

LA AUTORIDAD FAMILIAR EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL
FAMILY AUTHORITY IN THE SPANISH CIVIL CODE

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1962-1981

Juan Manuel
BADENAS
CARPIO

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de octubre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: A pesar de que el artículo 39 de la Constitución Española establece que los poderes públicos deben asegurar la protección de la familia, esta institución carece de una significación concreta en el Derecho español. La familia para el Derecho español es como el paisaje en el que se producen los actos y situaciones que verdaderamente tienen significado jurídico: el matrimonio, el divorcio, la filiación, la adopción, el acogimiento de menores, la tutela, la curatela, etc. No fue así en el Código civil cuando entró en vigor en 1889, pues entonces existía, hasta 1983, una figura que permitía vertebrar la institución familiar: el Consejo de Familia. Hoy no es posible hablar de autoridad familiar en el Derecho español, pues esta autoridad ha sido asumida por el Estado a través de sus poderes. Algunos autores hablan de la administrativización de la familia.

PALABRAS CLAVE: Familia; autoridad familiar; consejo de familia; modelos morales de familia.

ABSTRACT: *According to the article 39 of Spanish Constitution, public authorities must protect the family, but family has no real meaning in the Spanish law. The family is the landscape where truly important events take place: marriage, divorce, filiation, adoption, minors protection, guardianship, and so on. The first edition of Spanish Civil Code (1889-1983) contained the family council. This was a useful figure to structure the family. Currently, it is not possible to speak of family authority in the Spanish law. Some authors prefer to speak about administrative (or public) authority of the family.*

KEY WORDS: *Family; family council; family authority; family moral models.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA FAMILIA Y EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE.- III. LO IMPORTANTE NO ES LA FAMILIA, SINO TODO LO MÁS LOS MENORES.- IV. LA FAMILIA EN LA PRIMERA EDICIÓN DEL CÓDIGO CIVIL.- V. ASPECTOS PSICOSOCIALES DE LA AUTORIDAD FAMILIAR.- VI. BREVE CONCLUSION.

I. INTRODUCCIÓN.

La familia tiene *rango* constitucional en el Derecho español. Aunque sólo fuera por esto, cabría pensar que la institución familiar es importante para nuestro ordenamiento. Sin embargo, del tenor literal del párrafo primero del art. 39 de la Carta Magna no se deduce exactamente qué significa la familia jurídicamente. Como es sabido, el citado párrafo primero del art. 39 CE lo único que prescribe es que “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”.

Por no constituir la familia un derecho fundamental (no existe siquiera el derecho a tener una familia, como es obvio, pues es un hecho y no un derecho), al haber sido incluida su mención constitucional en el Capítulo Tercero, en lugar de en el Segundo del Título Primero de la Constitución (Sección 1ª), la determinación de qué representa jurídicamente la familia ha quedado relegada a la legislación ordinaria, formada por el Código civil y las leyes especiales sobre la materia (además de lo que se dispone sobre ella en los Derechos forales).

El propósito de este breve ensayo es demostrar el poco peso que tiene la familia en el Derecho español, por comparación con el que tuvo en épocas pasadas, a pesar de que una parte importante de nuestro Derecho civil se siga denominando, de manera rimbombante, Derecho de familia.

II. LA FAMILIA Y EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE.

En multitud de ocasiones aparece mencionada la palabra familia --o algún derivado de su misma raíz-- en el articulado del Código civil. Tales menciones tienen que ver con las más variopintas situaciones y cuestiones jurídico-civiles en las que se pueden ver envuelta la familia o alguno de sus miembros.

El primer precepto que se refiere a la familia es el que regula la determinación de la ley personal de las personas físicas (el art. 9 CC), la cual rige, como es sabido, “la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte”. En ninguna otra parte del Código se enumeran expresamente

• **Juan Manuel Badenas Carpio**

Catedrático de Derecho civil de la UJI de Castellón. Miembro de la Real Academia de Ciencias de Ultramar de Bélgica. Correo electrónico: jbadenas@uji.es

tales deberes, si bien podría decirse que del conjunto del articulado se podrían deducir.

En otros lugares se alude al denominado "cabeza de familia", como sucede en los artículos 917 y 1910 CC. El primero de ellos forma parte de la regulación del parentesco y se refiere a los parientes unidos en línea recta descendente; el segundo a la responsabilidad de quien, siendo cabeza de familia, ha de responder por los daños causados por las cosas arrojadas o que cayeren de la casa en que habita. Cúmplase decir que, en cuanto al del último caso, de acuerdo con los principios y preceptos de nuestro Derecho vigente, en muchas viviendas no habrá uno sino dos "cabezas de familia", pues respecto de los menores que habiten en la misma casa la patria potestad la ostentan ambos progenitores. También es cierto que la doctrina y la jurisprudencia han extendido esta responsabilidad a personas que no forman parte de una misma familia, pero conviven juntas, e incluso al titular de una empresa o a una propiedad horizontal¹, que, como es sabido, no es una persona física sino jurídica.

Otros preceptos aluden al "interés de la familia", como cuando el art. 67 CC señala que "los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia", concepto que se repite en el art. 70 CC y luego en el art. 1056, cuando faculta al testador para que pueda ordenar que a algunos de sus legitimarios se pague su derecho a la herencia en metálico e incluso con fondos extrahereditarios, con un posible aplazamiento no superior a cinco años, si fuera necesario, "en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia (y) quiera (el testador) preservar indivisa una explotación económica o mantener el control de una sociedad de capital".

En otras ocasiones el Código civil alude a la vivienda, al domicilio e incluso al ajuar familiares. Así sucede en los artículos 82.1, 90, 91 y 93, todos ellos relacionados con diversas cuestiones y avatares que tienen que ver con la separación, divorcio o nulidad del matrimonio.

A la "dedicación a la familia" se refiere el art. 97 CC, que regula la cuantía de la pensión compensatoria a la que pudiera tener derecho el cónyuge al que "la separación o el divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro".

A las "necesidades" y a las "cargas de la familia" se refieren, al menos, respectivamente los artículos 152 CC (respecto del cese de la obligación de alimentos entre parientes "cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere

¹ Vid., entre otros, ALBALADEJO, M.: "La responsabilidad del artículo 1910 del Código Civil", *Iniuria*, núm. 2, 1994, pp. 13 y ss.

reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia”) y los artículos 155. 2º y 165 CC, relativos al deber de los hijos a contribuir, según sus posibilidades y de manera proporcional, al levantamiento de las citadas cargas, mientras convivan en el hogar familiar.

El art. 158. 6 CC se refiere al “entorno familiar” sobre las medidas que puede adoptar el juez de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, respecto de la suspensión cautelar del ejercicio de la patria potestad, guardia y custodia, régimen de visitas y comunicaciones, etc., a fin de “apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas”.

El art. 90. 1. b) bis CC es uno de los pocos --o el único-- que habla de los “miembros de la familia” literalmente, en cuanto al destino de los animales de compañía en caso de nulidad, separación o divorcio, pues se deberá tener en cuenta el interés de estos miembros y el bienestar del animal a la hora de redactar el oportuno convenio regulador.

Los artículos 137. 4 y 140 CC aluden a la falta de la posesión de estado en las “relaciones familiares”, sin que, en ningún otro lugar, salvo error u omisión míos, se vuelva a utilizar esta expresión en el texto articulado del Código.

El art. 264 CC utiliza la expresión “significado personal o familiar” respecto de la no necesaria autorización judicial cuando “el guardador de hecho solicite una prestación económica a favor de la persona discapacitada, siempre que no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar”.

El art. 287 CC se refiere a la necesidad de la autorización judicial que ha de recabar el curador para “realizar actos de transcendencia personal o familiar, cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma”.

A la “familia de origen” se refieren directa o indirectamente diversos preceptos del Código civil. Entre ellos, los artículos 160 (respecto de los menores adoptados sometidos a la patria potestad del adoptante o adoptantes), art. 172. 2 y 3 (que regula distintas situaciones relacionadas con el posible retorno del adoptado a su familia originaria), el art. 176 bis (respecto de la eventual suspensión de las relaciones del menor con su familia de origen en caso de acogimiento preadoptivo) y el art. 178 que prescribe la “extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen”.

La "situación familiar" del adoptante o adoptantes debe ser tenida en cuenta respecto de la adopción de un menor, como un elemento añadido a su capacidad para el ejercicio de la patria potestad, señala el art. 176 CC.

A la historia médica del menor y de "su familia" se refiere el art. 180. 5 CC, en cuanto a la conservación de tal información por parte de las entidades públicas que intervengan en el proceso de adopción. Información a la que pueden acceder las personas adoptadas al alcanzar su mayoría de edad, o a través de sus representantes legales antes de alcanzarla, conforme al párrafo 6 del mismo precepto.

Al acogimiento familiar se refieren, entre otros, el art. 172 ter CC, el cual "produce la plena participación del menor en la vida de familia", en la que es recibido (art. 173 CC). En este sentido, mencionan expresamente a la "familia de acogedora" los artículos 161 y 200 CC.

El art. 184 CC se refiere a la convivencia familiar de los hermanos mayores de edad, en cuanto que uno de ellos puede ser el representante de cualquiera de los otros, en caso de ausencia de este último.

El art. 1388 CC alude al abandono familiar que puede facultar a los tribunales para conferir a uno de los cónyuges la administración de los bienes gananciales. En este sentido, señala el precepto aludido que podrá ser conferida "cuando el otro (cónyuge) se encontrare en imposibilidad de prestar consentimiento o hubiere abandonado la familia o existiese separación de hecho".

A la familia del arrendatario se refiere el art. 1558 CC, en el supuesto de que esta haya de soportar obras de reparación urgente en la finca arrendada, por más de cuarenta días, que hagan la vivienda inhabitable.

Al eventual despido del criado doméstico "de la familia" se refiere someramente el art. 1584 CC. Se trata, como se puede ver, de una norma un tanto anacrónica que debe ser complementada con la legislación laboral.

Y, finalmente, los artículos 497 y 1903 CC aluden respectivamente a la obligación del usufructuario de cuidar las cosas dadas en usufructo y a la de los padres, tutores, curadores, directores de establecimientos y empresas y titulares de centros docentes respecto de los actos u omisiones de otros, de actuar con la "diligencia de un buen padre de familia". Los artículos 1094 y 1101 CC, respecto del cumplimiento de las obligaciones y el art. 1889 CC, sobre la gestión de negocios ajenos, se pueden incardinar en la misma idea que los anteriores, en cuanto al estándar de diligencia.

Como se puede comprobar, todos estos preceptos que se refieren a la familia, a algunos de sus componentes y a diversas situaciones interesantes, no confieren a la institución familiar un rol muy relevante. En muchas ocasiones, la familia semeja ser una parte del decorado en el que se desarrollan los acontecimientos verdaderamente importantes: el matrimonio, el divorcio, la separación, el acogimiento, la adopción, la tutela, la curatela, el arrendamiento, el usufructo, etc. Y cuando se emplea como estándar de prudencia para el cumplimiento de las obligaciones o respecto de los actos u omisiones propios o ajenos, la mención de la "familia" no deja de ser algo anecdótico, propio de una frase hecha o de una mención consolidada, que podría ser sustituida por otra, como la prudencia de *a man on the Claphan omnibus*, o de *a reasonable person*, que emplean los tribunales británicos.

III. LO IMPORTANTE NO ES LA FAMILIA, SINO TODO LO MÁS LOS MENORES.

Todos somos hijos, aunque sea de filiación no conocida. Si bien, en el caso de que no lo sea, su plasmación jurídica queda muy disminuida si no llega a determinarse posteriormente o no se produce una adopción. Volviendo al art. 39 CE, conviene recordar que, aunque el párrafo primero de este precepto alude a la familia, tal y como señalé más arriba, los tres párrafos siguientes ya no vuelven a referirse a ella.

El párrafo 2 del art. 39 CE corresponde con "la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil". El párrafo 3 establece el deber de los padres de "prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda". Y el cuarto que "los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

Por consiguiente, analizado párrafo por párrafo el precepto constitucional se deduce que lo que nuestros constituyentes tuvieron en mente a la hora de regular la familia no fue esta propiamente dicha, sino los menores que, como hijos, pueden ser concebidos tanto en una relación matrimonial como extramatrimonial. La familia, como decía antes, es el decorado o el paisaje en el que los menores se pueden desarrollar o no. El fin del precepto, a pesar de la dicción de su párrafo 1, no es la "protección" de la familia propiamente dicha, sino de los menores que puedan ser habidos en ella. De los cuatro párrafos, tres de ellos aluden directamente a la protección o asistencia de los menores. En tal sentido, podría pensarse que para nuestra Constitución y, como veremos después, para la legislación ordinaria civil

española, el sujeto verdaderamente merecedor de tuición es el menor y no en sí misma la familia.

IV. LA FAMILIA EN LA PRIMERA EDICIÓN DEL CÓDIGO CIVIL.

Tal y como veremos a continuación, hasta la reforma del Código civil operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre², se podría decir que la familia tenía significación propia en nuestro ordenamiento, e incluso tenía su órgano de representación.

No obstante, para referirse a ello conviene retrotraerse, siquiera brevemente a los antecedentes del Código civil español.

Algunos autores criticaron durante cierto tiempo la inclusión, en nuestro Derecho, de una figura aparentemente importada del Código civil francés. Entre ellos, Manresa en sus *Comentarios*, cuando afirma que “es una institución novísima en el Derecho patrio”³. Me refiero al Consejo de familia, que fue introducido en el Código civil español de 1889⁴, a través del Proyecto de 1851, procedente, como decía antes, del Derecho francés. Actualmente, quedan todavía algunos que lo siguen criticando, en mi opinión, de manera no del todo justificada⁵.

Como digo, el Consejo de familia llegó al Código civil español de 1889, a través del Anteproyecto de 1851, también conocido como Proyecto de García Goyena. Este autor, conocedor del espíritu que nos caracteriza a los españoles, tan dados a poner a chupa de dómine todo aquello que no nos cuadra, se anticipó a las críticas que se iban a formular por la supuesta inspiración francesa de sus preceptos proyectados. Así, alude al Fuero Juzgo y al Fuero Real como textos normativos que conferían a los parientes más propincuos del huérfano o del padre difunto, respectivamente, la designación de tutor⁶. Por tanto, la intervención de los parientes (de la familia), en la designación de tutor, una de las funciones más importantes que atribuía la primera edición del Código civil al Consejo de familia, no era una situación extraña a nuestro Derecho y nuestras costumbres, sino algo propio de ambos y relacionado con nuestra idiosincrasia. Dejando aparte, que el Proyecto de 1851 pretendía ser un Código para todos los españoles y, por consiguiente, que incluyera a los habitantes de los territorios llamados forales⁷.

2 Vid. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *El Código civil y sus reformas*, Madrid, 1984, pp. 184 a 203.

3 Vid. MANRESA NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código civil español*, tomo II, Madrid, 1925, p. 199.

4 Vid. ALCUBILLA, M.: *Código civil de España*, Madrid, 1889, pp. 108 a 112; y LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *El Código civil*, cit., pp. 201 a 203.

5 Entre otros, GUTIÉRREZ CALLES, J. L.: “El Código Civil de 1889”, en <https://app.vlexcom/#vid/código-civil-294179>.

6 Vid. la Ley 3, título 3 del libro 4 del *Fuero Juzgo* y la ley 3, título 7, libro 3 del *Fuero Real*.

7 En palabras del propio García Goyena se podría aducir lo siguiente: los resultados de esta incorporación, “puede casi asegurarse que serán desde luego felices en las provincias de Fueros, cuya legislación ha creado y conserva más vivo el espíritu de familia” (vid. GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del*

En este sentido, quienes criticaron a García Goyena tuvieron, no obstante, que reconocer que esta posibilidad de designación del tutor por parte de los parientes seguía estando vigente a la entrada en vigor del Código civil, en 1889, en algunas partes de España⁸. Sin embargo, en la obra de los críticos no se encuentra ningún argumento de peso contra la conveniencia técnica del Consejo de familia, tan solo, como señalo, referencias a su carácter foráneo.

Las instituciones jurídicas --y no jurídicas-- pierden peso específico cuando se desestructuran. La historia jurídica de la familia es una historia de desestructuración. Socialmente, desde hace mucho, asistimos a una tensión entre lo individual y lo colectivo, entre lo privado y lo público. Esta tensión ya se vivió en Roma, pues en un primer momento el derecho individual y el de familia (que no es más que un conjunto de individuos), estaban sustraídos a la intervención de la sociedad. Los asuntos familiares eran propios y exclusivos de la *gens*, que era un agregado de familias colaterales, descendientes de una estirpe común y designadas con un *cognomen*. El *pater familias* era el soberano absoluto dentro del grupo familiar y nadie podía inmiscuirse en sus asuntos internos. Sólo la asamblea de la gente, como señala Manresa, podía influir en las decisiones del citado *pater familias*, "algo así como el consejo de familia"⁹.

Aparte de los señalado por García Goyena, antecedentes del Consejo de familia en el Derecho histórico español podemos encontrar en diversos lugares. Si bien, según señala Manresa, con competencias circunscritas a pocos asuntos, tales como: "nombramiento de tutor en ciertas circunstancias, autorización del matrimonio de la huérfana soltera menor de edad, aprobación de las donaciones, quitas, etc., hechas por el pupilo a su guardador y a la transferencia de los bienes dotales hecha por la mujer al marido"¹⁰. Entre las normas históricas que se pueden aducir se encuentran, sin pretensión de exhaustividad: la *Lex Wisigothorum*, lib. 4º, tit. 3º, ley 3ª; el *Fuero Real de España*, lib. 3º, tit. 7º, ley 3ª¹¹, la *Lex Wisigothorum*,

Código civil español, tomos I-II, Madrid, 1852, p. 187). En apoyo de esta misma idea se puede consultar COSTA, J.: "El consejo de familia en el Alto Aragón", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 54, Madrid, 1879, pp. 257 y ss.

8 El propio Manresa, que, como ya sabemos, tanto criticó la intromisión afrancesada en el trabajo de García Goyena reconoce que "en el Pirineo (Navarra, Alto Aragón y parte del Norte de Cataluña), donde la tradición jurídica encomendaba mayores condiciones de supervivencia; se mantuvo pujante esta institución y ha llegado sin menos cabo hasta nuestros días, acreditando el poder creador, y juntamente la virtud conservadora que tiene la costumbre, cuando se la deja en libertad de escoger sus formas y el modo y el momento de renovarlas, implantando un régimen del *selfgovernment* civil tal y como el vigente en aquella región de la Península. De la extensión de este consejo de familia consuetudinario se formará una idea por los siguientes croquis tomados a la vista de la práctica en Aragón y Navarra" (*Vid. MANRESA Y NAVARRO, J. M.: MANRESA NAVARRO, J. M.: Comentarios*, cit., p. 452). Más adelante, el mismo autor termina por reconocer que "no había que hablar ya de importación ni de ensayo: el consejo de familia podía penetrar en la legislación civil española como institución eminentemente nacional y abonada por la experiencia de muchos siglos" (*vid. cit.*, p. 457).

9 *Ibidem* nota anterior, p. 447.

10 MANRESA Y NAVARRO, J. M.; *Comentarios*, cit., p. 448.

11 Citado por García Goyena.

lib. 3º, tit. 2º, ley 8ª; el *Fuero Viejo de Castilla*, lib. 5º, tit. 5º, leyes 1ª y 2ª; el *Fuero de Sepúlveda*, tit. 55; el *Fuero de Cáceres*, tit. 55; el *Fuero de Salamanca*, tit. 55; el *Usatge* de 1351, de Pedro III, Cortés de Perpiñán, cap. 17; y la Pragmática de 23 de marzo de 1776, *Novísima Recopilación*, lib. 10, tit. 2º, leyes 9ª y 18ª).

Estas competencias, como veremos a continuación, se parecen mucho a las que el Código civil de 1889 atribuyó al Consejo de familia. Por tanto, hablar de importación de una figura extraña al Derecho patrio en relación con la regulación del citado Consejo de familia en la primera edición del Código supone, en mi opinión, no hacer honor a la verdad completamente.

Antes de la reforma del Código civil operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, el sistema de protección de los menores, de los incapacitados, de los pródigos y de los sometidos a la pena de interdicción civil¹² basculaba sobre tres figuras: el tutor, el protutor y el Consejo de familia. Así lo establecía el art. 201 CC de 1889: "la tutela se ejercerá por un solo tutor bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia". Las funciones de los tres órganos eran diferentes y complementarias, como es lógico, y funcionaban como una especie de pesos y contrapesos en garantía e interés del menor o del incapacitado. Se trataba, como veremos después, de un sistema —al menos desde el punto de vista teórico— bien trabado y de proximidad con el necesitado de protección¹³.

La figura central, como actualmente respecto de los menores no sometidos a la patria potestad, era la tutela y quien la ejercía, el tutor, la persona encargada de atender directamente --y bajo su responsabilidad-- las necesidades personales y patrimoniales del tutelado. Y el protutor y el Consejo de familia, los contrapesos encargados de vigilar el ejercicio de la tutela por parte del tutor, conforme al art. 201 CC de 1889.

El protutor que podía ser nombrado por los padres en testamento y, en su defecto, por el Consejo de familia, tenía, según el art. 236 del CC de 1889, las siguientes funciones: 1ª. Intervenir el inventario de los bienes del menor y la constitución de la fianza del tutor, cuando hubiere jugar a ella, 2ª. Sustentar los derechos del menor, en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los intereses del tutor, 3ª. Llamar la atención del Consejo de familia sobre la gestión del tutor, cuando le pareciera perjudicial para la persona o los intereses del tutelado, 4ª. Promover la reunión del Consejo de familia para el nombramiento de nuevo tutor, cuando la tutela quedaba vacante o abandonada y 5ª. Cualesquiera otras que señalasen las leyes.

12 Vid. art. 200 del Código civil de 1889 (ALCUBILLA, M., *Código civil*, cit., p. 92).

13 GUTIÉRREZ CALLES define esta situación diciendo que las tres figuras venían a integrar una especie de tutela de familia, en tanto que la incapacidad del demente (o del menor) quedaba suplida por sus familiares (vid. de este autor, "El Código Civil", cit.).

El tutor no podía empezar a ejercerla tutela sin que hubiese sido nombrado el protutor (art. 234 CC de 1889); pues era, como decía, el contrapeso imprescindible para evitar que el tutor pudiera excederse o quedarse corto en el ejercicio de sus funciones. Para evitar cualquier tipo de interferencia o connivencia entre el tutor y el protutor, el art. 235 CC de 1889 señalaba que “el nombramiento de protutor no pod(ía) recaer en pariente de la misma línea que el tutor”.

El Consejo de familia, además de la función de nombrar al protutor (art. 233 CC de 1889) y al tutor (arts. 204 y 231 CC de 1889) a falta de designación testamentaria por parte de los padres, tenía también otras encomiendas legales. Una era ejercer una especie de tutela provisional; pues, como señalaba Sánchez Román, “normalmente, aun actuando con premura, desde que surge la necesidad hasta el cumplimiento de las formalidades y total constitución de la tutela, hay un interregno durante el cual el menor o incapacitado no puede ni debe quedar sin protección y amparo”¹⁴. Autor al que siguen Clemente de Diego, Valverde, Escobar de la Riva y Lete del Río, entre otros¹⁵. Las restantes funciones tienen que ver fundamentalmente con atributos de supervisión y continuidad.

Estos atributos o funciones se podrían resumir de la siguiente manera: ser oído por los tribunales antes de proceder a la incapacitación del que presuntamente lo requiera (art. 216 CC de 1889), lo mismo que en caso de que alguien tuviera que ser declarado pródigo (art. 221 CC de 1889), examinar las causas de excusa o exención de los tutores y protutores para ejercer el cargo correspondiente (art. 249 CC de 1889), señalar los actos administrativos que debe realizar el protutor que se consideren indispensables para la conservación de los bienes y percepción de sus productos por parte del tutelado (art. 256 CC de 1889), solicitar la inscripción o el depósito que deba realizar el tutor para afianzar la tutela conforme al art. 252 CC de 1889, poner en posesión a los tutores y a los protutores en sus cargos (art. 261 CC de 1889), vigilar la obligación del tutor de alimentar y educar al tutelado, imponer al tutor hacer inventario de los bienes del tutelado (art. 264 CC de 1889), aceptar las solicitudes de autorización de actos relacionados con los bienes del tutelado que pida el tutor cuando lo exija la ley (arts. 270 y 271 CC de 1889) y censurar e informar las cuentas de la tutela (art. 279 y 282 CC de 1889).

Así pues, aunque el tutor, como dije, es el sujeto encargado unipersonalmente de cuidar y atender directamente las necesidades del tutelado, tanto desde el punto de vista personal como patrimonial, el ejercicio de su función no se realizaba aisladamente, sino acompañado y supervisado por la autoridad familiar

14 SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho civil*, tomo V, vol. 2º, Madrid, 1912, p. 1321

15 CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, tomo 6, Madrid, 1920, p. 558; VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho civil español*, tomo IV, Valladolid, 1938, p. 607; ESCOBAR DE LA RIVA, E.: *La tutela*, Madrid, 1943, p. 95; y LETE DEL RÍO, J. M.: *La responsabilidad de los órganos tutelares*, Valladolid, 1965, p. 23.

representada directamente por el Consejo de familia e indirectamente, por nombramiento de este último, del protutor.

La autoridad judicial no es que ejerciera una función residual, sino que su función era, más que otra cosa, de carácter instrumental y de recurso. El Juez municipal era el encargado de citar a las personas que debían formar el Consejo de familia una vez este tuviese conocimiento de que alguna persona se encontrase en alguna de las situaciones previstas en el art. 200 CC de 1889 (art. 293 CC de 1889) y en función de la competencia establecida por la Ley de Enjuiciamiento civil resolver los recursos que cupieran contra las decisiones del Consejo de familia (por ejemplo, ex art. 249 CC de 1889). Pero el peso de supervisar la labor del tutor recaía en la propia familia, a través del Consejo y del protutor.

Esta es la razón por la cual Manresa y otros autores advierte que con la entrada en vigor del Código civil se sustituyó la autoridad judicial, que intervenía conforme al Derecho anterior, por la familiar representada por el Consejo de familia¹⁶.

Ciertamente, hay que admitir que la regulación contenida en el Código civil en su edición de 1889, respecto de la tutela, tuvo sus detractores (que censuraban que se tratara de un sistema demasiado complejo), lo cual produjo que en 1983, como señalé antes, se modificaran los artículos 199 y siguientes, instaurando otro de autoridad judicial.

De manera que se podría decir que en el Derecho español del último siglo y medio aproximadamente, respecto de la protección de las personas necesitadas de apoyo, por razones de tipo físico o psicológico (sin tener en cuenta el Derecho anterior a la entrada en vigor del Código civil), se podrían separar tres etapas: una inicial en la que predominó el principio de *autoridad familiar* (entre 1889 y 1983), la segunda en la que imperó el principio de *autoridad pública o judicial* (entre 1983 y 2021) y la tercera, que es en la que nos encontramos, de fundamento en la voluntad y preferencias de la persona necesitada de protección, que podría denominarse de *autoridad propia*, a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 8 de junio. No así respecto de los menores sometidos a tutela, para los cuales la tercera etapa no debería considerarse, por cuanto que la citada Ley 8/2021 no ha tenido incidencia sobre ellos.

No obstante, como señalan atinadamente diversos autores, "la Ley 8/2021 pretende una razonable desjudicialización, que pasa por el reforzamiento de la guarda de hecho, la cual, como se dice en la Exposición de Motivos, había sido entendida tradicionalmente como una situación fáctica y de carácter provisional, debiendo ahora convertirse en una verdadera guarda de Derecho, otorgándole

16 MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios*, cit., p. 338.

categoría de institución jurídica de apoyo¹⁷. Sin embargo, esta no es una cuestión para ser tratada en este ensayo, pues hacerlo me alejaría de su objeto.

V. ASPECTOS PSICOSOCIALES DE LA AUTORIDAD FAMILIAR.

De vuelta a las reflexiones expuestas en la introducción de este texto, podrían reproducirse las palabras del profesor García Cantero escritas en 1995: “hay que poner de relieve la insatisfactoria regulación constitucional de la familia. (P)udo deberse la misma a la no presencia de privatistas en la Comisión encargada de redactar el texto, (y) al dilema con que tuvo que enfrentarse, pues por una parte se trataba de distanciarse del anterior régimen en su política exaltadora y protectora de la familia, y, por otra, los textos internacionales suscritos por España seguían considerando a la familia ‘célula básica de la sociedad’. El resultado ha sido una normativa híbrida, con luces y sombras, y claro predominio de estas últimas, que permiten dar la razón a quienes afirman que la familia basada en el matrimonio ha sido la gran perdedora de la transición¹⁸.”

Como señalaba más arriba, actualmente asistimos a una especie de delegación al Estado de muchas de las cuestiones que afectan a la familia, hecho que ha sido calificado por algunos autores como una especie de “*administrativización* de la familia¹⁹”. Fenómeno que anteriormente ya había acontecido en otros periodos de la historia²⁰. ¿Por qué se produjo esta *administrativización*, que despojó a la familia de su autoridad y de su órgano de representación? Pues --además de que doctrinalmente se había criticado la complejidad del sistema del sistema basado en la colaboración de tres elementos: el tutor, el protutor y el Consejo de familia, que, para algunos, implicaba a demasiadas personas-- porque la forma de ver las cosas de los españoles había cambiado. Dicho de otra manera, como veremos a continuación, el patrón moral sobre el que se apoyó el Derecho en 1983, como es obvio, ya no era el mismo que en 1889. Vamos a ver a continuación lo que señala un importante experto en ciencias del comportamiento y psicología social, respecto de los modelos morales familiares. Este autor es George Lakoff, quien, en una de sus obras más conocidas describe los dos modelos morales de familia: el del *Padre Estricto* y el del *Progenitor Atento*.

17 Vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia”, en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/20021, de 2 de junio* (dir. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 68, quien toma la expresión de F. SANTOS URBANEJA, en *Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*, Cuniep, Madrid, 2021, p. 227.

18 GARCÍA CANTERO, G.: “Luces y sombras en la evolución del Derecho español de familia (1981-1990)”, *REDC*, 52, 1995, pp. 282 y 283.

19 GARCÍA CANTERO, G.: “Luces y sombras”, cit., p. 289.

20 MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios*, cit., cit., 447.

Según este autor, el modelo del Padre Estricto “parte del presupuesto de que la vida es difícil y de que el mundo es un lugar esencialmente peligroso”²¹. Según Lakoff, el citado modelo se podría resumir de la siguiente manera:

-“El padre tiene la responsabilidad principal de dar sustento y protección a la familia, ejerce la autoridad y fija las pautas generales de comportamiento en la familia”.

-“El padre enseña a los hijos a distinguir el bien del mal mediante la imposición de reglas estrictas de comportamiento”.

-“A los niños jamás se les debe consentir, pues un niño consentido dependerá para siempre de los demás y no será capaz de desarrollarse por sí mismo”.

-“Los hijos deben respetar y obedecer a sus padres, en parte por su propia seguridad y en parte porque de ese modo forjarán carácter, es decir disciplina y autonomía”.

-“Los hijos ya crecidos, llegada cierta edad, abandonan el hogar familiar y deben demostrar responsabilidad y autonomía. Tienen que tomar sus propias decisiones y ser capaces de hacerlo”.

-“Una vez abandonado el nido, los buenos padres no interfieren en la vida de sus hijos, cualquier injerencia parental es fuertemente rechazada”²².

En resumen, los padres deben educar disciplinadamente a sus hijos para que éstos sean capaces de ser disciplinados y así, el día de mañana, cuando sean mayores y vivan por su cuenta, no necesitarán a sus padres y serán autosuficientes. Para ello, los padres deben enseñarles un sistema de valores y principios adecuado para que puedan guiarse a sí mismos eficazmente.

La autoridad es el principio básico de este modelo. Primero se obedece a los padres y después se obedece la autoridad propia. La moral del Padre Estricto pretende forjar hijos disciplinados, capaces de llevar a delante los planes que ellos mismos se propongan y de cumplir sus compromisos en la edad adulta. Como señala Lakoff, “el objetivo del modelo del Padre Estricto es garantizar que el niño se convierte en ese tipo de persona”²³.

Para este modelo, el éxito es la manifestación de que el hijo ha sido obediente y disciplinado, de manera que aquél forma parte del sistema moral. No se debe

21 LAKOFF, G.: *Política moral. Cómo piensan progresistas y conservadores*, Capitán Swing, 2016, p. 91.

22 LAKOFF, G.: *Política moral*, cit., pp. 91 y 92.

23 LAKOFF, G.: cit., p. 93.

recompensar a los que no han luchado y trabajado por ello, de ahí “la inmoralidad de premiar a quienes no se han ganado la recompensa compitiendo”²⁴. La competición no es mala, es un elemento esencial del sistema. La educación de los hijos para que se conviertan en adultos disciplinados, autosuficientes y capaces de competir, utilizando un mismo sistema de reglas, contribuye al bien común.

El otro modelo es el del *Progenitor Atento*, cuyas bases son:

-En el caso de que la familia tenga dos progenitores, “ambos deben compartir las responsabilidades en el hogar”, aunque también es posible que haya familias monoparentales.

-Los principales elementos experienciales de este modelo son el dar y recibir atenciones, cumplir con los deseos de interacción amorosa de los miembros de la familia y que éstos sean “tan felices como sea posible”.

-Los hijos se desarrollan óptimamente “estableciendo relaciones positivas con sus semejantes, contribuyendo a la comunidad y persiguiendo la realización de su potencial y alegría de vivir”.

-El apoyo y protección son parte de las atenciones que se han de dispensar a los hijos. “La obediencia del niño nace del amor y respeto por sus padres, no del miedo al castigo”.

-La autoridad de los progenitores ha de “legitimarse”, éstos deben explicar a sus hijos el porqué de sus decisiones.

-La protección es una forma de cuidado y protección frente a los peligros externos. “El principal objetivo de las atenciones dadas por el progenitor es que los niños vivan una vida plena y feliz y que ellos mismos aprendan también a dispensar atenciones a sus semejantes”.

-La propia realización y las atenciones prodigadas a los demás se consideran elementos inseparables. Los hijos deben aprender empatía y capacidad de cuidar. “Es necesario respetar los valores del niño y permitir que explore toda la gama de ideas y opciones que el mundo le ofrece”²⁵.

Desde hace algunas décadas, el modelo moral imperante en las sociedades occidentales tiene mucho más que ver con el segundo que con el primero. Con el modelo del progenitor atento más que con el del padre estricto. Los principios y los valores de las personas se adquieren más en el entorno social que dentro de la

24 LAKOFF, G.: cit. p. 94.

25 Vid LAKOFF, G.: cit. pp. 133 y 134.

familia, lo cual demuestra que ha disminuido la autoridad familiar. Esto, obviamente, debía tener transcendencia en el ordenamiento jurídico²⁶.

Si el sistema moral predominante tiene que ver con un tipo de familia en la que todos sus miembros tienden a la igualdad la autoridad familiar carece de sentido (debe legitimarse mediante el diálogo). Si la autoridad parental pierde fuerza, ¿qué tipo de autoridad podría pensarse que tienen los restantes familiares, por muy propincuos que sean? Ninguna.

Creo que no hace falta adentrarse en espesas disquisiciones para constatar que el modelo imperante en las sociedades occidentales corresponde con el del Progenitor atento. Circunstancia que como afirma Jonathan Haidt no se da en otras partes del mundo²⁷. No obstante, a modo de muestra legislativa española, se podría aducir lo acontecido con el final del art. 154 CC tras su reforma por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Como muchos recordarán, porque no hace de ello tanto tiempo, el citado precepto terminaba con el siguiente párrafo: “Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos”²⁸.

Ahora el precepto ya no alude a la citada “corrección razonable y moderada”. Es una “responsabilidad parental” y no incluye expresamente la autoridad de corrección. Tan sólo el art. 155 CC habla de que los hijos deben “obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad y respetarles siempre”. El Supremo ha señalado en alguna sentencia no muy reciente que el deber de respeto es de “Derecho natural” (STS de 28 de octubre de 1962), que es tanto como asentarlo entre los fundamentos morales de la sociedad. Los progenitores siguen teniendo la función de velar por sus hijos, educarlos y procurarles una formación integral, pero en ningún lugar se afirma que tengan autoridad sobre ellos (no es lo mismo autoridad que responsabilidad). La autoridad la tendría en todo caso el poder judicial, que es al que los progenitores pueden acudir solicitando su auxilio para poder ejercer la patria potestad, en ciertos casos. Por tanto, podría afirmarse que estamos ante un sistema de autoridad pública respecto de los asuntos familiares. Los padres tienen deberes, obligaciones y responsabilidad, pero no estrictamente autoridad sobre sus hijos. Es decir, no tienen autoridad suficiente,

26 Sobre este tema se puede consultar, entre otros trabajos, el de KENNET EIMAR HIMMA: *Derecho y moral: el debate entre el positivismo incluyente y el excluyente*, Serie de Teoría jurídica y filosofía del Derecho, núm. 56, Colombia, 2011, en el que se analizan las distintas posibilidades de interacción entre moral y Derecho, también la obra clásica BENTHAM, J.: *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, Oxford, 1789, pp. 156 y 157.

27 *The Righteous Mind. Why Good people are divided by politics and religion*, Penguin Books, 2012, p. 88.

28 Vid. entre otros, BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M: “Comentario al art. 154”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (coord. por R. BERCOVITZ), Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2006, p. 292.

puesto que deberán en su caso complementarla con quien realmente la tiene: el juez competente.

El Código no habla de autoridad parental si bien lo hace y mucho de *autoridad judicial*, en materia de familia. Baste citar varios ejemplos donde la trata: los artículos 94, 94 bis, 96, 166, 200, 208, 210, 211, 213 o 217 del Código civil.

De la dicción del penúltimo párrafo del art. 154 CC podría deducirse que los hijos tienen tanta *autoridad* como sus padres (aun estando sometidos a la patria potestad) cuando “tuvieren suficiente madurez” para adoptar decisiones que les afecten, “sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo”. Esto recuerda mucho algunas de las características del modelo del Progenitor atento que señala Lakoff, que hemos visto, según las cuales, los miembros del núcleo familiar comparten responsabilidades mutuas, sin que la jerarquía establezca que unos estén por encima de los otros. También señala Lakoff que el modelo del Progenitor atento huye de los premios y los castigos intrafamiliares²⁹. Así pues, cultural o moralmente, la legislación española se ha ido adaptando a los tiempos, pasando de un modelo moral y jurídico basado en la autoridad (modelo del Padre Estricto) a otro en el que prima el igualitarismo (modelo del Progenitor atento).

VI. BREVE CONCLUSION.

Por consiguiente, a pesar de ser una denominación muy consolidada, más que de Derecho de “familia” procedería hablar más bien de Derecho de las “situaciones familiares”. Insisto en que la familia no es más que el paisaje en el que, para el Derecho, tiene lugar las relaciones familiares. La familia en cuanto tal, como institución, carece de un sustrato suficiente como para poder considerarla un ente con propio fundamento. Dejando aparte el debate sociológico respecto del que se dice que no existe un único tipo de familia sino varios. Cuando algo puede ser muchas cosas pierde su identidad. Como señaló el maestro clásico, “la identidad de una sustancia no puede venir de sus accidentes, ni tan siquiera de la unión de los accidentes con la sustancia”³⁰. De modo que ¿qué es la familia jurídicamente?

Al haber dejado la familia de ser una *sustancia* jurídica, resulta completamente imposible hablar de autoridad familiar. Los hechos parecen indicarnos que la tendencia dominante es la que lleva a considerar la sociedad como un agregado de individuos autónomos únicamente sometidos, en su caso, a la autoridad del Estado. Por ello hablamos de autoridad judicial o de *administrativización* de la familia, mientras ésta resulta despojada de autoridad respecto de sus miembros.

29 Sobre esta misma cuestión también se puede consultar la obra de HAIDT, J.: *The Righteous Mind*, cit, p. 45.

30 ARISTÓTELES: *Metafísica*, IV, 4 y VII, 4.

Ni la Constitución española ni la legislación ordinaria reflejan que la familia merezca una especial consideración. La legítima de los herederos forzosos tampoco significa que la familia tenga un rango especial en nuestro Derecho. Se trata simplemente de un modo de limitar la libertad de testar del causante para cuando él ya no forme parte de la familia. Tampoco el compartir una herencia supone el fortalecimiento de los lazos familiares entre quienes la reciben. En ocasiones, sucede todo lo contrario.

La obligación de alimentos entre parientes tampoco refuerza, en mi opinión, el carácter familiar. En realidad, no es más que una obligación legal entre personas que mantienen entre sí un vínculo de parentesco, sin que, por ello, como en la legítima, la familia resulte de por sí misma reforzada. Aunque más vale esto que nada.

Así pues, autoridad familiar, poca o ninguna.

BIBLIOGRAFIA

ALBALADEJO, M.: “La responsabilidad del artículo 1910 del Código Civil”, *Iniuria*, núm. 2, 1994.

ALCUBILLA, M.: *Código civil de España*, Madrid, 1889.

ARISTÓTELES: *Metafísica*, IV, 4 y VII, 4.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.: “Comentario al art. 154”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (coordinados por R. BERCOVITZ), Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2006.

BENTHAM, J.: *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, Oxford, 1789.

CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, tomo 6, Madrid, 1920.

COSTA, J.: “El consejo de familia en el Alto Aragón”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 54, Madrid, 1879, pp. 257 y ss.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia”, en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/20021, de 2 de junio* (dir. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

ESCOBAR DE LA RIVA, E.: *La tutela*, Madrid, 1943.

GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomos I-II, Madrid, 1852.

GUTIÉRREZ CALLES, J. L.: “El Código Civil de 1889”, en <https://app.vlexcom/#vid/código-civil-294179>.

Haidt, J.: *The Righteous Mind. Why Good people are divided by politics and religion*, Pinguin Books, 2012.

KENNET EINAR HIMMA: *Derecho y moral: el debate entre el positivismo incluyente y el excluyente*, Serie de Teoría jurídica y filosofía del Derecho, núm. 56, Colombia, 2011.

LAKOFF, G.: *Política moral. Cómo piensan progresistas y conservadores*, Capitán Swing, 2016.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *El Código civil y sus reformas*, Madrid, 1984.

LETE DEL RIO, J. M.: *La responsabilidad de los órganos tutelares*, Valladolid, 1965.

MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código civil español*, tomo II, Madrid, 1925.

Sánchez Román, F.: *Estudios de Derecho civil*, tomo V, vol. 2º, Madrid, 1912, p. 1321.

VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho civil español*, tomo IV, Valladolid, 1938.