

# DERECHO DE FAMILIA

## CAPITULO XXV

### Principios generales del derecho de familia

#### § 103.—*Naturaleza del derecho de familia*

Filomusi, *Enc.*, § 81, Brugi, *Ist.*, § 72; Cicu, *Dir. di famiglia*, páginas 13 y siguientes, 77 y siguientes, 205 y siguientes (1)

De las distintas partes en que según la tradición escolástica que arranca de la doctrina romana, se subdivide el Derecho privado, la del derecho de familia es la que ofrece un carácter más singular.

(1) Las obras especiales sobre el derecho de familia no abundan, al menos en el Derecho italiano. Esta parte no ha tenido aún cultivo doctrinal y desarrollo suficientes; se estudian instituciones particulares, como el matrimonio, capitulaciones matrimoniales, patria potestad, tutela, filiación, etc., pero sin que se haya hecho todavía una estructuración total del complejo organismo de las relaciones familiares con carácter sistemático científico. Es digna de excepción la obra de Cicu, *Il diritto di famiglia*, Roma, 1914, la cual representa un precioso intento de reconstrucción orgánica de esta materia, basada en la fundamental contraposición del derecho de familia y las demás partes del Derecho privado y tendente a evidenciar cómo aquél se aleja de éste y se aproxima al derecho público. Este libro se tiene muy en cuenta al exponer los principios generales que informan este capítulo. Otra obra notable y reciente es el V volumen del Tratado de Derecho civil de N. Stolfi, *Diritto di famiglia*, Turín, 1921, muy bien informado y con mucho lujo de bibliografía y de jurisprudencia. De otros trabajos que ofrecen un carácter general, recordaremos a: Bianchi, *Corso di Codice civ. it.*, 2.<sup>a</sup> edición, volúmenes V y VI, Turín, 1893-1908; Gianturco, *Diritto di famiglia*

Todo concurre a imprimirle esta especialidad; tanto, que parece que el derecho de familia se destaque y separe de las demás ramas del Derecho privado; su historia, el fundamento racional y social de sus instituciones, el marcado carácter ético de sus normas, sus relaciones con el Derecho público, la estructura interna de sus relaciones.

Desde el punto de vista histórico, se puede afirmar que todo cuanto asemejan a los modelos romanos los derechos reales y los de obligación, de que nos hemos ocupado, difiere el actual derecho de familia, y no porque en este respecto nuestro Derecho deje de reconocer como fuente tradicional el Derecho romano, sino porque en el derecho de familia, más que en ningún otro, han actuado profundos cambios sociales; hasta el punto de que parece haberse roto el tenue hilo que liga al Derecho moderno con el antiguo. Ya en el propio Derecho romano las modificaciones fueron profundas y radicales; la familia del Derecho justiniano no es ya la del Derecho clásico, es la negación o destrucción de ésta. Fundada la familia antigua en el vínculo de la agnación, regida por un jefe dotado de poderes soberanos y despóticos, compuesta de miembros unidos entre sí por la sumisión al jefe, forjada unitariamente, ejerce funciones políticas y públicas (1) y constituye la base de la organización de la ciudad; la familia justiniana se basa en el vínculo cognaticio que une a los parientes de sangre sin cabeza omnipotente, como ocurre en el agnaticio, no ofrece una unidad tan compacta, ha perdido todo carácter o función políticos, es más humana, pero

Nápoles, 1895, y *Sistema di dir. civ. it.*, vol. II, Nápoles, 1900; Piola, *Delle persone incapaci*, Nápoles, 1910-1913; Fiore, *Dello stato e della condizione giuridica delle persone*, Nápoles, 1893; Buniva, *Del dir. delle persone*, Turín, 1871; Chardon, *Traité des trois puissances maritale paternelle et tutélaire*, Bruxelles, 1843-44; Varelle, *Traité du mariage et de la puissance maritale et de la puissance maternelle*, París, 1825. En cuanto al Derecho civil alemán: Dernburg, *Deutsches Familienrecht*, Halle, 1907; Endemann, *Familienrecht*, en *Einführung f. das studium des B. G. B.*

(1) Sobre el carácter político de la familia primitiva, véanse los trabajos de Bonfante, *La gens e la familia; Teorie vecchie ennoare nelle formazioni sociali primitive* (*Scritti giur. vari*, I, páginas 1-64).

menos sólida y floreciente. Con esta familia se inicia una evolución nueva que gradualmente conduce, a través de los elementos aportados por el Derecho canónico, por el derecho feudal y por los principios de la revolución francesa, a la familia moderna; en ésta se conservan solamente algunos vestigios de antiguas instituciones y muchas veces, aun conservando el nombre tradicional, su esencia ha variado fundamentalmente. La influencia más decisiva, al menos en orden a las instituciones más importantes, como el matrimonio, fué ejercida por la Iglesia, la cual mantuvo sujetas a su disciplina gran parte de las instituciones familiares.

Como organismo social que es fundado en la naturaleza y en las necesidades naturales, tales como la unión sexual, la procreación, el amor, la asistencia, la cooperación, la familia no se halla regulada exclusivamente por el Derecho. En ningún otro campo influyen como en éste la religión, la costumbre, la moral. Antes que jurídico la familia es un organismo ético; de la ética, en efecto, proceden los preceptos más esenciales que la ley presupone y a los cuales hace constante referencia apropiándose los a veces y transformándolos de este modo en preceptos jurídicos; por ello se explica el fenómeno, peculiar en el derecho de familia, de haber preceptos sin sanción o con sanción atenuada, obligaciones incoercibles, porque el derecho o es por sí mismo incapaz de provocar mediante la coerción la observancia de dichos preceptos o cree más conveniente confiar su observancia al sentimiento ético, a la costumbre, a otras fuerzas que actúan en el ambiente social. El Estado interviene para fortalecer los vínculos, para garantizar la seguridad de las relaciones, para disciplinar mejor el organismo familiar y dirigirle rectamente para la consecución de sus finalidades; sin que la ley constituya, como en otras relaciones de Derecho privado, la única norma reguladora.

Además de este aspecto, nos ofrece e otro de la primacía de las relaciones estrictamente personales y no económicas sobre las patrimoniales o de la subordinación de éstas a aquéllas. Todo el derecho de familia es disciplina de estados y condiciones per-

conformidad con el fin universal común que persigue. Puesto que el fin de la familia no puede ser este o aquel del individuo, ni un fin querido libremente por el particular, sino el fin superior de la comunidad social que ha de conseguirse necesariamente, no puede abandonarse tal consecución a la voluntad libre del particular que podría actuar contrariamente a la utilidad general, sino que debe confiarse al Estado, el cual lo conseguirá a toda costa. De esto derivan consecuencias notables que influyen de modo decisivo en la naturaleza y en la estructura interna de las relaciones.

La regulación de las mismas, como no puede abandonarse a los particulares, es uniforme y única. No respondería a las exigencias supremas del poder paterno, marital, tutelar y el de los demás órganos a los cuales se asigna el poder familiar, el estructurar tales poderes o potestades diversamente según el capricho del titular de ellos. Es la ley, pues, la que determina de un modo general para todos los casos los atributos y fija las facultades y los deberes regulando su ejercicio. Y lo que se dice de las potestades familiares es aplicable a todas las demás relaciones que crean estados personales y que aun cuando produzcan efectos patrimoniales no pierden su carácter personal. *Interest rei publicae mulieres dotes salvas habere*, así como que el marido ejerza el poder del modo prescrito por la ley; la administración pupilar no es de interés menos público que la regulación de la relación personal entre tutor y pupilo. La esfera de libertad concedida al particular es aquí nula o mínima; aquella autonomía de la voluntad que en las demás ramas del Derecho civil constituye un principio fundamental, no se aplica en ésta o sufre tan graves limitaciones que autorizan a afirmar su desconocimiento. Las normas del derecho familiar son todas o casi todas imperativas e inderogables; la ley exclusivamente, y no la voluntad del particular, regula la relación, determina en todos sus detalles el contenido y extensión de las potestades, la eficacia de la relación parental, los efectos y el alcance patrimonial de un estado, sin que al particular le sea dado aportar modificación alguna. La potestad surge aunque el particular no quiera; el vínculo liga

incluso contra la voluntad del obligado y cesa aunque haya empeño en hacerlo pervivir; así, en el matrimonio, en la filiación legítima, en la tutela, y lo mismo en las relaciones personales cuanto en las patrimoniales. Y si bien se deja un margen de libertad y de autonomía para que campee en él la iniciativa particular, ello sucede excepcionalmente y sólo cuando no se opone al interés general el otorgar al particular tal libertad. Así, por ejemplo, en la separación personal de los cónyuges, en el reconocimiento de la paternidad o maternidad natural, en la reserva del donante o del testador del usufructo legal sobre los bienes donados o legados al hijo menor ajeno.

De esta limitación al principio de la autonomía de la voluntad, deriva el que muchas de las reglas comunes a los negocios jurídicos no son aplicables cuando se trata de derechos de familia.

a) No es aplicable el principio de la representación, por cuya virtud en los demás campos del Derecho privado el interesado puede remitir a la voluntad ajena la determinación y declaración productivas de efectos jurídicos; no se permite el contraer matrimonio por mandato, reconocer al hijo natural, impugnar la paternidad y asumir o desempeñar la tutela valiéndose de representación. Y no sólo se excluye la representación verdadera y propia que implica sustitución de la voluntad del interesado por la de un tercero, sino que tampoco se admite la representación impropia, que es mera transmisión por otro de nuestra voluntad; no se puede utilizar un nuncio para transmitir nuestra voluntad de contraer matrimonio, de reconocer al hijo natural, de adoptar, de separarse del cónyuge, porque la ley exige no sólo una determinación personal de voluntad, sino también una declaración personal imponiendo a los esposos la obligación de comparecer ante el encargado del Registro civil, al padre la obligación de reconocer personalmente al hijo natural, al adoptante el deber de comparecer ante la Corte de Apelación, a los cónyuges el de comparecer ante el presidente del Tribunal para ser oídos e intentar su reconciliación (1).

(1) Si se desea un análisis más profundo, véase Cicu, *Dir. di famiglia*, páginas 262 y siguientes.

b) No se permite tampoco limitar mediante términos y condiciones los efectos jurídicos de la declaración. Mientras en los demás negocios jurídicos es excepcional el prohibir tales modalidades, en los negocios familiares dicha prohibición es norma general. No puede contraerse el matrimonio bajo condición suspensiva o resolutoria o sujetándolo a término inicial o final; tampoco puede ser reconocido de este modo el hijo natural, ni efectuar en tal forma la adopción, la emancipación, etc. Pugna con la esencial naturaleza de estos actos su sujeción a condiciones y términos; se trata de actos generadores de estados personales, y éstos exigen certeza y duración, y a estas exigencias se oponen las modalidades de condición y término. Además, son actos en que interviene el Poder público, y éste no tolera limitaciones que provengan de los particulares (1).

c) También respecto a la disposición del derecho subjetivo, que el particular deriva de la relación familiar, existen diferencias. La renuncia y la transmisión, que en los demás derechos vienen a ser un modo natural de ejercicio, no se admiten en los de carácter familiar. No pueden transmitirse a otros la potestad paterna, la marital, la tutelar; no es apenas admisible la transmisión a otros del ejercicio de alguno de sus atributos (por ejemplo, función educativa encomendada a un preceptor); no son transmisibles tampoco los estados personales ni los derechos patrimoniales conexos a dichos estados; el derecho y el deber de administrar la dote o los bienes pupilares en el marido o tutor, el usufructo legal del padre, el derecho de alimentos, no se transfieren de una persona a otra; aunque a veces parezca operarse esta transmisión, no se opera, en realidad; así, por ejemplo, cuando el padre muere y ejerce la madre la patria potestad en la obligación alimentaria, que cesa o se extingue si el pariente más próximo muere o es pobre, surgiendo, en cambio, en el pariente más remoto. Lo mismo puede decirse de la renuncia; no son renunciables los poderes familiares y tampoco las atribuciones inherentes a éstos, porque tales poderes son creados por la ley y subsisten independientemente de la voluntad del investido

(1) Ved Cicu, ob. cit. páginas 252 y siguientes.

con ellos, ya que no se crean para servicio o utilidad de éste, sino para un fin superior; el padre, el marido, el tutor, no puede despojarse de los poderes que le corresponden, porque le son atribuidos para servir a un interés que trasciende del suyo particular. Y si en algunos casos se autoriza la renuncia, como, por ejemplo, ocurre con la acción de desconocimiento de la paternidad, impugnación del matrimonio, acción de separación personal de los cónyuges, es porque el interés familiar resulta protegido merced a la renuncia; por esta dicho interés viene a ser mejor protegido, porque con ello se mantiene firme aquel vínculo, aquella relación, que, de otro modo (de no mediar la renuncia), se hubiera disuelto. Con más extensión se permite la renuncia de los derechos de contenido patrimonial; ello es comprensible y no ataca el principio sentado (1).

d) Pero lo más saliente en los negocios de derecho familiar es la amplia intervención de la Autoridad pública y la especial energía desplegada en la formación de la relación. Si a veces el funcionario público que interviene en la relación ejerce una función meramente formal, de órgano receptor de la declaración, a la cual imprime autenticidad, lo más corriente es que dicha función sea esencial a la relación, porque la voluntad del particular es insuficiente si no concurre la del Poder público. En algunos casos la voluntad del particular es un mero supuesto de hecho en cuanto vale como iniciativa o como incitación a la autoridad, de modo que el acto es creado, la relación se constituye por voluntad de esta última.

Esta Autoridad es la judicial en la adopción o en la separación conyugal, el poder real en la legitimación de los hijos por decreto o un órgano administrativo especial, como el funcionario del estado civil llamado a intervenir en el matrimonio (2).

(1) Véase Cicu, ob. cit., páginas 275 y siguientes, 289 y siguientes.

(2) Lo dicho es reconocido y admitido por muchos autores. Así Dusi. *Filiazione*, pág. 881, reconoce que la función de la Corte de Apelación en la adopción es constitutiva, no declarativa; el valor de elemento constitutivo que tiene la intervención judicial en la separación consensual de los cónyuges ha sido también reconocido por Fadda, *Pareri*

Esto demuestra que la voluntad privada es por sí sola impotente para crear la relación, y ello constituye la prueba más palmaria de que la relación familiar es distinta de las demás relaciones (I).

Ahora bien, su naturaleza es diversa porque en este campo tiene más importancia el deber que el derecho o facultad de obrar.

Cuando se habla de patria potestad, poder marital o tutela, se tiene en cuenta, más que el derecho del padre, del marido, del tutor sobre la persona, el deber que incumbe al investido con estos cargos de cuidar y atender el interés familiar. Y esto sucede aun en los casos en que no haya poder o falte una subordinación de persona a persona, con tal que se dé un vínculo que implique deberes de un miembro frente a otro, como, por ejemplo, los de fidelidad y asistencia entre cónyuges, el de prestar alimentos entre parientes. Todo el derecho familiar reposa en esta idea: que los vínculos se establecen y los poderes se otorgan no tanto por crear derechos como por imponer deberes. Lo cual se manifiesta elocuentemente en el hecho de que no solamente la violación del deber, sino el abuso y hasta el mal uso de las facultades correlativas determinan la privación de ellas, así que los poderes se pierden si se ejercitan mal, y, en cambio, no

*giur.*, 1912, pág. 444, y por Galante, en *Legge*, 1909, páginas 248 y siguientes. Más discutida es la función del funcionario del estado civil en la celebración del matrimonio y la discusión surge en torno al valor que debe asignarse a la voluntad de los contrayentes.

(1) Crome, *System des deut. bürg Rechts.*, IV, pág. 140, núm. 1, que trata con precedencia al derecho familiar una parte general, en la que estudia la naturaleza de tales relaciones (páginas 133-181), resta valor e importancia a la amplia participación del poder público, sosteniendo que esta participación se da también en el campo de los derechos reales y en el de las sucesiones y representa una mera forma, un requisito frecuente para la conclusión de un negocio.

No obstante su agudeza, estimo que Crome yerra; no se trata de una mera forma, puesto que el Estado se reserva, mediante la declaración o intervención de sus órganos, *el constituer* tal relación, y no se limita a la simple función de recibir y de hacer pública la declaración del particular.



se extinguen por prescripción ni por renuncia voluntaria. Es siempre el aspecto de obligación o de deber el que predomina en toda relación, precisamente porque se trata de un interés superior, que se evidencia especialmente cuando nos referimos al reducido círculo de la familia estricta y a personas incapaces, a cuya protección responden muchas instituciones familiares (1).

Todas estas especialidades nos llevan a la conclusión de que el derecho de familia se destaca de las demás partes del Derecho privado y se aproxima al público. No se puede decir, sin embargo, que sea verdadero derecho público, pero sí que se separa del resto del Derecho privado y que constituye una rama autónoma (2).

(1) Fadda, *Riforme sulla condiz. giur. della donna* (*Riv. Giur. d'Italia*, 1915, páginas 170 y siguientes), dice que estos conceptos que niegan en el campo del derecho de familia la autonomía de la voluntad individual y delatan la existencia en el mismo de funciones más bien que de verdaderos y propios derechos, se hallan en íntima relación con aquella corriente ideológica que aspira a reprimar la unidad y solidez primitivas del grupo familiar.

(2) Cicu, en la obra citada, ofrece en un detallado análisis la prueba de esta afirmación; su mérito estriba en haber tratado de modo orgánico la cuestión. Quizás en algunos extremos su tesis peca de exagerada; pero en lo esencial es exacta. Por lo demás, la idea básica ha sido enunciada por otros autores, aunque no suficientemente desenvuelta. Recuerdo a Filomusi-Guelfi (*Enc. Giur.*, pág. 380), quien brevemente, pero incisivamente, dice: «La familia, como una de las bases sociales sobre la cual el Estado se desenvuelve, mantiene relación íntima con el derecho público. Señala el tránsito de la persona individual a la social». Así también Pisanelli, *Sui progressi del Dir. civ. in Italce nel sec. XIX*, que observa que las relaciones que se originan en la familia son las que tocan más de cerca al derecho público. Y también quien afirma que el derecho de familia es derecho privado, se apresura a añadir que aquél, por muchos conceptos, se separa de éste. Así Crome, ob. cit., pág. 140, afirma que los particulares son titulares de derechos y deberes, no como individuos, sino en la orgánica conexión que mantienen como menores de una familia, lo que lleva a posponer el interés particular del individuo al de la superior unidad a que éste pertenece.

NOTA DEL TRADUCTOR. — Las características del derecho de familia señaladas por Ruggiero son aplicables a la generalidad de las legislaciones que, como la nuestra, lo regulan, considerando a la familia como organismo necesario en la vida del Estado. Con carácter de exclusividad, hasta el momento, ha de significarse la orientación dada al derecho de

§ 104.—*La familia, los poderes, los órganos*

Cicu, *Dir. di famiglia*, páginas 101 y siguientes, 126 y siguientes, 154, 161 y siguientes, etc.; Piola, *Personne incapaci*, I, páginas 47 y siguientes, 80 y siguientes, 709 y siguientes (1).

Ya el Derecho romano asignaba al término *familia* dos significaciones distintas: la de grupo de personas sujetas actualmente familia en la U. R. S. S., que, por razones políticas, no ha llevado a sus últimas consecuencias su sistema, que entrañaría la declaración de inexistencia del vínculo familiar.

Diffícilmente puede verse en el Código ruso de la familia una intervención eficaz del Estado en orden a proteger a la familia como grupo orgánico. Únicamente actúa en defensa de intereses individuales, tutelando al más débil: la mujer embarazada, el hijo no eficientemente preparado para la lucha social y el padre anciano o inválido, obligando en el primer caso al marido a prestar los alimentos y cuidados necesarios a la mujer; en el segundo a alimentar y educar al hijo hasta ponerlo en condiciones para ser socialmente útil — obligación que incumbe a ambos cónyuges o al que ellos de mutuo acuerdo o el Tribunal encarguen, y, en su defecto, a un Consejo de tutela —, y en el tercer caso es el hijo quien ha de cumplir el deber de asistencia para con su padre.

Las garantías de constitución del matrimonio quedan reducidas al *mínimum*. Una simple declaración ante el encargado del Registro de actos civiles en el matrimonio solemne y sin formalidad ninguna en el de *hecho* (determinado por la cohabitación, mutuo auxilio económico, etc., y justificable por cualquier medio de prueba). Además, la mujer no está obligada a guardar fidelidad al marido, pudiendo declarar en el embarazo que el hijo que va a tener es de otro varón distinto de su marido; y si notificado, el presunto padre calla o no prueba lo contrario dentro del año, viene obligado a cumplir los deberes derivados de la paternidad; de esto se deduce que la regulación hecha de los deberes paterno-filiales por el Código de la familia ruso no se distingue ya entre prole legítima e ilegítima.

El divorcio se produce por declaración uni o bilateral ante el encargado del Registro en el caso de matrimonio solemne o de hecho reconocido jurídicamente; en el de hecho simplemente, no hace falta ni esa formalidad.

Las relaciones económicas se regulan por los cónyuges a su libre arbitrio, fijando la cuota con que han de contribuir al levantamiento de cargas y la proporción en que han de participar en los beneficios; en caso del disenso en la cuantía de la participación, decide el Tribunal.

De este ligerísimo esbozo se deduce que la institución familiar, tal como hasta ahora se ha entendido, está en el Código ruso completamente desdibujada, que la autonomía individual es amplísima y sólo en su defecto interviene la tutela social, y que la familia ha perdido su importancia como grupo orgánico del Estado.

(1) Brini, *Il concetto della famiglia nel d. civ. it.* Bologna, 1880; Lerebours-Pigeonniere, *La famille et le Code civil* (en el *Livre du Centenaire*, I, páginas 265 y siguientes; Coirard, *La famille dans le Code civil*, París, 1907).

te a la autoridad soberana de un jefe (*familia iure proprio*) y la de grupo integrado por todos aquellos que estarían sujetos a una autoridad única si viviese aún el *pater familias* común (*familia iure communi*); en nuestro Derecho actual se usa también el expresado término en varias acepciones. Por familia se entiende un grupo amplio o un grupo restringido de personas; un grupo amplio cuando, prescindiéndose de los efectos jurídicos que el vínculo produce y pasando del límite impuesto por el derecho sucesorio (reducido actualmente del décimo grado al sexto), se comprenden en él todos los descendientes de un tronco común, y que llevan el mismo nombre gentilicio; otro más restringido cuando en él figuran los padres y sus descendientes inmediatos, y a veces de estas personas se toman en consideración sólo aquellas que viven en común. Sin embargo, la ley no adopta uno ni otro sentido; el Código civil y otras leyes especiales dan a la palabra una acepción intermedia, comprendiendo en la familia sólo aquellos miembros respecto a los cuales el vínculo produce efectos jurídicos, constituyendo aquélla un núcleo más limitado que el formado por los que descienden del ascendiente común (llega, pues, esta acepción a veces hasta el grado máximo de la sucesión, pero, en ocasiones, no tan lejos, tratándose de determinadas consecuencias jurídicas), es más amplio este concepto que el que se basa en la comunidad del nombre, puesto que figuran también en la familia los afines; los parientes por adopción, sin que tenga importancia el hecho de la cohabitación, la comunidad de domicilio o la unidad patrimonial.

Entre estas personas se establecen vínculos ordenados por poderes que no tienen otra misión que conservar sólidamente la organización familiar. Todo el derecho familiar se desenvuelve por manifestaciones de poderes cuya organización es indispensable. Estos poderes no son las potestades típicas tradicionales (patria potestad, poder marital, tutela), ni encarnan únicamente en los representantes legales de los incapaces; el concepto de poder tiene aquí un sentido amplísimo, comprendiendo, además de las instituciones que tienen por objeto la representación y asistencia de los incapaces (éstas son, ciertamente, las más im-

portantes), aquellas otras que, sin suponer una incapacidad, tienden a realizar el interés familiar, cuyo cuidado y vigilancia se encomiendan a otras. Figuran, pues, en este concepto no sólo los poderes de que se halla investido el individuo, sino también los atribuidos a los colegios; no sólo las facultades otorgadas a las personas privadas y a los miembros del grupo, sino también las encomendadas a extraños y a funcionarios públicos. Extiéndese, pues, tal noción comprendiendo no sólo el poder de actuar, constituir, modificar o extinguir las relaciones familiares, sino también el poder de fiscalización, otorgados uno y otro, ya a la Administración pública, ya al poder real o a la Autoridad judicial, en cuanto que (salvo los casos de controversia y de contestación judicial), ésta es llamada a cooperar en la tutela y consecución de los fines familiares.

Correlativamente a este concepto amplio de poder, hay el de los órganos, esto es, individuos, colegios, funcionarios públicos, a los que se encomienda el ejercicio de tales poderes. La ley, al determinar mediante complejas disposiciones la organización de la familia, el modo de ejercer tales poderes las personas a quienes dicho ejercicio corresponde y los fines que con tal ejercicio se persiguen, crea una serie de órganos que, o bien son órganos propios de la familia, o del Estado, que cooperan, obran con independencia, sustituyen o vigilan a las personas o a los colegios que son órganos subordinados y dependientes de éstos.

La complejidad de las relaciones y de las normas que regulan éstas y la amplitud de la materia hacen que no sea tarea fácil una clasificación y sistematización científica de los poderes familiares. La doctrina, en general, la ha descuidado, y esto es precisamente la causa del defecto de elaboración sistemática del derecho familiar a que antes aludíamos. Se trata, en efecto, de poderes diversísimos, que bien tienden a la constitución de un vínculo familiar (así, mediante el matrimonio, se crea la relación conyugal, con la adopción o legitimación, la filiación legítima), o a su modificación o extinción (así con la emancipación se extingue la patria potestad, con la demanda de separación se modifica la relación conyugal), o de un poder sobre personas inca-

paces, que implica representación (patria potestad, tutela de menores, de interdictos legales y judiciales, curatela del concebido y no nacido), o de un poder sobre personas parcialmente incapaces, que implica simple asistencia e integración de voluntad (curatela del emancipado y del inhabilitado, curatelas especiales, en caso de conflicto de intereses entre padre e hijo, marido y mujer), o de simples autorizaciones (ejemplo, consentimiento de los padres, ascendientes o Consejo de familia para el matrimonio del hijo, consentimiento del Consejo de familia a favor de la madre viuda que contrae segundas nupcias), o de aprobación de actos ya realizados (ratificación por el Tribunal de la decisión del Consejo de familia, dispensando al tutor de la obligación de prestar caución, ratificación de la enajenación de bienes del menor), etc. No siempre corresponde a cada poder un órgano. Por un lado, puede suceder que el mismo poder se distribuya entre varios órganos subordinados entre sí, que concurren a la formación del acto (por ejemplo, en la tutela, el tutor, el Consejo de familia, el Tribunal); por otro lado, puede ocurrir que para un mismo género de poder haya órganos diversos, así para constituir el vínculo familiar basta la simple voluntad del particular (ejemplo, el padre que reconoce al hijo natural, emancipa al hijo o nombra tutor testamentario), otras veces es la autoridad la que lo crea, previo consentimiento de los interesados (ejemplo, el funcionario del estado civil crea el vínculo matrimonial, la Corte de Apelación autoriza la adopción, el poder real atribuye la condición de hijo legítimo en la legitimación por decreto real), o lo reconoce por consecuencia de la acción deducida por los interesados (ejemplo, la Autoridad judicial atribuye la paternidad o maternidad natural a consecuencia de la reclamación del estado de hijo o declara ilegítimo al hijo, en virtud de la acción de desconocimiento ejercitada por el padre).

Un intento de clasificación de los poderes familiares sobre base científica se debe a Cicu; lo recordaremos aquí. Los agrupa en dos especies: 1), poderes en sentido propio, y 2), poderes de excitar al desempeño de la función o de promover la aplicación del derecho objetivo.

Los primeros se pueden subclasificar a su vez en cinco especies: a), *poder de constituer, modificar o extinguir relaciones jurídicas familiares* (ejemplo, emancipar y revocar la emancipación, imponer condiciones a la madre binuba o eximirle de ellas, nombrar tutor protutor y curador); b), *poder de decisión y ejecución en orden al cuidado de la persona y bienes del incapaz* (ejemplo, patria potestad, tutela y curatela, solicitud de dispensa de la función tutelar, aceptación por el padre o tutor de la donación hecha al menor o interdicto); c), *poder de fiscalización* (autorización de los padres o ascendientes para el matrimonio del descendiente; autorización de los padres del adoptante y adoptando para la adopción, autorización del Consejo de familia al tutor en orden a los actos de disposición patrimonial); d), *poder de vigilancia*, que, por regla general, se confunde con el precedente, pero que a veces constituye un poder distinto (ejemplo, derecho del cónyuge separado a vigilar la educación de los hijos, vigilancia del Consejo de familia para cerciorarse de la cesación de la causa que dió lugar a la interdicción, asistencia del protutor y de los demás delegados al acto de la formación de inventario de bienes del menor), y e), *poder consultivo* (ejemplo, parecer del Consejo de familia previo a la declaración o revocación de la interdicción o de la inhabilitación, parecer del mismo para la rectificación de las actas del estado civil).

Los segundos, en cambio, serían poderes encaminados a provocar el ejercicio de los primeros y a asegurar el cumplimiento de las funciones protectoras o de asistencia y en general de los deberes familiares, así como la consecución de los fines que la ley persigue al organizar la familia. Pueden distinguirse dos especies de los mismos, según se confieran o no por motivos individuales. Ejemplos: el derecho de los padres y ascendientes o tutor a oponerse al matrimonio; el que corresponde a los ascendientes y al Consejo de familia o al tutor, de pedir la declaración de nulidad del matrimonio; el del tutor, protutor o vocales, de pedir se convoque al Consejo de familia; el derecho de impugnación de las decisiones del Consejo de familia no adoptadas por unanimidad; el derecho del cónyuge o de los parientes de

promover la interdicción o inhabilitación del que padece enfermedad mental; el derecho de todo interesado de evitar la reunión del Consejo de familia, de contestar la legitimidad del hijo, de impugnar el reconocimiento del hijo natural; el de los herederos y descendientes para reclamar el estado de hijo legítimo; el de los herederos de oponerse a la adopción.

En cuanto a la ingerencia del Estado y al control que ejerce mediante órganos propios, hay que distinguir la ingerencia que se verifica mediante la intervención de funcionarios públicos de la actuada por la autoridad judicial con la jurisdicción voluntaria. El control puede ser *preventivo*, es decir, consistente en autorizaciones, o *posterior*, mediante la ratificación o aprobación de actos del órgano controlado, por ejemplo, decisiones del Consejo de familia, o *sustitutivo*, como sucede cuando sustituye al padre que abusa de su poder un tutor o un curador. Todos estos poderes son discrecionales e implican un juicio sobre la oportunidad del acto realizado por el órgano familiar; a veces la intervención es provocada por los mismos órganos controlados o por el interesado, otras se verifica de oficio o por iniciativa de la autoridad; lo más frecuente, a requerimiento del Ministerio fiscal.

Más fácil es clasificar los órganos mediante los cuales son conferidos los poderes, distinguiendo los órganos estatales de los familiares, los órganos integrados por una sola persona o por personas individuales, de los integrados por un colegio, y en los órganos estatales, la autoridad judicial de los demás funcionarios públicos. Organos individuales o colegiados a los que se atribuye el poder en vista o por causa del vínculo familiar que une a la persona protegida con el investido con el poder, o independientemente de este vínculo, como ocurre siempre que la autoridad pública ejerce tal poder mediante sus funcionarios. La enumeración que sigue ofrecerá un cuadro general de la compleja constitución orgánica de la familia y la enunciación de las facultades principales atribuidas a cada órgano; y esto nos confirmará la intensidad de la ingerencia del Estado en las relaciones familiares y la frecuencia con que el Estado constituye estas

relaciones mediante una autoridad administrativa, judicial o real (1).

### I.—Órganos de la familia

Figuran en primera línea los miembros del grupo familiar siendo éstos los más directamente interesados, se comprende que se atribuya a ellos el poder necesario para proteger el interés familiar. El supuesto es, pues, que el investido con el poder se halle unido por un cierto vínculo parental a la persona sobre quien dicho poder se ejerce, así el padre, el marido, el tutor legítimo, ejercen el poder respecto a los hijos, a la mujer y al pupilo. Cuando estos miembros no existan, estén ausentes o hayan sido privados de tales poderes, o el ejercicio de éstos resulte incompatible por efecto de un conflicto de intereses, se conceden tales poderes a los extraños; el extraño puede, a veces, ser preferido al miembro de la familia, en cuanto que la ley concede a la libre voluntad del particular o a la libre autoridad pública la facultad de investir de tal poder a un extraño. Figuran aquí las demás tutelas distintas de la legítima (la testamentaria y la dativa), las distintas especies de curatela, en las que el inves-

(1) Toda esta parte del Derecho (añadiendo otras normas que no afectan al derecho familiar, sino a otras instituciones de derecho patrimonial) constituye la llamada *administración pública del Derecho privado*. En sentido lato comprende toda actividad estatal en la formación o desenvolvimiento de las relaciones jurídicas de los particulares, sea cualquiera el poder público que intervenga, ejecutivo, administrativo, judicial, real o legislativo. En un sentido más restringido, excluiría toda actividad que constituya función jurisdiccional o legislativa, circunscribiéndose únicamente a la función administrativa. Sobre este interesante problema, véase la monografía de Zanobini, *Sull' amministrazione pubblica del dir. priv.* (*Riv. di dir. publ.* 1918, páginas 169 y siguientes), el cual restringe su acepción a significar las actividades estatales de carácter esencialmente administrativo y excluye, con los actos de jurisdicción contenciosa, la mayor parte de los de jurisdicción voluntaria (por no constituir éstos actividad administrativa), así como los de poder real, legitimación de los hijos naturales, dispensas matrimoniales, cambio de nombre en las personas (por constituir actos legislativos singulares).



tido con los poderes no tiene relación parental con la persona protegida.

A. *Organos constituídos por personas individuales*

a) *Padres.*—A éstos corresponde la primera y más amplia potestad familiar, la patria potestad con todos los atributos necesarios al cuidado de la persona y a la administración de los bienes del hijo (artículos 220 y siguientes del Código civil). Se atribuye a ambos padres, pero mientras dure el matrimonio es ejercida por el padre, y si éste no puede, por la madre (artículos 220, 47). Se concede esta facultad hasta la mayor edad del hijo, pero puede cesar antes por la emancipación, por privación, por condena penal. Además se otorgan a los padres otros poderes antes del nacimiento y después de la mayor edad o emancipación del hijo: el padre representa al concebido y no nacido (artículo 224); para el matrimonio del hijo mayor de edad varón se requiere el consentimiento del padre siempre que aquél no haya cumplido aún los veinticinco años (artículos 63 y 66). Necesita también tal consentimiento el adoptante o el adoptado, para que la adopción se verifique válidamente (art. 208); los padres pueden oponerse al matrimonio de los hijos, aunque éstos sean mayores (art. 82). Corresponde además al cónyuge superviviente nombrar tutor a los hijos menores (art. 242), el padre o en su defecto la madre; emancipado el hijo ejerce la curatela sobre éste (artículos 314 y 315), y si el hijo es declarado interdicto, uno u otro asumen la tutela (art. 330), etc. Estos poderes los ejercen sobre los hijos legítimos y legitimados (art. 154); si el hijo es natural y ha sido reconocido, se atribuye al padre que lo reconoció, no ya la patria potestad, sino la tutela legal; si lo reconocieron ambos padres, tal poder corresponde al padre; por lo demás, las normas propias de la patria potestad se extienden a la tutela legal (art. 184, párr. 1.º). Poderes análogos corresponden al adoptante sobre el hijo adoptivo (art. 211, 63).

b) *Ascendientes legítimos.*—Se subrogan en el lugar de los padres, si bien con facultades no idénticas, los abuelos cuando

equéllos mueren, sean declarados ausentes o resulten privados de la patria potestad; a veces a los abuelos es conterido un poder aun concurriendo con los mismos padres. Corresponde al abuelo paterno, y en su defecto al materno, la tutela, cuando no haya tutor nombrado por el padre (art. 244). Análogamente les es atribuída la curatela de los hijos del ausente cuando la madre hubiere muerto o no puidere ejercer la patria potestad (art. 47). Los abuelos y abuelas de ambas líneas deben prestar el consentimiento para el matrimonio del nieto si los padres de éste hubieren muerto o se hallen imposibilitados para manifestar su voluntad (art. 64). Corresponde también a los abuelos la facultad de oponerse al matrimonio (artículos 82 y 86) y la de impugnar el contraído (artículos 104 y 108). Y en general a los ascendientes legítimos, sean varones o hembras, se les impone el cargo de vocales del Consejo de familia (art. 252).

c) *Otros parientes legítimos.*—Los demás parientes legítimos (lo son siempre los colaterales: tíos, tíos del padre o de la madre, hermanos y hermanas, primos, etc., nunca los descendientes) tienen también poderes familiares, supuestos el defecto, ausencia o incapacidad de los padres.

En la apertura de la tutela la ley llama a los tíos, tías, hermanos y hermanas germanos para formar parte del Consejo de familia como vocales de derecho (art. 252), y en su defecto, el pretor designa otros de entre los parientes más próximos (artículo 253). Pueden aquéllos promover también la interdicción o inhabilitación del pariente que padezca una enfermedad mental (artículos 326 y 339), acudir a la Corte de Apelación contra la negativa de los ascendientes, del Consejo de familia o del tutor para el matrimonio del menor (art. 67); oponerse al matrimonio por determinados motivos y si no hay ascendientes (artículo 82); pedir al Presidente del Tribunal que decrete el alejamiento de los hijos de la casa paterna (art. 221), o la aceptación de herencia dejada al hijo y no aceptada por el padre que ejerce la patria potestad (art. 226), o el nombramiento de un tutor para el hijo o de un curador de sus bienes en los casos de ejercicio abusivo de la patria potestad (art. 233).

d) *Afines*.—A éstos también es atribuída, aunque más limitada, una facultad de intervención en el organismo familiar. En concurrencia con los parientes consanguíneos pueden recurrir contra el consentimiento contrario de los ascendientes al matrimonio del hijo menor de edad (art. 67) u oponerse al matrimonio de la viuda que quiera contraer segundas nupcias antes de que transcurran diez meses desde que se disolvió o anuló el matrimonio precedente (art. 86); son también vocales del Consejo de familia, en defecto de quienes lo sean de derecho; pueden también promover la inhabilitación o interdicción del pariente enfermo mental (artículos 326 y 330).

e) *Cónyuge*.—Al marido en primer lugar corresponden las potestades más amplias en el consorcio conyugal. Abolida la autorización marital (ley de 17 de Julio de 1919) y derogados los preceptos todos de los Códigos civil y mercantil que a ella se referían, subsiste, sin embargo, la autoridad marital como poder del marido sobre la mujer, porque es el jefe de la familia (artículo 131) con sus atributos propios en cuanto al gobierno de la casa (artículos 131 y siguientes), a la administración de los bienes dotales (art. 1.359), a la gestión de la comunidad de bienes (art. 1.438), etc. Y también al marido, como tal, corresponden poderes especiales, como el derecho de ejercitar la acción de desconocimiento del hijo que dió a luz su mujer (artículos 162-165). Pero hay poderes que corresponden a uno y otro cónyuge; el cónyuge que sin consentimiento de sus ascendientes o sin autorización del Consejo de familia o de tutela, haya contraído matrimonio, puede impugnarlo (artículos 108 y 109); cada uno de los cónyuges puede pedir la nulidad del segundo matrimonio contraído por el otro (artículos 113-115); precisa que uno de los cónyuges preste su consentimiento favorable para que el otro adopte o sea adoptado (art. 208); cada cónyuge puede promover la interdicción o inhabilitación del otro (artículos 326 y 330); una vez decretada la interdicción de un cónyuge, recae la tutela en el otro siempre que éste sea mayor de edad y no esté separado legalmente (art. 330.)

f) *Tutor*.—Al tutor, ya sea testamentario, legítimo o dati-

vo, corresponden poderes amplios semejantes a los de la patria potestad, aunque con notables limitaciones; le son atribuidos como órgano ejecutivo del Consejo de familia o de tutela, o como miembro de este Consejo doméstico (art. 251). Función del tutor es cuidar de la persona protegida, representar a ésta en los actos civiles, administrar sus bienes (art. 277); y esta función le corresponde, ya se trate de la tutela de menores, ya de la de los interdictos judiciales y legales. El tutor debe denunciar al pretor el hecho que da lugar a la tutela (art. 250), provocar la reunión del Consejo de familia o de tutela (artículos 251 y 257), promover el nombramiento de protutor (art. 265), proceder a la formación del inventario de bienes (artículos 281-288), enajenar los bienes muebles que el Consejo de familia decida no conservar (art. 290), emplear las rentas y provocar las deliberaciones del Consejo de familia sobre gastos y colocación de dinero (artículos 291-298) sobre enajenación de bienes y liquidación de haciendas comerciales e industriales (artículos 297-299); debe solicitar autorización para realizar actos que excedan de la administración o comprometan el patrimonio, y para litigar (artículos 296 y 297); rendir cuentas al terminar su gestión a quien le suceda o al administrado mismo si la tutela se extingue (artículos 302, 306 y 307).

g) *Protutor*.—Miembro también del Consejo de familia o de tutela (art. 251) y nombrado por los mismos que tienen derecho a nombrar tutor (art. 264), ejerce una doble función:

1) Sustituir al tutor en los casos de tutela vacante o abandonada, representando provisionalmente al pupilo y realizando los actos conservativos y administrativos que no admitan aplazamiento; 2) obrar por cuenta del tutelado y representarle en los casos en que el interés de éste se halle en oposición con el del tutor (art. 266). Pero además le corresponden otros poderes: una cierta vigilancia sobre la actuación del tutor que no se extiende a toda ella, sino que se limita a su comienzo y su final, ya que sin la intervención del tutor no puede procederse válidamente a la formación del inventario (artículos 282 y 284), y con su asistencia también debe el tutor rendir cuentas de su gestión

tutelar, para quedar liberado de toda responsabilidad (artículos 306 y 307). También le incumbe convocar al Consejo de familia (art. 257) y estimular la acción de los órganos protectores del incapaz.

h) *Curador*.—La aparición del curador puede ser motivada por varias causas. Los curadores son legítimos testamentarios, y dativos, o sea nombrados por el Consejo de familia o por la autoridad judicial. Las especies de curador pueden agruparse en dos categorías: curadores generales que son permanentes, temporales y provisionales y cuya función consiste en representar y asistir al pupilo en todas las relaciones patrimoniales en que éste intervenga; curadores especiales que son siempre temporales y limitan su actuación a determinadas relaciones, respondiendo su nombramiento a ciertos fines.

Generales son: el curador nombrado al menor emancipado (artículos 314 y 315); al inhabilitado por enfermedad mental, al pródigo, al sordomudo, al ciego de nacimiento (artículos 339 y 340), a aquél contra quien se haya promovido juicio de interdicción o inhabilitación (administrador provisional o curador temporal, según los artículos 335 del Código civil y 839 del Código de procedimiento civil) y al enfermo mental recluído en un manicomio (ley de 14 de Febrero de 1904) mientras no sea nombrado el tutor o curador definitivo; al hijo menor del ausente (tutor temporal, según el art. 47); al no concebido (art. 860) (1).

Son, en cambio, especiales: el curador nombrado al incapaz que no tenga representante legal cuando un tercero demande a dicho incapaz en juicio (art. 136 del Código de procedimiento civil); el nombrado en caso de conflicto de intereses entre padre e hijos menores, o entre hijos sujetos a la misma patria potestad (artículo 224) o entre pupilos sujetos a la misma tutela (artículo 246); el curador que se nombra al hijo menor contra quien se ejercita la acción de desconocimiento de paternidad (art. 168); o

(1) No pueden estudiarse en el derecho de familia otros tipos especiales de curador, como, por ejemplo, el curador de la herencia yacente (artículo 980), el curador nombrado a la herencia dejada con condición suspensiva (art. 857), etc.

el que se nombra al hijo menor cuyo padre no quiera o no pueda aceptar una herencia deferida a dicho hijo (art. 226) o una donación que le es hecha (art. 1.059); el curador del vientre cuando a la muerte del marido la mujer quede encinta (artículo 236); el nombrado para cuidar de los bienes de los hijos del primer matrimonio cuando la viuda contraiga segundo matrimonio y no sea administradora (art. 238); el curador nombrado en caso de ejercicio abusivo de la patria potestad (art. 233) o de la tutela (art. 184); el nombrado por el testador que instituya heredero al menor extraño o le deje un legado, nombrándole al mismo tiempo administrador de los bienes que le hubiere dejado (artículo 247).

### B. *Organos colegiados*

a) *Consejo de familia*.—Es éste uno de los órganos colegiados más importantes en la organización familiar. Tiene lugar en la familia legítima y funciona para proteger al menor, al interdicto judicial o legal; se constituye simultáneamente a la tutela (artículo 249; art. 329) o cuando se verifica la emancipación (artículos 314 y siguientes); viene a ser como un Tribunal doméstico permanente que subsiste mientras no desaparezca la incapacidad de la persona protegida. Está integrado por el tutor, el protutor (en el caso del emancipado, el curador) y cuatro vocales, y lo preside el pretor (art. 251). Al Consejo corresponde: nombrar tutor cuando no lo haya testamentario ni legítimo (art. 245); designar protutor (art. 264); decidir sobre exclusión o remoción de los oficios tutelares (art. 271); decidir sobre demandas de dispensa (excusas) de dichos oficios (artículos 275 y 276); ejercer vigilancia sobre la gestión tutelar, determinando el lugar en que el menor debe ser criado y educado (art. 278); decidir sobre los castigos que deban imponerse al menor por su mala conducta (artículo 279) y sobre los abusos de autoridad cometidos por el tutor (art. 280), sobre las modalidades del inventario de bienes (artículos 282, 283 y 284), sobre el destino del numerario, títulos y objetos preciosos (art. 287), sobre enajenación y conserva-

ción de bienes muebles (art. 290), sobre los gastos de alimentación, instrucción y enseñanza del menor y sobre colocación de los sobrantes de las rentas (art. 291), sobre la caución debida por el tutor y sobre la dispensa de dicha caución (artículos 292 y 294). Al mismo corresponde autorizar al tutor para que pueda realizar los actos patrimoniales más importantes sobre los bienes del pupilo (artículos 296, 297 y 299), examinar y aprobar las cuentas periódicas del tutor y la cuenta final (artículos 303 y 306), autorizar al tutor o al curador para oponerse al matrimonio (art. 84), dar su aprobación en la adopción del menor cuando hubiesen muerto los padres de éste (art. 209), dar el parecer para incoar el juicio de interdicción o de inhabilitación del enfermo dementé (art. 327), nombrar curador al inhabilitado (art. 339).

Pero aparte de lo dicho que se refiere al Consejo permanente de familia, hay otro Consejo de familia especial con funciones y duración limitada que se constituye y es llamado a pronunciarse en ciertos eventos y sobre determinados negocios. Viviendo los padres se constituye un Consejo de familia cuando se trate de dar el consentimiento para el matrimonio del menor si los padres o abuelos no pueden manifestar su voluntad (art. 65); esta clase de Consejo de familia confiere a los ascendentes próximos o en defecto de éstos a un curador extraño, la protección del hijo del ausente (art. 47); delibera sobre si debe o no dispensar a la madre viuda de las condiciones que el marido le impuso relativas a la educación de los hijos y a la administración de los bienes (art. 235), sobre si la viuda que contrae segundo matrimonio debe ser mantenida en la administración de los bienes de los hijos, fijación de condiciones para su educación, nombramiento de un curador para los hijos (artículos 237 y 238).

b) *Consejo de tutela*.—Correlativamente al Consejo de familia que actúa en la familia legítima, este colegio, el Consejo de tutela es el órgano protector permanente de la prole natural. Se constituye para los hijos naturales reconocidos cuando les falta padre que pueda ejercer la tutela legal, y se compone de cuatro miembros y el pretor que lo preside (art. 261); en los cuatro

miembros figuran el tutor y el protutor. Este órgano se constituye también para los hijos legítimos o ilegítimos acogidos a un hospicio que estén privados de sus padres o de otros parientes conocidos y capaces para el desempeño del oficio tutelar y en tal caso este Consejo de tutela se integra por los administradores del establecimiento, sin intervención del pretor (art. 262). Corresponde a este Consejo prestar el consentimiento para el matrimonio del hijo reconocido en defecto de sus padres o de adoptantes con capacidad para consentir, y también para el matrimonio del hijo no reconocido a falta de padres adoptivos (artículo 66); prestar el consentimiento para que quien carezca de padres vivos pueda ser adoptado válidamente (art. 209); proveer al nombramiento de tutor si durante la menor edad cesa la tutela legal del padre natural, y nombrar tutor a los hijos de padres desconocidos no asilados (art. 248); dar su parecer sobre la interdicción o inhabilitación (art. 327); en general ostenta todos aquellos poderes que corresponden al Consejo de familia en relación con la familia legítima (art. 261, párrafo íd.).

## II.—Organos del Estado

La intervención del Estado en las relaciones familiares se verifica mediante órganos meramente administrativos estatales, municipales o locales o mediante la autoridad judicial por Jueces individuales o colegiales o por el Ministerio fiscal; en ocasiones es el propio poder real el que en virtud de especiales prerrogativas ejercita el poder familiar. Las funciones de estos órganos son muy variadas y están distribuídas entre todos, son: de mera fiscalización y vigilancia con facultades e iniciativas a veces más amplias que las que corresponden a los órganos de la familia, como, por ejemplo, las que incumben al Ministerio fiscal; de aprobación, como cuando el Tribunal aprueba las decisiones del Consejo de familia; de consulta, como el parecer que debe emitir la Corte de Apelación en la legitimación de los hijos por concesión real; la función puede ser también constitutiva del vínculo familiar y creadora del estado personal como ocurre



en la celebración del matrimonio, en la que la intervención del oficial del estado civil hace eficaz la voluntad de los esposos, o en la adopción decretada por la Corte de apelación, o en la legitimación por decreto real de los hijos naturales en que el Soberano confiere al hijo la condición de legítimo. Ocurre también que los órganos familiares están simplemente vigilados y controlados por los órganos del Estado; otras veces el poder está compartido por las dos especies de órganos que lo ejercen conjuntamente; finalmente, en algunos casos, es el órgano estatal el que única y exclusivamente crea la relación, y la voluntad del órgano familiar o del particular interesado se reduce a la formación de una instancia que puede muy bien ser rechazada. Figuran como poderes:

a) El *Ministerio fiscal*.—Muy amplia es la actuación reservada a esta autoridad; un poder de vigilancia y de intervención directa se le confiere siempre que se trata de proteger a personas incapaces (art. 139, ley de 6 de Diciembre de 1865, número 2.626, sobre ordenamiento del Poder judicial); por virtud del artículo 346 del Código de procedimiento civil se obligaba al Ministerio público a intervenir en todas las causas concernientes al estado de las personas, tutela, matrimonio, separación personal de los cónyuges, menores e interdictos, inhabilitados, ausentes declarados, y en general todos los que están representados o asistidos por un curador o por un administrador delegado de la pública autoridad. Y si bien la ley de 28 de Noviembre de 1875, número 2.781, limitó el deber de intervención a las causas matrimoniales (en las que deben estimarse comprendidas las relativas a la separación de los cónyuges), su ingerencia es todavía muy amplia y frecuente y subsiste la atribución en los asuntos de jurisdicción voluntaria. En particular le corresponde la facultad de dispensar de una o de las dos proclamas (art. 78 del Código civil, 82 del Real decreto de 15 de Noviembre de 1865, número 2.602, sobre ordenamiento del estado civil, modificado por Real decreto de 14 de Febrero de 1869, núm. 4.872 y art. 5.º del Decreto-ley de 14 de Octubre de 1915, núm. 1.496); tiene acción para promover la anulación del matrimonio celebrado a

pesar de la no concurrencia de los requisitos necesarios (artículos 104 y 112); puede en interés del menor recurrir a la Corte de Apelación contra la negativa de los ascendientes al matrimonio del menor (art. 67); debe oponerse al matrimonio cuando conozca la existencia de algún impedimento (art. 87); puede pedir que el hijo sea alejado de la casa paterna (art. 221); puede pedir la reclusión del menor de nueve años delincuente, en un establecimiento correccional (art. 53 del Código penal); pedir el nombramiento de un tutor o de un curador en el caso de abuso en el ejercicio de la patria potestad (art. 233); solicitar la autorización y aceptar la herencia deferida al menor (art. 226); convocar el Consejo de familia (art. 257); proceder contra los miembros negligentes (art. 255); impugnar las decisiones del Consejo de familia (art. 815 del Código de procedimiento civil); pedir se adopten las oportunas decisiones en el caso de contraer la madre segundo matrimonio (art. 238); reclamar sobre la exclusión y remoción de los oficios tutelares (art. 271); promover la constitución de la tutela para los sujetos a interdicción legal (artículo 575 del Código de procedimiento penal) y los juicios de interdicción e inhabilitación de enfermos de mente, así como la revocación de las providencias recaídas en ellos (artículos 326, 338, 339 y 342 del Código civil y art. 838 del Código de procedimiento civil); proveer a la reclusión de los alineados en un manicomio (ley de 14 de Febrero de 1904, núm. 36); pedir se sellen los bienes de la herencia a la que sean llamados menores o interdictos no provistos de tutor o curador, o cuando el cónyuge o los herederos estén ausentes (art. 849 del Código de procedimiento civil); vigilar los registros del estado civil (artículos 365 del Código civil y 129 y siguientes del Real decreto de 15 de Noviembre de 1865), de tutelas y curatelas (art. 349); intervenir en los procedimientos para rectificar las actas del estado civil (artículos 845 del Código de procedimiento civil, 134 y siguientes del Real decreto citado); reclamar la inscripción de hipoteca en favor de la mujer, de los menores y de los interdictos (art. 1.984); intervenir en los procedimientos de legitimación de los hijos por Decreto real (art. 200) y de adopción (art. 216).

b) *El pretor.*—Su actuación se extiende a todo aquello que se refiere a la constitución y funcionamiento de los Consejos de familia y de tutela de los cuales es presidente (artículos 249 y siguientes); en su lugar y por delegación suya puede el conciliador ejercer este mismo poder (art. 14 de la ley de 16 de Junio de 1892, núm. 261, sobre conciliadores). Cuida de los registros de tutelas y curatelas (art. 349), inspecciona los registros de estado civil (artículos 126 y siguientes del Real decreto de 15 de Noviembre de 1865); acuerda en caso de urgencia el alejamiento del hijo de la casa paterna o su reintegración a ésta (artículo 221) o la reclusión de los alienados en un manicomio (ley de 11 de Febrero de 1904, núm. 36); autoriza a retirar capitales a condición de ser de nuevo colocados y a vender los bienes muebles del menor (art. 225); dispone se sellen los bienes de la herencia a que sean llamados menores o interdictos no provistos de tutor o curador o ausentes (art. 849 del Código de procedimiento civil); nombra en los juicios de su competencia curador al incapaz (artículos 224 del Código civil y 136 del Código de procedimiento civil).

c) *El Presidente del Tribunal.*—Incumbe a éste acordar el alejamiento del hijo menor de la casa paterna o su reintegración a ésta (art. 221); ordenar su clausura en un establecimiento de educación o correccional (artículos 222 y 279); intentar la reconciliación de los cónyuges, y cuando esta reconciliación no se efectúe, adoptar las medidas provisionales y urgentes en interés de los cónyuges y de la prole (art. 808 del Código de procedimiento civil).

d) *El Tribunal.*—Organo fundamental del poder de control y de aprobación es el Tribunal, llamado a aprobar las decisiones del Consejo de familia y de tutela (artículos 235, 237, 238, 276, 292, 293, 299 y 301); resuelve todos aquellos casos en que haya un conflicto de intereses. Corresponde al Tribunal el nombramiento de curador para el incapaz en los casos dichos o en otros, por ejemplo, en el de ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad contra el menor o el interdicto (artículo 168); cuando surja conflicto entre el padre y los hijos sujetos