterno-filial, en que ahora se encierra el sentido dominante y usual de la familia, y alcance á comprender la relación parental ó, para decirlo de una vez, que se restablezca algo parecido á aquel tipo de la familia primitiva, dentro de la cual se cumplieran, no sólo los fines del Derecho familiar *interno*, sino del *privado* que á la familia se refiere y del *público* que á la misma afecta, ya que viviendo los parientes que no sean cónyuges é hijos alejados del orden familiar, constituido realmente sólo por aquéllos, en el Derecho general mismo se observa que la relación parental no tiene trascendencia más que á determinados fines y efectos civiles, como los de sucesión intestada, á falta de descendientes y ascendientes, y á alguna remota aplicación, como obstáculo legal para la celebración del matrimonio por razón de impedimento, que también desaparece con la dispensa en la línea colateral.

De suerte que si el consejo de familia, con aplicación exclusiva al régimen tutelar, ha de surgir del orden familiar, tal como hoy resulta entendido por costumbres y leyes, ó sea limitado á cónyuges, padres é hijos, como la necesidad de la tutela no sobreviene sino en defecto de patria potestad, resultaría que sólo los hermanos, puesto que la madre tiene patria potestad á falta del padre, serían elementos familiares, propiamente tales, para la constitución de ese organismo familiar que se llama consejo de familia, aplicado á la guarda de menores é incapacitados, y no siempre se daría el caso de que existieran en ella y que fuesen mayores de edad.

La consecuencia de todo sería que en muchas ocasiones, si la idea del consejo de familia había de desenvolverse dentro de lo que estrictamente se conoce hoy por tal, no podría tener lugar su constitución como elemento de un organismo tutelar; ó que, por el contrario, llevados á la formación de ese consejo otros parientes que los hermanos, esto es, los colaterales de grado posterior á los ascendientes de grados más remotos, como los abuelos, no siendo ninguno de estos elementos que integran el orden familiar, reducido á cónyuges é hijos, se daría lugar á un consejo de familia, como el que ofrece el Código con este nombre, exclusivamente para los fines tutelares, que podría llamarse con más propiedad *consejo de parientes ó de tutela*, pero no de manera alguna *consejo de familia*, como se le denomina.

Mucho influyen las leyes, ciertamente, en las costumbres; pero cuando sus creaciones son meramente artificiales y no descansan en una base de realidad, su valor es más nominal que efectivo, y su influjo más perturbador que beneficioso (1).

(1) El consejo de familia es «una institución inútil, unas veces; inconveniente, otras, desde el momento en que las ideas, las costumbres y hasta la misma legislación desconocen la solidaridad de la familia, ensalzando los derechos del individuo. Escribe, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t. II, pág. 498; Madrid, 1874.

«La familia actual, que no tiene la organización jurídica que tenía en Roma ni la so-

Por otra parte, dada esta consideración restringida, que real y efectivamente tiene en la actualidad la familia, la introducción del llamado *consejo de familia*, como base del sistema tutelar, más que consagrar un régimen de la misma, parece que la contraría, mermando la eficacia de las disposiciones de sus únicas autoridades naturales, que son los padres; puesto que la muerte de éstos y la falta de convivencia de los hermanos ó la inexistencia de ellos, cuando de un solo huérfano se trate, hace desaparecer por completo el hogar doméstico, borra aquella sociedad familiar, y precisamente viene á constituirse aquel consejo cuando ésta ha desaparecido; fuera de lo que la realidad enseña acerca de lo que se relajan los afectos fraternales cuando cesa aquella vida común, y otros nuevos conyugales ó paternos vienen á reemplazarlos en el hermano que constituye nueva familia, y lo que enseña la observación diaria en la vida moderna de cómo entre hermanos, y más aún entre otros parientes, la residencia en distintos puntos, la facilidad de trasladarse á lejanas tierras, la falta de trato y tantas otras causas, en vez de favorecer los motivos de atracción entre hermanos y parientes, entibian los impulsos de amor nacidos de sus vínculos naturales, cuando no sobrevienen incompatibilidades por razón de intereses ó por otra multitud de motivos que la realidad presenta á cada momento, ó esos antagonismos se ofrecen, como es frecuente, entre los parientes que forman el consejo de familia, dificultando su función en perjuicio del tutelado (1).

Dicho consejo es, dentro del régimen tutelar, el elemento capital á quien corresponden todas las iniciativas y la autoridad entera para el gobierno de la persona y bienes del menor; el tutor está subordinado á sus acuerdos, á su vigilancia, á su misma remoción; y si es testamentario, nombrado por el padre ó por la madre, que quisiera delegar en él su poder de dirección, cuidado y defensa de los hijos y de su patrimonio, por la confianza que les inspirara, aquella delegación resulta poco menos que baldía y desautorizada, porque el tutor viene sometido en su gestión á las determinaciones del consejo de familia, formado por parientes, ó en su defecto por extraños amigos, que, en el caso frecuente de no ser nombrados por los mismos padres, constituyen un elemento que se interpone entre la designación que éstos hicieran de tutor y la misión de confianza por éste recibida, desconociéndose con ello la superior autoridad

lidaridad de la familia cristiana, destruída por el individualismo, carece de aquel sentido arraigado de unión que sujetaba la primera por el poder y la dependencia al jefe, y á la segunda por la comunidad de origen y el espíritu de fraternidad. Hoy la familia no tiene el radio que tenía en los antiguos tiempos; no la componen los parientes, los agnados y cognados, sino sólo los padres y los hijos; fuera de éstos es vacía de sentido la palabra *familia*, y por tal se entiende sólo al padre, la madre, el hijo y el hermano, y aun hay quien añade, viviendo en la íntima comunidad del hogar. » Coderch, *El consejo de familia en España*, Barcelona, 1893, pág. 57.—Soler Arqués, *Ideal de la familia*, pág. 8.—Maranges, *Estudios jurídicos*, pág. 15.

(1) Aun sin llegar al extremo de temer confabulaciones contra los intereses del menor, viniendo á convertirse, como han afirmado algunos juristas (Sres. Figuerola y Linares Rivas, ponencia en el Congreso jurídico-español de 1886), «la institución de amparo, en cerco de enemigos».

moral y positiva garantía de interés afectivo por los hijos, del padre ó madre que le designaran.

Por sensible que sea, no puede desconocerse que á esta tendencia ideal, en los principios, del consejo de familia, en su consideración más amplia y á su introducción en las leyes contemporáneas, se opone la realidad de aquellos innegables puntos de vista de que queda hecho mención.

El segundo aspecto en que puede considerarse el *consejo de familia*, como *elemento* de los que forman un *régimen tutelar*, además de desnaturalizar aquella institución, en el sentido propio y más comprensivo que su nombre revela, haciendo inexacta su denominación, que debiera ser la de *consejo de tutela*, no puede menos de ofrecer graves inconvenientes. Tales son: que contraría y embaraza la unidad de acción, que todo poder directivo necesita, sometiendo la gestión tutelar á las dificultades y falta de expedición y rapidez de cualquier orden colectivo, comparado con la iniciativa individual; que reduce al tutor al carácter de mero ejecutor de los acuerdos del consejo, puesto que, tanto respecto de la persona del tutelado, como de sus bienes y derechos, la acción de aquél queda supeditada, casi por completo, á la supremacía del consejo; que, por tanto, disminuye considerablemente la responsabilidad individual del tutor en todos los actos en que obre por obediencia á los acuerdos de aquél, sin reemplazar esta garantía más positiva para el menor ó incapaz de la fianza que el tutor debe prestar, además del temor á lo deshonesto de incurrir en caso de remoción, sino con la vaga, general y poco eficaz de la personal responsabilidad de los vocales del consejo de familia, por su participación en las resoluciones colectivas del mismo, dado que tampoco se les exige el afianzamiento del cargo, y queda aquélla limitada á la genérica, no siempre de fácil prueba, de indemnizar daños y perjuicios; que, como las principales aplicaciones de dicho consejo, en cuanto forma parte de un régimen tutelar, son de un sentido *patrimonial*, allí donde falta el patrimonio, es decir, cuando se trata de tutelados pobres ó de escaso caudal, se corre el peligro de que se descuide ó dificulte la constitución del consejo y, por ende, resulten privados de la defensa de la tutela.

De más interés práctico es, sin duda, discurrir acerca del indicado tercer aspecto en que esta *crítica* se mueve, á saber: si la introducción del consejo de familia en nuestras leyes, tal como le ofrece organizado el Código civil, responde á los fines de su creación y hace más perfecto ó imperfecto el régimen tutelar, comparándolo con el establecido por el Derecho anterior.

Obsérvese, por de pronto, que la base de todo este régimen en el Código pudiera decirse que responde á un espíritu de desconfianza, revestido de apariencias orgánicas de mayor garantía: «la tutela se ejercerá por un solo tutor, bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia» (art. 201); desconfianza, que trasciende á este último, en cuanto todas sus determinaciones pueden quedar sujetas á la revisión de los Tribunales.

El resultado de este criterio en orden al tutor es privarle de iniciativas que debieran serle peculiares, pasando la mayor suma de las atribuciones tutelares al consejo de familia, lo mismo en puntos fundamentales y procedentes, que en otros más secundarios, de tal modo que éste viene á absorber la personalidad de aquél, reducido á la condición de un delegado suyo, intervenido por el protutor, siendo en realidad dicho consejo quien ejerce la tutela (1); con perjuicio, según ya queda dicho, de la unidad, facilidad y responsabilidad en la gestión tutelar, además de contrariar todo estímulo de iniciativa é identificación del tutor en el ejercicio de su cargo.

Por otra parte, es indudable que las funciones del consejo son técnico-jurídicas y demandan, por lo menos, el conocimiento del Código civil en lo que al mismo se refiere, reglas que se hallan diseminadas en distintos pasajes de este cuerpo legal, y sabido es que las condiciones exigidas para el cargo de vocal de aquel organismo tutelar en manera alguna ofrecen una garantía de esa preparación técnica, siendo en este aspecto una sustitución imperfecta de los Tribunales de justicia, á los que se quiere reemplazar.

Contra la intervención de dichos Tribunales en el sistema tutelar del Derecho anterior se ofrecían los reparos de las dilaciones y gastos que producían; pero desde este punto de vista no parece mejorada la situación. Aquéllos están constituidos á toda hora, mientras el consejo necesita convocarse y reunirse para cada caso. Conocían de las incidencias tutelares en actos de jurisdicción voluntaria, y la falta de contradicción de partes, unida al celo que en tutor y Juez debe suponerse, secundado á veces por el curador *ad litem* ó el Ministerio fiscal, podría hacer esperar que se procediera con relativa brevedad, en tanto que las deliberaciones del consejo y otros necesarios trámites en muchos casos, con la posibilidad de recursos de revisión ó reclamaciones ante los Tribunales, de que puedan ser objeto los acuerdos de aquél, no harán ordinariamente más rápida su acción, ni más expeditos sus procedimientos.

En punto á gastos, basta recordar varios artículos del Código (2), según los cuales las diferencias que se ventilan con diversos motivos ante los Tribunales comunes, lo son litigando el consejo á expensas del menor, ya que otra cosa tampoco era posible, pues por razón de su interés y defensa se provocan aquellas cuestiones judiciales, y no cabía

(1) En orden á la persona del tutelado, según lo acreditan los núms. 1.º á 4.º, art. 269, explicados en las letras B, a, núm. 62 del capítulo anterior; y en cuanto á los bienes y derechos del mismo, los núms. 5.º al 13 de igual artículo, los arts. 264 á 266, y tantos otros examinados en dicho capítulo precedente; que, especialmente en el orden patrimonial, conceden poco menos que una dictadura al consejo, ocasionada á consecuencias lesivas para el tutelado, no siempre evitadas por la revisión judicial, ya que ningún precepto la hace obligatoria, ni reparadas por la efectividad de una garantía real y preestablecida.

(2) 241, 249, 277, 279, etc.

añadir, fuera de casos de malicia ó negligencia inexplicable, tales responsabilidades pecuniarias á los que ejercen un cargo, como el de vocal del consejo de familia, además de enojoso, gratuito, y muchas veces obligatorio, aparte su cualidad de representantes de la persona y del derecho ajenos.

Además, al consejo de familia, tal como lo organiza el Código civil, le faltan autoridad moral y legal y la consiguiente independencia, ya que el legislador no se ha atrevido á reconocer á sus acuerdos el carácter de inapelables y firmes, puesto que los remite en último término á la intervención del Poder judicial; constante desconfianza, tantas veces puesta de relieve, de que, aun con la nueva enorme masa de elementos traídos al actual organismo tutelar, resulten imperfectamente defendidos la persona é intereses de los tutelados, por las condiciones de vaguedad, indeterminación é insuficiencia de reglas, tanto sustantivas como procesales, que hacen el régimen tutelar más complicado y confuso, no sólo por el número de sus múltiples y heterogéneos elementos, sino por la falta de la clara coordinación de los mismos, para su normal funcionalidad.

El punto de vista más grave, por su trascendencia en la práctica y por su contradicción con los fines del principio de *protección legal*, á que las instituciones tutelares responden, es el relativo á la responsabilidad de los elementos que integran la tutela, atendida la subordinación de los unos respecto de los otros. Así, las responsabilidades del tutor las borra con sus acuerdos, que éste debe acatar, el consejo de familia, y las de este consejo, ó mejor, de cada uno de sus vocales, además de menos extensas y más circunstanciales é indotadas de garantías previas, pueden ser estorbadas ó anuladas por la revisión de los Tribunales, confirmando, modificando ó revocando dichos acuerdos.

Resuelta la reforma del Derecho anterior en cuanto á la guarda de menores é incapacitados, tal vez hubiera dado mejores resultados un criterio *intermedio* introduciendo Tribunales especiales de carácter tutelar, organizados á semejanza de como están en otros países (1).

ART. II

CÓDIGO CIVIL

§ 1.º

Texto.

5. FORMACIÓN Y COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE FAMILIA.

Art. 293. Si el Ministerio público ó el Juez municipal tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna de las personas á que se

(1) Alemania, Inglaterra, Rusia, etc., según se hizo notar en los núms. 21 y 34, caps. 9.º y 10 de este volumen.