

Atendido el carácter tuitivo y discrecional que la ley otorga á la Autoridad judicial para conceder ó negar la aprobación á las determinaciones del consejo de familia, es de todo punto indudable que, para dictar resolución acerca de ellas, pueden y aun deben los Tribunales estimar, no sólo si están comprendidas en las atribuciones del consejo, sino también si éste ha procedido y tomado el acuerdo en la forma y con los requisitos prefijados por la ley, examinando cuantos requisitos juzgue necesarios para resolver, aunque no hubieren sido aducidos por las partes, con especialidad si se tiene en cuenta que dicha ley no ha establecido las circunstancias legales ó las de utilidad ó conveniencia en las cuales el Tribunal deba fundarse para conceder necesariamente la aprobación; y en tal sentido, limitándose el Tribunal á negarla, no infringe y sí aplica debidamente el art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil (1).

Aun cuando la doctrina del art. 310 del Código civil, al conceder acción para alzarse de las decisiones del consejo de familia á los parientes del menor, que no son parte de aquél, así como al tutor y al protutor, autoriza la de que tengan igualmente acción para pedir su nulidad, no puede extenderse esta facultad á más de lo que alcance su interés familiar en favor de la persona ó del patrimonio del menor ó incapacitado, ó el propio derecho de los reclamantes afectado por la decisión impugnada (2).

Si bien la ley de Enjuiciamiento civil es reguladora de los juicios que en ella se comprenden y en la misma se determinan los que deban regir según la naturaleza ó cuantía de las cuestiones promovidas entre partes, esto es, sin perjuicio de aquellos casos en que el legislador, al declarar algún derecho ó reglamentar una institución, establece á la vez procedimiento para la sustanciación y efectividad de reclamaciones que puedan formularse, publicado el Código civil con posterioridad á la vigente ley de Enjuiciamiento civil, y organizada en él la institución de la tutela de modo muy distinto del establecido en la legislación anterior al Código, á éste, antes que á ninguna otra ley, es preciso acudir para la resolución de las cuestiones que surjan acerca de dicha institución, lo mismo en cuanto á la substancia y esencia de los derechos, que en cuanto al procedimiento para hacerlos efectivos, aplicando estrictamente los preceptos en él consignados é interpretándolos en caso necesario (3).

El precepto del art. 310 tiene el carácter de sustantivo, en cuanto determina la subordinación de la autoridad del consejo de familia á la de las Autoridades judiciales, y el de adjetivo ó procesal en cuanto establece el recurso de alzada para ante el Juez de primera instancia; y como el concepto de alzada constituye por sí una especialidad y excluye por su naturaleza el de las demandas á que la ley de Enjuiciamiento civil se refiere, forzoso es interpretar y entender dicho precepto en el sentido propio de tales recursos, para que una vez entablado se sustancie por los trámites marcados á los incidentes, dentro de los que cabe la discusión y justificación de los derechos que se ventilan en estas alzadas sin necesidad de recurrir al procedimiento más dispendioso y perjudicial de las demandas, que por lo expuesto no cabe dentro de tales recursos dada su naturaleza, y ya que reclamaciones de esta índole pueden estimarse como incidentales de las tutelas registradas, sobre las que tienen además los Jueces las facultades de inspección á que se refiere el art. 292 del Código civil; y entendiéndolo-

(1) Sent. 10 Mayo 1899.

(2) Sent. 6 Junio 1900.

(3) Sent. 4 Enero 1902.

lo así la Sala sentenciadora, no infringe los arts. 481 y 483 de la ley procesal, ni por aplicación indebida el citado 310 (1).

Al precisar el art. 310 del Código civil los sujetos que tienen derecho para alzarse de las decisiones del consejo de familia, excluyendo, por tanto, á los no comprendidos, claramente determina que la acción no es pública en el sentido expuesto, aunque el que la ejercite tenga la personalidad necesaria para comparecer en el juicio (2).

El pariente á quien se refiere el citado art. 310 es sólo el consanguíneo, ya porque así se infiere del sentido y concepto que en todo el Código civil se da á aquel vocablo cuando se emplea sin otro aditamento, puesto que cuando se trata de los afines para determinadas instituciones así se expresa, ya porque en el organismo tutelar sólo tienen intervención los parientes consanguíneos, según se revela en el art. 294, que concede derecho á formar parte del consejo á los parientes por consaguinidad y no á los afines, como lo demuestra la circunstancia de incluirse entre éstos exclusivamente á los maridos de las hermanas, y aun con la indispensable circunstancia de que las últimas vivan; y que como interesado en la decisión, debe entenderse sólo aquel cuyo propio derecho sea directamente lesionado por la decisión misma, ó el que representando el interés familiar de la persona ó bienes del incapacitado pueda fiscalizar y contradecir aquellos acuerdos que sean lesivos de uno ú otro derecho (3).

Dados los términos del precepto del art. 310 del Código civil, no se puede restringir el recurso de alzada que en él se establece en caso alguno y cualquiera que sea la materia sobre que verse el acuerdo del consejo de familia, porque la única excepción consignada en dicha disposición legal es la del caso del art. 242, y sería contradictorio de precepto tan absoluto hacer extensiva la restricción á ningún otro, sin que á ello obste el derecho que el 240 otorga á los tutores y protutores removidos para reclamar ante los Tribunales dentro de los quince días siguientes al en que se haya comunicado la resolución: primero, por ser perfectamente compatible un derecho con otro, y porque el expresado término no empezaría para el tutor ó protutor removido sino desde que fuere firme la resolución judicial que recayere en virtud de la reclamación formulada; segundo, porque de otra suerte se mermaría la intervención judicial que el legislador ha querido establecer en el funcionamiento del consejo por medio del recurso á que se refiere el mencionado art. 310, y tercero, porque aun cuando pudiera parecer que con la resolución del incidente quedaba prejuzgada la cuestión personal del tutor ó protutor que no haya sido oído en el incidente promovido por un vocal alegue consideraciones y fundamentos que desvirtúen los que hubiesen sido antes tenidos en cuenta (4).

El art. 277 del Código hay que relacionarlo con el 312, y no excluye consiguientemente el supuesto y la apreciación de la temeridad ó abuso, aunque haya podido un consejo de familia tomar determinados acuerdos en daño de los menores, cuyo sostenimiento obliga á seguir un litigio; y entendiéndolo así la Sala sentenciadora, no es de estimar la infracción del primero de aquellos artículos (5).

16. REMOCIÓN DE LOS VOCALES DEL CONSEJO DE FAMILIA.—Aun cuando el

(1) Sent. 4 Enero 1902.

(2) Sent. 24 Junio 1905.

(3) Idem id.

(4) Sent. 19 Octubre 1907.

(5) Sent. 16 Octubre 1908.

Código civil no expresa ó determina quiénes pueden promover el juicio de remoción de los vocales del consejo de familia, es evidente que puede promoverlo el tutor, como representante que es, según el art. 262, del menor ó incapacitado, en todos los actos civiles, fuera de los que éstos puedan ejecutar por sí mismos, y que la demanda que ha de entablarse directamente ante los Tribunales, por no ser de racional aplicación al caso la doctrina establecida en los artículos 234 al 243 del mismo Código, que tratan de la remoción de los tutores, no necesita de la previa autorización del consejo, ya porque no puede comprenderse entre las que genéricamente menciona el núm. 13 del art. 269, ya porque pugna con el buen sentido que se requiera, como requisito preliminar del juicio, el consentimiento de las mismas personas contra quienes se va á proceder (1).

La falta de asistencia de algunos vocales del consejo de familia á varias sesiones de éste, su protesta de los acuerdos adoptados por el mismo, su abstención en cuanto á los referentes á la organización de la tutela y al cuidado de la persona é intereses del amparado por el consejo, la remoción del presidente por ellos promovida y la forma destemplada que emplearon con los demás vocales, no implican el mal comportamiento que, según el art. 298, en relación con el núm. 4.º del 238 del Código civil, es causa de la remoción de los vocales del consejo de familia, si aquéllos sustentaron desde un principio que el consejo se había constituido con un vicio de nulidad que afectaba á todos sus actos ó resoluciones, y no hay razón para presumir que profesaran dicha opinión de mala fe, ó con un propósito reprobable; y estimándolo así la Sala sentenciadora, no infringe los dos artículos citados y tampoco los 301, 304, 305, 306 y 309 del mismo Código (2).

No hay precepto legal, ni razón alguna de analogía, que permita aplicar á la remoción de los vocales del consejo de familia lo dispuesto para la de tutores y protutores en los arts. 239 y 243 del Código civil, como ya tiene declarado el Tribunal Supremo, pues á más de que sería contrario al buen sentido y á los fines mismos de la remoción que el consejo hubiera de deliberar sobre su propia inhabilitación ó la de cualquiera de sus vocales, como trámite previo é indispensable para que la remoción pudiera declararse y surtir sus efectos, es manifiesto que precisamente por ser base y fundamento del organismo tutelar ha reservado la ley privativamente á la autoridad pública la facultad de formar el consejo, y como consecuencia indeclinable de ello, la de calificar la aptitud legal de sus vocales, así para entrar como para continuar en el ejercicio del cargo, según claramente se deduce, por una parte, de la falta de precepto en contrario, y por otra, de lo dispuesto en los arts. 293, 296, 301 y 309 del mismo Código (3).

El art. 296 autoriza á los Tribunales para subsanar el error cometido en la designación de los vocales del consejo de familia, mas no para conferir el cargo á quien carezca de capacidad para desempeñarlo, siquiera la causa de incapacidad haya sobrevenido después de habersele indebidamente preterido al formarse el consejo, porque establecido éste para el buen régimen de la tutela y no en beneficio personal de los vocales, surten los motivos de incapacidad sus efectos cualquiera que sea el momento en que haya de hacerse el nombramiento de vocal, ora sea al tiempo de formarse el consejo, ora sea después de formado,

- (1) Sent. 23 Mayo 1900.  
 (2) Idem id.  
 (3) Sent. 23 Marzo 1901.

para subsanar errores padecidos en su formación ó para cubrir las vacantes que ocurran (1).

El hecho de que ocurrida la muerte del padre de un incapacitado no cuidaran los parientes de éste de suplir su incapacidad, no sería por su naturaleza y circunstancias de los que pudieran determinar la remoción de aquéllos en el cargo de vocales del consejo de familia, ya por el corto tiempo que hubiere transcurrido desde el fallecimiento del padre, hasta que la autoridad judicial hubiese incoado el correspondiente expediente de incapacidad, ya por los términos en que está redactado el art. 214 en contraposición con el 215 y 293 del Código civil, y estimándolo así la Sala sentenciadora no infringe los arts. 237, 238, caso 4.º, 293 y 298 del Código civil (2).

No es suficiente para suponer el mal comportamiento el hecho de que algunos acuerdos del consejo de familia hayan podido ser revocados por el Juez de primera instancia respectivo con mayor ó menor fundamento, y menos los que ya han sido objeto de resolución concreta y especial en pleitos anteriores (3).

17. CRITERIO DE TRANSICIÓN.—No infringe la sentencia los arts. 1.833 y 1.861 de la ley de Enjuiciamiento, y aplica rectamente los arts. 12 y 293 del Código civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa á dicho art. 12, los cuales, á tenor de las disposiciones transitorias, tienen eficacia para las tutelas que han debido constituirse después de estar en vigor el Código, aunque sean de fecha anterior los testamentos de que emanen (4).

### § 3.º

#### Explicación.

18. En título aparte (5), inmediatamente después del consagrado á la *tutela*, trata el Código del *elemento* más importante de los que forman el *organismo tutelar*, que es el *consejo de familia*, el cual debiera ser asunto de alguna de las secciones ó capítulos del mismo título anterior, dado el carácter *orgánico* de aquella institución.

Dentro de ese título distribuye aquel cuerpo legal sus preceptos en *dos secciones*, consagrada la una á lo que denomina la *formación* del consejo de familia, y la otra á su *manera de proceder*.

La *explicación* del Código aconseja algún mayor detalle en las fases diversas en que debe ser considerado este asunto de la *formación* del consejo de familia, lo mismo que en lo relativo á su *funcionalidad*, *contenido* ó *facultades* y á su *extinción*.

Creación artificial de la ley el titulado *consejo de familia*, es necesario determinar los siguientes puntos: 1.º Supuesto legal de su necesidad. 2.º Acción ó medios de promover su formación. 3.º Autoridad competente para realizarla. 4.º Tiempo, lugar y procedimiento en que ha de

- (1) Sent. 23 Marzo 1901.  
 (2) Sent. 12 Septiembre 1905.  
 (3) Idem id.  
 (4) Sent. 12 Junio 1894.  
 (5) 10, lib. I del Código.

llevarse á cabo la creación del consejo. 5.º Su composición (sus *especies* y *elementos* de cada una, en las variadas hipótesis de la formación del consejo, en este aspecto). 6.º Carácter obligatorio del cargo de vocal del consejo de familia y causas de excusa ó de incapacidad para formar parte de él, y su remoción. 7.º Su constitución. Y 8.º Responsabilidades y sanciones.

I. FORMACIÓN DEL CONSEJO DE FAMILIA.—*Hipótesis en que debe tener lugar.*

a) *Supuesto legal de su necesidad.*

19. Si se atiende sólo al texto del art. 293, aquél llega únicamente desde el momento en que existe alguna de las personas á las que se refiere el art. 200, ó sean menores de edad no emancipados, locos y dementes, sordomudos, pródigos declarados y sujetos á la pena de interdicción civil, personas, al tenor de dicho último artículo, sometidas á tutela, para la cual hay que *empezar por establecer* el consejo de familia, bajo cuya vigilancia y la del protutor ha de funcionar el tutor precisamente (art. 201). Por este mismo texto, y atendida la naturaleza legal que en el Código tiene la tutela de institución *orgánica* compuesta de todos esos elementos, la idea del supuesto de la necesidad del consejo traspasa los límites de la letra del art. 293, aunque no los de su espíritu: primero, porque concretamente se refiere sólo á aquellas personas mencionadas en el art. 200; segundo, porque, en realidad, lo que el Código quiere decir, y no puede menos de establecer, habida consideración á la naturaleza del régimen tutelar que adopta, es que donde hay causa y necesidad de tutela, las hay de promover, formar y constituir el repetido consejo de familia.

20. Dentro del Código existen manifestaciones varias de la presencia de la *tutela*, pero no de la propia, perfecta y normal de un *régimen tutelar* franco y completo, al cual se halle sometido la del menor ó del incapacitado, sino de una tutela de misión accidental que se personifica por la intervención tan sólo del tutor, protutor, consejo de familia ó cualquiera de sus vocales, en diferentes hipótesis, en las que se exige la concurrencia de estas personas para asuntos de otras no sometidas á un régimen tutelar permanente, y respecto de las cuales ó no existió ó ha desaparecido, sino que son complementadas, en su defecto de capacidad, por el concurso de cualquiera de esos elementos tutelares; por ejemplo, en los casos de los arts. 50, 317, 1.352, 1.361, etc. (1).

21. De aquí se deducen una de estas dos conclusiones: ó que éstos no son casos de tutela, sino manifestaciones del ejercicio singular de alguno de dichos elementos que, solamente reunidos, forman el conjunto de la institución tutelar; ó que en todos ellos se hace preciso, si el régimen de la tutela ha de ser uno mismo, *orgánico* y *colectivo*, tal como la ley le ha establecido, considerarlos como otros tantos *supuestos* de la

(1) Explicados en los núms. 38, cap. 14; 19, cap. 29; letra b, núm. 41, y letra c, núm. 43, cap. 17, todos de este volumen.

necesidad de la formación del consejo de familia, aunque no se mencionen en el art. 293 ni puedan ser comprendidos en la única referencia que el mismo hace al 200, habiendo de considerarse como *adicionales* de aquél.

22. La solución del problema á que da lugar este aspecto de la *explicación* del art. 293 del Código y de sus concordantes, si no ha de ser *arbitraria*, es punto menos que *imposible*: porque, de un lado, los principios, la conveniente facilidad en las prácticas de la vida civil y el mismo texto del art. 293, repugnan la idea de que se haya de constituir el consejo de familia y organizar perfecta y acabadamente el régimen tutelar en toda su extensión, para singularidades circunstanciales semejantes; y de otro, la misma naturaleza legal de la tutela, como institución *orgánica*, según la ha concebido el Código, no parece autorizar la existencia fraccionaria é intervención parcial de unos ú otros elementos, disgregados y sin existencia actual, cuando se puedan necesitar para un acto determinado, según lo dicho en otro lugar (1).

23. Además de los casos en que se trata de las personas sometidas á tutela (art. 200), supuestos *normales* de constitución del consejo de familia, se registran en el Código otros, en los que, sin dar por *constituida* previamente la tutela, aunque eso deba presumirse, exige la naturaleza de ciertos actos, por prescripción especial de aquél, la intervención del mismo consejo. Tales son: el del menor que trata de contraer matrimonio si carece de padres y abuelos, el cual necesita del consejo de familia que le otorgue la licencia é intervenga en los contratos de capitulaciones matrimoniales (arts. 46 y 1.318); el de adopción de un menor que no tenga padres ni abuelos, á fin de que el consejo preste el consentimiento (art. 178); el de la hipótesis de incapacidad del loco, demente ó sordomudo, que, si no puede ser sometido á tutela hasta tanto que recaiga la declaración de incapacidad, en cambio tampoco, si no es oyendo al consejo, puede ser ésta declarada, que acaso no llegará á establecerse aquélla, si tal declaración no se pronunciase por los Tribunales (art. 216); los de ausencia, en que la administración de los bienes del ausente recaiga en los hijos ó en cónyuge no separado legalmente, si fueren menores, lo mismo para dicha administración que para la representación de la persona desaparecida, ignorándose su paradero (arts. 181, 183 y 189); el de desheredación del ascendiente, descendiente ó cónyuge, cuyos derechos de herederos forzosos pasan á los hijos del desheredado, sin que en los bienes objeto de la porción legítima, negada á los unos y otorgada á los otros, tengan los padres el usufructo ni la administración, siendo, por consiguiente, indispensable proveerles de tutor con el correspondiente consejo (art. 857); y, en general, todos aquellos en que, á pesar de la existencia de padres, se priva á éstos del ejercicio de la patria potestad y sobreviene la necesidad de la tutela para los hijos menores; por ejem-

(1) Explicación del art. 1.361, letra c, núm. 46, cap. 18 de este tomo.

pló, en el divorcio ó nulidad del matrimonio cuando sean culpables ambos cónyuges (1), y en las segundas nupcias de la madre viuda (2).

b) *Acción ó medios de promover la formación del consejo de familia.*

24. Pueden pedirla todas las personas que tengan conocimiento del supuesto que motiva su necesidad; pero *deben* hácerlo, en igual caso, el Juez municipal y el Ministerio público (3), dentro del territorio de su jurisdicción; el tutor designado en testamento, aunque pensara relevárselo del cargo por virtud de excusa legal, y si fueran varios los designados, se entenderán obligados todos, aunque sea bastante que uno de ellos cumpla este deber para eximir de responsabilidad á los demás; los parientes llamados á la tutela legítima, es decir, todos ó cualquiera de ellos, y los que por ley son vocales del consejo, sin que dentro de cada uno de estos grupos pueda establecerse ningún orden de prelación para las personas que los componen, porque este art. 293 no lo establece—sin embargo de existir (arts. 209, 211, 220 y 227) para que la tutela sea deferida,—aunque sí se establece para los grupos mismos, según la clase de tutela, testamentaria ó legítima ó, en último término, por la condición de aptitud legal para ser vocales del consejo.

25. Sancionada esta obligación, si no fuese cumplida, con la responsabilidad, de la indemnización de daños y perjuicios, conviene fijarse en que al Juez y al Ministerio público no se les impone, *si no tuvieran conocimiento* de la existencia en el territorio de su jurisdicción de personas que deban ser sometidas á la tutela; conocimiento que se supone en las demás personas, obligadas á trasmitírselo al Juez municipal correspondiente, aunque bien pudiera suceder que el tutor testamentario no supiera que lo es, ó que uno de los llamados á la tutela legítima esté en la creencia errónea de que existen parientes más próximos, á quienes debe deferirse. También puede suceder en la práctica que se ignore la circunstancia de aptitud legal para ser vocal del consejo de familia en aquel caso, mucho más tratándose de una institución recién introducida por el Código y sin tradición en nuestras costumbres civiles; pero como la alegación de la ignorancia no aprovecha á nadie, en rigor de doctrina no podrá ser invocada para relevarse de la responsabilidad de indemnizar daños y perjuicios (4).

(1) Arts. 70 y 73, explicados en los núms. 24 y 26, cap. 23 de este tomo.

(2) Art. 168, ídem en el núm. 22, cap. 29 ídem íd.

(3) En todos sus grados, dada su unidad legal, y puesto que el art. 293 emplea esta denominación en lugar de la de «Fiscal municipal», á diferencia de lo que hace con el Juez, que sólo se refiere á los de esta clase.

(4) Concuerdan, en cierto modo, con este art. 293 el 76 de la ley del Registro civil y 62 de su Reglamento, según los cuales deben dar parte por escrito ó de palabra al Juez municipal del término donde hubiese ocurrido su fallecimiento, los parientes del difunto ó los habitantes de la misma casa, y, en su defecto, los vecinos siendo mayores de edad; el párrafo 3.º del art. 79 de dicha ley del Registro, que manda que conste en la descripción de la defunción la edad de los hijos del difunto, si son mayores ó menores de edad ó si se hallan en estado de incapacidad; y el 963 de la ley de Enjuicia-

26. Esto constituye la *regla general* sobre la materia, aplicable á todas las tutelas; pero cuando se trata de la impuesta á los que sufren interdicción civil, existe el precepto especial del art. 228 (1), según el que, una vez firme la sentencia relativa á dicha interdicción, el Ministerio fiscal pedirá el cumplimiento de los arts. 203 y 293, y si no lo hiciere, será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan. También podrán pedirlo, pero sin obligación de hacerlo, el cónyuge y los herederos abintestato del penado.

c) *Autoridad competente para realizar la formación del consejo de familia.*

27. La competencia en este punto es *exclusiva* del Juez municipal, porque, atendiendo el grado de su jurisdicción y su existencia en todos los términos municipales, resulta el funcionario más á propósito para encomendarle esta misión.

Aunque la iniciativa corresponde al Ministerio público en general, ó sea en todos sus grados (2), lo frecuente será que la ejerciten los Fiscales municipales, y que siempre sean éstos los que deban intervenir, sin que se considere terminado su cometido hasta que el consejo de familia se haya *constituido* legalmente, según lo entendió el Fiscal del Tribunal Supremo (3). Cuando se trate de hijos *ilegítimos*, corresponde á dicho Fiscal municipal la presidencia del consejo.

miento civil, que impone al dueño de la habitación en que ocurra el fallecimiento ó á cualquiera otra persona en cuya compañía viviera el que haya muerto sin testar y sin parientes de la calidad de descendientes, ascendientes ó colaterales dentro del cuarto grado, ni cónyuge legítimo que viviera en su compañía, el deber de ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial, siendo responsables de las pérdidas ó extravíos que por falta de esta diligencia se hayan ocasionado en los bienes del abintestato, en cuanto que estando confiado el Registro civil á los Jueces municipales, y pudiendo también éstos, en algún caso (párrafo 3.º, regla 5.ª del art. 68 de la ley de Enjuiciamiento civil), intervenir en las diligencias de prevención de los abintestatos, tales supuestos legales se convierten en otros tantos orígenes de *conocimiento* para el Juez municipal de la hipótesis que da lugar á la necesidad de promover la *formación* del consejo de familia, cuando resulte de ellos que existen personas en el territorio de su jurisdicción de las comprendidas en el art. 200.

(1) Explicado en las letras B, d, núm. 59, cap. 31.

(2) Dada la organización de este Ministerio, art. 13, en la ley adicional á la orgánica del Poder judicial.

(3) Circular de 8 de Mayo de 1889 (*Gaceta* del 9), que dice:

«Los Fiscales municipales, á quienes el art. 293 da intervención en ese acto, no cumplirían su cometido limitándose á pedir la constitución del consejo; deberán además velar cuidadosamente para que se cumpla lo dispuesto en los arts. 294 á 295, oponiéndose, si fuera preciso, á que formen parte del mismo personas distintas de las llamadas por la ley, y menos aún de las inhabilitadas para ello al tenor de lo dispuesto en el 298.

»La intervención judicial y la del Ministerio fiscal cesa desde que el consejo queda constituido, salvo el caso singular en el que, según el art. 302, debe presidirlo el Fiscal municipal, por cuya razón sería ocioso decir cosa alguna respecto al modo de darse tutor, si no fuera porque el art. 228 impone á dicho Ministerio el deber de pedir su nombramiento para los condenados en la pena de interdicción civil.

d) *Tiempo, lugar y procedimiento para llevar á cabo la formación del consejo de familia.*

28. 1.º *Tiempo.*—No se establece por el Código ningún término dentro del cual, y á partir del hecho que origine el supuesto de la necesidad de constituir el consejo de familia, haya de promoverse dicha *constitución*. Sólo se induce que debe procederse con la mayor brevedad, por la naturaleza del asunto y atendidos los términos de los artículos 293 y 232. Este último figura en el título anterior de la tutela y capítulo 4.º, que trata de la dativa, cuando por su contenido no debía considerarse como especial de ésta, sino como general y relativo, también, á la constitución del consejo de familia, toda vez que el tutor, aunque sea testamentario ó legítimo, no puede ejercer su cargo sino bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia (art. 201).

29. 2.º *Lugar.*—Ni los términos de los arts. 293 y 203—el primero, que se refiere á las personas sometidas á tutela, de cuya existencia en el *territorio de la jurisdicción* del Juez municipal tuviera éste conocimiento; y el segundo, que expresa, los Jueces municipales del *lugar en que residen las personas sujetas á tutela*,—ni otro alguno del Código, dan clara idea de quién es el Juez competente, por razón del lugar, para promover la formación del consejo de familia y declarar constituida la tutela. Si hubieran de entenderse literalmente aquellos artículos, comprenderían lo mismo la residencia habitual, que caracteriza el *domicilio*, que la meramente accidental y transitoria. Para nosotros no es dudoso, á pesar del tenor de esos artículos, que el Código *ha querido* referirse al lugar de la *residencia habitual del menor ó incapacitado*, y no en manera alguna al de la *accidental*; porque saltan á la vista lo natural de la solución primera y lo perturbador y contingente de la segunda, ya por el nuevo carácter *orgánico y colectivo* de la tutela, ya por la necesidad de que los individuos que han de constituir el consejo de familia tengan, para el más asiduo y consciente desempeño de su misión, para mayor garantía de los intereses del tutelado y para evitar alegaciones de incompatibilidad por razón de distancia, su residencia habitual donde radica la de dicho tutelado y su familia y patrimonio.

Conviene no olvidar que una cosa es el *domicilio legal de la tutela* y otro puede ser el del *tutor* ó el de *cualquiera de los elementos* que constituyen su régimen tutelar. De ellos, el consejo de familia es el fundamental y el que, por su carácter colectivo, su manera de funcionar, su

»Así, pues, los Fiscales de las Audiencias, tan luego como fuere firme una sentencia en que se imponga pena de interdicción civil á una persona que no estuviere sometida á la patria potestad ó ya sujeta á tutela, y á quien por ello deba darse tutor, ordenarán al Fiscal municipal del domicilio del reo que promueva la formación del consejo de familia á fin de que por éste se constituya la tutela que procediera, ya legítima, ya dativa, encargándole que le dé parte de quedar constituida.

»En un solo caso está el Ministerio fiscal llamado á suplir la negligencia de los tutores, protutores y consejo de familia, es á saber: cuando conforme al art. 1.353 debe, si ellos no lo hicieren, pedir que el marido de una mujer menor de edad constituya hipoteca dotal, etc.»

poder directivo en la marcha de la tutela, sus dificultades de constitución y funcionamiento, y lo mucho en que ha venido á suplir la acción judicial, ha de ofrecerse con una nota más *permanente* y menos fácilmente mudable. De ahí que debe considerarse como inaceptable la idea de que el cambio de residencia del tutor represente también la del domicilio de la tutela. Antes, por el contrario, éste debe subsistir, por regla general, aunque la tutela desaparezca ó haya de ser renovada, como se establece en la hipótesis del núm. 4.º del art. 236 (1).

Verdad es que de esta suerte puede el tutor *excusarse*, con el solo cambio de domicilio; pero es inaceptable que el desempeño de una tutela hubiera de afectar á la libertad civil del tutor hasta sujetarle á una residencia fija durante la misma, ni sería menos violento que el mero cambio de ella impusiera la necesidad de otro igual al organismo tutelar, sustrayéndose al tutelado, tal vez maliciosamente, á la tutela, ya que mediante este influjo viene regida su menor edad ó su incapacidad; lo que sería tanto como dejar al arbitrio del tutor la subsistencia ó insubsistencia de aquel régimen tutelar, anulando su eficacia y dificultando sus funciones por razón de la distancia.

Esto no significa la negación de la posibilidad legal, necesidad ó conveniencia para el tutelado, de conservar al tutor que cambia de domicilio y renovar los otros elementos del régimen tutelar, constituyendo un nuevo consejo y aun nombrando otro protutor; pero esto deberá ser producto de circunstancias de excepción, y con la garantía de intervención del mismo primitivo consejo, procediendo su principal justificación de la disposición testamentaria de los padres, que así lo determinase, no sin que en todo caso se notificase del cambio al Juez municipal del nuevo domicilio.

30. 3.º *Procedimiento.*—Ni en el Código, ni en la ley de Enjuiciamiento civil, todavía no concordada con éste, existe regla alguna que determine el que haya de seguirse en la constitución del consejo de familia. Su índole pertenece á la *jurisdicción voluntaria*, y dando lugar á un procedimiento judicial, serán de observar las reglas generales del procedimiento de esta clase (2).

(1) Explicado en el núm. 60, cap. 31 de este tomo, en cuanto declara que el protutor está obligado á promover la reunión del consejo de familia, para el nombramiento de nuevo tutor cuando la tutela quede vacante ó abandonada.

(2) Lo practicado hasta aquí consiste en que, puesto en conocimiento del Juez municipal, por cualquiera de las iniciativas obligadas á ello ó por otra voluntaria, la existencia en el territorio de su jurisdicción de cualquiera persona de las mencionadas en el art. 200, se dé vista al Fiscal municipal, el cual propone sólo la justificación de las circunstancias que provocan la constitución de la tutela y la calidad de las personas llamadas por su parentesco al desempeño de los cargos de vocal del consejo de familia que se trate de constituir, reduciéndose los límites de esta justificación cuando, al dar conocimiento al Juez municipal de la hipótesis de este art. 293, se acompañara disposición testamentaria en la cual vaya satisfecha la de algunos de los más importantes extremos, siendo frecuente emplear para los demás la prueba testifical mediante una sencilla información, con preferencia á la documental, por ser más costosa y dilatoria. Hecho así, vuelven los autos al Fiscal municipal para darle á conocer aquella justifi-