

SECCIÓN IV.—*Del consejo de familia.*

§ I. DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO.

428. “Para llegar á una buena organización de los consejos de familia, dice Berlier, ha parecido necesario aumentar su número, sin admitir en ellos sino á los parientes más próximos de cada línea, y obviar la influencia de una línea sobre otra, llamándose á un número igual de parientes de cada una. Así, pues, se convocará á los tres parientes más próximos de cada línea. Este es el límite que se ha creído deber adoptar, límite que hará subir el consejo de familia al número de siete, inclusive el juez de paz, que será miembro suyo como presidente, y cuyo carácter imparcial dirigirá los resultados hacia el bien y la utilidad del menor” (2).

¿Por qué quiere el legislador que el consejo sea poco numeroso? Hay un proverbio antiguo (3), fruto de la experiencia, que dice que cuando gran número de personas están encargadas de administrar, cada una de ellas se refiere á la otra, y nada hace ninguna en definitiva. La responsabilidad moral es la única garantía que ofrece un consejo de parientes: no hay que dividirla demasiado, porque se haría nula. Se han detenido en el número de seis por dos razones: en primer lugar, se cuenta con un número impar, incluyéndose en él al juez de paz, lo que ordinariamente permite que se tenga una mayoría absoluta; en segundo lugar, hay que contar con las ausencias; y así, era necesario un cierto número de parientes para representar á cada línea (art. 407).

1 Lieja, 15 de Enero de 1856 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 210).

2 Berlier, Exposición de motivos, núm. II (Locré, t. III, p. 413).

3 “*Quod plures tangit, neminem angit.*”

429. ¿Qué calidades son necesarias para ser miembro del consejo de familia? Es necesario ser varón, porque, se dice, trátase de concurrir á la dación de la tutela, que es oficio civil y de varones (1). ¿No es más exacto decir que se excluye á las mujeres por no tener, en general, la experiencia de los negocios? La madre y las ascendientes viudas están exceptuadas (arts. 442 y 408). Pueden ser tutoras en razón del cariño que tienen al menor, y desde ese momento, era necesario también permitirles que asistieran al consejo.

Los miembros del consejo deben ser mayores, dado que los menores tienen incapacidad para dirigirse por sí mismos y manejar sus negocios. ¿Cómo, pues, habrían de poder dar su parecer acerca del gobierno de la persona de los pupilos y de la administración de sus intereses? Los padres están exceptuados (art. 442); porque, siendo capaces de ser tutores en razón del afecto natural que tienen para con sus hijos, son por esto mismo, capaces de formar parte del consejo.

Los miembros del consejo deben ser parientes, porque el parentesco es una prenda de cariño, de afecto, y el afecto de la familia, como también el del tutor para los huérfanos, es con lo que cuenta la ley para el cumplimiento de funciones á menudo difíciles y siempre desagradables. Se alega, además, otra razón, y es la de que, siendo llamados los parientes á suceder al menor, justo es que estén obligados á vigilar sus intereses (2): lo cual es un hecho, en el sentido de que la tutela y el consejo de familia imponen una carga establecida por el interés de la familia misma, y que, por tanto, debe pasar de preferencia á ésta. Pero el derecho de sucesión no es el principio dominante, porque no son necesariamente los parientes más próximos quienes deben ser tutores ó miembros del consejo de fami-

1 Proudhon, *Del estado de las personas*, t. II, p. 306.

2 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. VII, p. 160, núm. 252.

lia. ¡Ay de los huérfanos, si sus parientes no los cuidan sino porque son sus herederos eventuales! El juez de paz que integre el consejo, llamará á él, no á los parientes más interesados, sino á los más afectuosos, escogiendo, á falta de parientes, á personas que hubieren mantenido habitualmente relaciones de amistad con el padre ó la madre del menor (art. 409). Esta disposición descubre el espíritu de la ley. La tutela y las instituciones que con ella se relacionan, son en todo de cariño y beneficencia.

La ley coloca á los parientes afines en la misma línea que á los consanguíneos (art. 407), por motivos análogos á los que acabamos de exponer.

Núm. 1.—Del juez de paz.

430. El juez de paz es miembro nato del consejo de familia, al mismo tiempo que su presidente (arts. 407 y 416); y como no hay cuerpo deliberante sin presidente, tampoco puede haber consejo de familia sin juez de paz. Si éste se halla impedido para la presidencia, debe hacerse substituir por su suplente. El tribunal no estaría facultado para investir á uno de sus miembros con el ejercicio de esas funciones (1). No basta que el juez de paz presida, también es necesario que tome parte en la deliberación; porque, como lo dice el orador del Gobierno, en su prudencia, en su experiencia de los negocios y en su espíritu de conciliación, es en lo que el legislador confía para llevar á buen término deliberaciones en que las pasiones y los intereses opuestos representa muchas veces un papel muy principal. Si el juez de paz no tomase parte en la deliberación, equivaldría á que no asistiese, y sin juez de paz no hay consejo de familia. Más adelante veremos las importantes consecuencias que se derivan de este principio.

1 De este modo quedó resuelto implícitamente el punto por una sentencia de Burdeos del 6 Mesidor, año XII (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 78, 2º).

431. El juez de paz es juez: ¿preside con ese carácter el consejo de familia? ¿Y ejerce jurisdicción al tomar parte en las liberaciones? Si funcionase como juez, habría necesidad de aplicarle el principio de que el juez no puede conocer dos veces de la misma causa; por lo que, si se anulase una deliberación del consejo, el juez de paz que hubiese presidido la primera reunión, no podría presidir ya la segunda. Así fué como lo resolvió la Corte de París (1), bien que el error es evidente. Ciertamente es que la ley le ha designado para presidir el consejo de familia en razón de las funciones de conciliador que habitualmente desempeña; pero el presidente del consejo no es juez, como el consejo no es tribunal. El mismo consejo, compuesto idénticamente de los propios miembros, puede ser convocado varias veces para dar un dictamen sobre el mismo asunto: lo que se permite á los miembros del consejo, se permite igualmente al juez de paz, que es miembro nato suyo (2)

Núm. 2.—De los parientes y los afines.

1. REGLAS GENERALES.

432. Los seis miembros que componen el consejo de familia son escogidos por el juez de paz entre los parientes ó afines que residen en la comuna donde se ha abierto la tutela, ó á una distancia de dos miriámetros. Hemos dicho *que residen*: el artículo 407 se sirve de una expresión más general todavía: *tomado en la comuna*. Es verdad que se ve la palabra *domiciliados*, en los artículos 409 y 410, que son continuación del 407; pero de aquí no ha de inferirse que, en esta materia deba estarse al domicilio de derecho, tal como se ha definido por el artículo 102. La ley no siempre se sujeta al domicilio legal, y suele preferir la residencia cuando tiene motivos para preferirla. Ahora

1 Sentencia del tribunal del Sena (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 241).

2 Zachariæ, traducción de Vergé y Massé, t. I, p. 389 y nota 3.

bien: para la composición del consejo, era preciso, evidentemente, atenerse á la residencia, porque importa que los parientes llamados á asistir no estén obligados á cambiar de lugar; y estando en el lugar, se tiene un conocimiento más claro de los hechos y de las circunstancias que deben conocerse para deliberar. Por esto los artículos 409 y 410 se sirven de la misma expresión: *en el lugar*; lo que prueba que en la mente del legislador, la palabra *domiciliados*, que se halla en el artículo 407, no tiene otro sentido. La interpretación contraria conduciría á la consecuencia absurda de que tendría que nombrarse miembro del consejo á un pariente que tuviese su domicilio de derecho en la comuna donde se abre la tutela, pero que habitara á cien leguas de distancia (1).

433. El Código traza al juez de paz reglas para la elección de los miembros que se hallan en el lugar. Tres miembros deben tomarse de la línea paterna del menor y tres de la materna (art. 407). Esta regla es esencial. La familia del menor es la llamada á velar por sus intereses; y la familia se compone de parientes de las dos líneas; sus intereses están muchas veces divididos, sus aspiraciones son distintas: importa, pues, que cada una de las dos líneas esté representada por un número igual de miembros. Síguese de aquí que si no hay tres parientes naturales ó afines de una línea en el lugar de la causa, el juez de paz no puede tomar parientes ó afines de la otra línea; ya no sería ese un consejo de familia, porque no representaría más que á la mitad de la familia (2).

En cada línea, el juez de paz debe seguir el orden de proximidad, aunque esto es menos esencial. Si hay más parientes que los necesarios para componer el consejo, el juez de paz elegirá al más próximo en grado, puesto que lo exige la ley; pero si, á la vez que no conviene este pa-

1 Esta es la opinión general (Demolombe, t. VII, p. 174, núm. 177).

2 Magnin, *Tratado de las Minoridades*, t. I, núm. 330.

riente, hay otro de grado más lejano, pero que convenga más, evidentemente el juez de paz deberá optar por el segundo. El interés del menor es lo que, ante todo, se debe tomar en consideración, y en vista de ese interés, debe el juez de paz obrar y aplicar la ley (1).

Si hay un pariente natural y otros afines del mismo grado, dice el artículo 407, será preferido el pariente, en el concepto de que sea capaz. Si hay parientes del mismo grado, debe ser preferido el de mayor edad, siempre con la reserva de que el juez de paz tiene la facultad de apreciación. Más adelante volveremos á tratar de este punto.

434. La ley quiere que regularmente los miembros del consejo se tomen en el lugar, aun cuando haya parientes ó afines más próximos fuera de la distancia legal de dos miriámetros. Ya hemos dado una razón de esto, pero aun hay otras. Mientras más lejos vivan los parientes, más difícil les será su traslación, y la ley no quiere agravar una carga que de por sí es ya demasiado pesada. Además, las traslaciones originan gastos, que naturalmente vienen á refluir en el menor. Sin embargo, su interés es el que supera en todas estas consideraciones. El artículo 410 faculta al juez de paz para llamar al consejo, cualquiera que sea la distancia á que se encuentren, á los parientes ó afines más próximos en grado ó del mismo grado, aun cuando en el lugar haya un número de parientes ó afines suficiente para formar el consejo. Y agrega la ley, cosa que no era necesario expresar, que, en ese caso, debe el juez eliminar á algunos parientes ó afines de los presentes, puesto que por lo general no puede exceder el número de seis.

El artículo 410 concede al juez de paz un derecho, no le impone una obligación; á él corresponde apreciar si es ó no conveniente llamar al consejo á parientes ó afines que

1 Así lo asienta el tribunal de París en la sentencia que citamos antes.

vivan fuera de la distancia legal de dos miriámetros. Los parientes más cercanos no pueden prevalerse de esta disposición y obligar al juez de paz á llamarlos (1); no podrán hacerlo ni aun ofreciendo sufragar los gastos de la traslación (2). Hay un interés moral sobre el pecuniario, y el juez de paz es quien tiene misión de apreciar.

435. Puede suceder que en el lugar no haya parientes ó afines en suficiente número para componer el consejo de familia: en este caso, dice el artículo 409, el juez de paz llamará, sea á parientes ó afines domiciliados á mayores distancias, sea á ciudadanos de la comarca misma, conocidos por haber tenido relaciones habituales de amistad con el padre ó la madre del menor. Más adelante volveremos á los miembros del consejo, llamados á título de amigos; hagamos constar únicamente que el juez de paz puede convocar á amigos cuando hay parientes más próximos fuera de la distancia legal. Esto prueba que el legislador no se decidió por la condición de aptitud para suceder, sino antes bien por el interés que los miembros del consejo tengan por el menor. Hasta se ha sostenido ante los tribunales que la calidad de heredero presunto era una causa de incapacidad, por lo menos en el sentido de que el juez de paz no debería llamar al consejo, sobre todo en materia de interdicción, á los parientes que, en calidad de presuntos herederos, estarían colocados entre su propio interés y su deber. Es evidente que esta opinión es inadmisibile; la rechaza el mismo texto del Código, que, llamando al consejo á los parientes más próximos, necesariamente llama á los presuntos herederos (3).

436. Síguense las mismas reglas con relación á los parientes afines (arts. 407, 409, 410); pero se pregunta si

1 Ruán, 29 de Noviembre de 1816, y Rennes, 30 de Julio de 1833 (Dalloz, *palabra Minoridad*, núm. 193, 1º y 2º). Los autores están de acuerdo con la jurisprudencia.

2 Lieja, 21 de Julio de 1817 (*Pasicrisia*, 1817, p. 472).

3 Bruselas, 29 de Diciembre de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, 2, 282).

subsiste la afinidad cuando muere el cónyuge sin dejar descendientes nacidos de su matrimonio. La cuestión es controvertida y ofrece alguna duda. Teóricamente, se puede sostener que una vez formada la afinidad, subsiste como el parentesco, sean cuales fueren los acontecimientos ulteriores; pero hay una diferencia, y es la de que el parentesco se deriva de la sangre, y está, en consecuencia, al abrigo de todas las eventualidades, mientras que la afinidad es un vínculo legal, imaginario, creado por el matrimonio y que se perpetúa cuando hay hijos nacidos de él, á pesar de que llegue á morir el cónyuge; pero cuando no hay cónyuge ni hijos, cesa cualquier causa que dé origen á la afinidad. ¿No habrá llegado el caso de decir que cesando la causa, debe cesar también el efecto? Con todo, estos motivos no nos parecen concluyentes, porque no siempre, una vez producido el efecto, cesa con la causa. Lo que nos parece decisivo es que en el derecho antiguo, no eran llamados, á título de afines, sino aquellos “que se habían casado con una parienta del menor, que viviese ó de la cual hubiese algun hijo.” Estas son las expresiones de Pothier (1), acordes con un proverbio cuya forma es un tanto brutal, pero que expresa enérgicamente el espíritu del derecho antiguo: “Muerta mi hija, muere mi yerno” (2). Esto es exacto, principalmente en materia de tutela, por exigir ésta el afecto hacia el menor; y ¿dónde están los parientes afines que conserven ese afecto, cuando la muerte ha venido á romper los vínculos que había entre las dos familias? (3).

La jurisprudencia es contraria (4). Una sentencia de la

1 Pothier, *Tratado de las personas*, núm. 151.

2 Loysel, *Instituta consuetudinaria*, t. I, núm. 134, p. 166 (edición de Laboulaye).

3 Esta es la opinión generalmente adoptada (Duranton, t. III, p. 451, nota. Marcadé, t. II, p. 201, art. 407, núm. I. Ducaurroy, t. I, p. 432, núm. 606. Demante, t. II, p. 231, núm. 154 bis).

4 Sentencia de Bruselas de 11 de Junio de 1812 y de la Corte de Casación, de 24 de Febrero de 1825 (Dalloz, palabra *Minorida*, núm. 189, 1º y 3º). En el mis-

Corte de Casación invoca los artículos 283 y 378 del Código de Procedimientos, según los cuales subsiste la afinidad como motivo de tacha para los testigos ó de recusación para los jueces, en el caso mismo en que el cónyuge que producía la afinidad, hubiese fallecido sin dejar descendientes. A esto puede contestarse que el artículo 206 del Código Civil considera, por el contrario, la afinidad como disuelta cuando no hay ni cónyuge ni hijos; lo cual prueba que no hay sistema absoluto en esta materia, y que la ley considera la afinidad como existente ó como extinguida, conforme á las circunstancias. Y cuando se llama á los afines en razón del afecto que tienen á los huérfanos, ¿hay que considerar la afinidad como existente, aun cuando estén rotos los vínculos?

II. EXCEPCIONES.

437. El artículo 408 contiene dos excepciones de la limitación del número que establece. La primera concierne á los primos hermanos y á los maridos de las primas hermanas. Si son seis, dice el artículo 408, ó más, serán miembros del consejo de familia, que compondrán ellos solos, sin llamarse á ningún otro pariente, fuera de los ascendientes, como comprendidos en la segunda excepción. Si son menos de seis, no se llama á los otros parientes sino para completar ese número. En el caso de esta primera excepción, puede, pues, el consejo de familia componerse de más de seis miembros, todos primos hermanos, ó sea pertenecientes á las dos líneas. La ley llama á todos, porque no hay razón para excluir á uno más que á otro, y, por otra parte, un consejo de primos hermanos, por numeroso que sea, no puede por menos que ser favo-

mo sentido, Valette acerca de Proudhon, t. II, p. 315, núm. II, y Demolombe, t. VII, p. 161, núm. 255.

nable al menor en razón del próximo vínculo de parentesco que une á los miembros del consejo y al pupilo.

Se pregunta si el juez de paz debe llamar al consejo á los primos hermanos que vivan fuera de la distancia legal de dos miriámetros. La negativa resulta del texto del artículo 408, el cual dice que los primos hermanos son los únicos exceptuados de *la limitación de número* establecida por el artículo precedente. Así es, que la excepción no recae sino sobre el número de seis parientes ó afines de que se compone el consejo en general, sin referirse á los lugares de donde deben ser tomados. No había razón para introducir excepción alguna de esta segunda regla: los motivos por los cuales quiere la ley que los miembros del consejo se tomen de la comuna donde se abre la tutela, se aplican á los primos hermanos como á todo género de parientes. Por otra parte, si lo exigen los intereses del menor, el juez de paz tiene facultad para llamarlos (1).

Los maridos de las primas hermanas están colocados en la misma línea que los primos hermanos, y hay que aplicar aquí lo que acabamos de decir de la afinidad.

438. Resulta del doble vínculo que liga á los primos hermanos con el menor, que pueden contarse indiferentemente en la línea paterna y en la materna. Un consejo de familia se halla compuesto de dos primos hermanos, de un pariente paterno y de tres maternos, habiendo comprendido el juez de paz á los primos hermanos entre los parientes paternos, como estaba facultado para hacerlo. Se ha pretendido que el juez habría debido tomar un pariente más en la línea paterna y uno menos en la materna, contando á uno de los primos hermanos en ésta última categoría. Sin duda, habría podido hacerlo; pero no estaba obligado, supuesto que los primos hermanos pertenecen á las dos

1 Tal es la opinión de todos los autores, Aubry y Rau, t. I. p. 380, nota 10, y los autores que citan.

líneas. La Corte de Casación lo resolvió así, y esto no ofrece duda alguna (1).

¿Debe resolverse lo mismo en cuanto á los hijos de primos hermanos? Contestamos afirmativamente, con la Corte de Casación; cuando un pariente pertenece á las dos líneas, el juez de paz tiene el deber de contarle indiferentemente en una ú otra (2). Se objeta que las excepciones no pueden extenderse de un caso á otro (3); pero la objeción está en falso. ¿En qué deroga el artículo 408 las reglas establecidas para la composición del consejo? Únicamente en lo que concierne al número de los miembros. Aquella excepción, ciertamente, como cualquier otra, es de interpretación rigurosa. Así es, que los hijos de primos hermanos no podrían ser llamados más de seis. Pero al decidir implícitamente que los primos hermanos, si son menos que seis, pueden contarse en una ú otra línea, la ley, lejos de derogar algún principio, no hace más que aplicar la regla del doble vínculo de parentesco, y esa regla se aplica, naturalmente, en todos los casos en que hay el doble vínculo.

439. El artículo 408 es otra excepción de la regla sobre la limitación del número: ese artículo llama al consejo, con los primos hermanos, á las *viudas de ascendientes* y á los *ascendientes válidamente excusados*, si los hay. En cuanto á las mujeres que, sin ser ascendientes, hayan quedado viudas de ascendientes con quienes se hubieren casado en segundas nupcias, nunca son llamadas al consejo. Ni aun la suegra sería llamada á él, toda vez que el artículo 442 excluye á las mujeres, con excepción de la madre y de las ascendientes, y con mayor razón está excluida la viuda de

1 Sentencia de la Corte de Casación, 10 de Agosto de 1815 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 185).

2 Sentencia de 26 de Julio de 1810 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 186). Esta es la opinión generalmente adoptada (Aubry y Rau, t. I, p. 379, nota 6).

3 Sentencia de Colmar, 14 de Julio de 1836 (Daloz, palabra *Interdicción*, núm. 84. 3º), aprobada por Daloz (palabra *Minoridad*, núm. 187).

un ascendiente, la cual no es ascendiente sino por afinidad (1).

La ley llama también al consejo á los ascendientes válidamente excusados. ¿Quiere decir esto que no debe llamarse á los que no se han hallado en el caso de excusarse porque no debían ser tutores? No, por cierto. Cuando el padre superviviente es tutor ó cuando el que muere el último nombró un tutor testamentario, no es procedente la tutela de los ascendientes, y así, no puede ser el caso de excusarlos. Si se convoca entonces á un consejo de familia, deben ser llamados á él los ascendientes, por más que no estén excusados: son llamados en primer lugar por ser los parientes más próximos del menor, y en segundo lugar, en virtud del artículo 408, como lo vamos á ver en seguida. Puede suceder también que haya ascendientes no excusados, cuando el consejo de familia hace el nombramiento de tutor. Cuando el padre superviviente rehusa la tutela ó se excusa, así como cuando el tutor testamentario se excusa ó ha sido excluído, no pasa la tutela á los ascendientes; por lo que ninguno de ellos habrá que válidamente se haya excusado, lo que ciertamente no impedirá que se le llame al consejo. ¿Por qué, pues, parece que el Código no llama á los ascendientes sino cuando *válidamente se han excusado*? Estas frases deberían suprimirse, porque pueden inducir á error; pero se explica el descuido de redacción. Los autores del Código no hablan de la composición del consejo de familia sino á propósito del nombramiento del tutor dativo; y, en el curso regular de las cosas, no tiene lugar la tutela dativa sino á falta de la de los ascendientes; de modo que si los hay al hacer el consejo el nombramiento de tutor, es que esos ascendientes se habrán excusado (2).

440. Hemos dicho que los ascendientes son llamados al

1 Duranton, t. III, p. 452, nota 2, seguido por todos los autores.

2 Valette acerca de Proudhon, t. II, p. 310, nota. Esta es la opinión de todos los autores.

consejo, de derecho, con igual título que los primos hermanos: cuestión muy controvertida. A nuestro juicio, el texto y el espíritu de la ley no dejan lugar á duda. El artículo 408 dice que si los primos hermanos son seis ó más, todos serán miembros del consejo de familia, el que compondrán con los ascendientes excusados y las ascendientes viudas. Por tanto, si hay seis primos hermanos y dos ascendientes, el consejo se compondrá de ocho miembros, sin que á esto se oponga el primer inciso del artículo 408, según el cual los primos hermanos son los *únicos* exceptuados de la limitación del número establecida por la ley. La objeción no es de mayor peso, puesto que el segundo inciso contesta al decir que los primos hermanos compondrán el consejo *solos*, si son más de seis, pero *con* los ascendientes. Si el primer inciso no habla de primos hermanos, es porque supone que no hay ascendientes; pues en habiéndolos, el segundo inciso quiere que sean llamados. ¿Y por qué no habian de asistir? ¿No son los parientes más próximos, los más afectuosos con el menor? Que se interrogué al corazón humano, y contestará que los ascendientes prevalecen sobre los primos hermanos; razón por la cual deben aquellos ser miembros del consejo cuando no hay primos hermanos. En este sentido se ha formado la jurisprudencia, y la mayor parte de los autores profesan la misma opinión (1).

Hay una opinión contraria. Dicese que los ascendientes no son miembros del consejo de familia y que no son llamados á él sino por consideración á su título, por deferencia, como miembros honorarios (2). Creemos inútil discutir esta teoría, que sobre ser puramente imaginaria y no tener apoyo alguno en el texto ni en el espíritu de la ley,

1 Colmar, 27 de Abril de 1813 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 190), y Tolosa, 5 de Junio de 1829 (*ibid.* núm. 498). Véanse los autores citados en el número 190, agregándose á Aubry y Rau, 4ª edic., p. 380, nota 11.

2 Tal es la opinión de Toullier y de Marcadé. Demolombe la refuta por completo (t. VII, p. 166, núm. 263).

hace ésta, y por cierto muy mal. ¡Cómo! Se llama al consejo, como miembros de derecho, á parientes del duodécimo grado, á afines, á extraños; ¡y no se había de llamar á la madre ni al abuelo del menor! Se necesitaría un texto más que formal para admitir semejante anomalía, íbamos á decir, semejante absurdo. ¡Guardémonos de imputar éste al legislador, siendo así que no ha dicho una sola palabra de la que pueda inferirse que hay miembros honorarios, y que éstos miembros honorarios sean precisamente los parientes más próximos, los más afectuosos con el menor!

Núm. 3.—De los amigos.

441. Si á la distancia legal de dos miriámetros no hay parientes ó afines en número suficiente, puede el juez de paz llamar al consejo á ciudadanos conocidos por haber sostenido relaciones habituales de amistad con el padre ó la madre del menor (art. 409). La ley quiere que las relaciones hayan sido *habituales*, y con razón; porque se prodiga demasiado el título de amigo, siendo así que la amistad no nace, como el amor, por instinto y á primera vista, sino que exige una prolongada intimidad, y solamente los verdaderos amigos serán quienes se interesen por los hijos de sus amigos difuntos. Tal es el sentido de la definición que encontramos en el digesto: "Amicos appellare debemus, non levi notitia conjunctos, sed quibus fuerint jura cum pater familias, honestis familiaritatis quæsitæ rationibus" (1). El juez de paz debe tener presente esta definición constantemente, cuando se ve en la necesidad de elegir amigos para completar el Consejo. Ya no habría garantía alguna para el menor, si el juez llamase al consejo á personas indiferentes con título de amigos, siendo así que pueden verse comprometidos los mayores intereses y la felicidad de toda la vida del menor. Porque el consejo de

1 L. 223, § 1, de V. S. (L. 16).

familia no arregla únicamente intereses pecuniarios, sino que interviene en la educación, consiente en el matrimonio, y así, toma con el tutor el lugar de los padres (1).

442. El artículo 409 da al juez de paz la elección, en caso de insuficiencia de los parientes ó afines presentes, de llamar, bien á parientes que vivan fuera de la distancia legal, bien á algunos amigos. Síguese de aquí que al juez corresponde ver si los amigos presentes han de ser preferidos á los parientes que no residan en el lugar. Los parientes no podrían pedir que se les permitiera asistir al consejo, porque la ley no les concede ningún derecho, sino que les impone una carga, y no son los que tienen que llevarla quienes pueden decidir si tienen título ó capacidad para cumplir con su cometido (2). Se ha resuelto lo contrario, considerándose el parentesco como si diese un título, un derecho, y el alojamiento, como una especie de dispensa, que los parientes pueden renunciar (3). Esto es contrario á la letra de la ley, la cual confiere un derecho al juez de paz y no á los parientes. El espíritu de la ley es que se tome como miembros del consejo á aquellos que sientan más cariño por el menor. Toca al juez de paz apreciar si los amigos presentes deben ser preferidos á los parientes ausentes del lugar donde se abre la tutela.

443. Generalmente, se toman los amigos en la municipalidad misma, dice el artículo 409. Cosa igual acontece con los parientes y los afines (art. 407). Respecto de los amigos, hay todavía una razón más poderosa que respecto de los miembros de la familia, y es que no se puede exigir á extraños que se trasladen y abandonen sus propios negocios por los del menor. ¿Quiere decir esto que el juez de paz no puede llamar al consejo á amigos que residan fuera de la municipalidad? La Corte de Bru-

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, *Comentario*, t. I, p. 435. núm. 609.

2 París, 28 de Febrero de 1814 (Dalloz, palabra *Interdicción*, núm. 88, 2º).

3 Besanzón, 26 de Agosto de 1808, y Ruan, 29 de Febrero de 1816 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núms. 195 y 193, 1º).

selas resolvió, y con razón, que sí tiene el juez esa facultad (1). Puede ser ello necesario, cuando en el lugar no haya personas que puedan consagrarse á los intereses del menor; si fuera de la distancia legal hay amigos capaces y dispuestos á encargarse de una misión poco agradable, mientras que en el lugar no hay más que indiferentes, sería absurdo limitar la elección del juez de paz al territorio de la municipalidad (2).

§ II. DE LA FORMACIÓN DEL CONSEJO DE FAMILIA.

Núm. 1.—Poder del juez de paz.

444. La ley no ha podido por sí misma designar de una manera exacta é invariable á los parientes, afines ó amigos que deberán formar el consejo. Respecto de los parientes y afines, da reglas generales (art. 407); pero se necesita que alguien aplique esas reglas y que, al aplicarlas, goce de una cierta amplitud, ya que no se concibe una aplicación matemática. El pariente más próximo puede ser incapaz, y conviene preferirle á uno por afinidad; entre parientes del mismo grado, el de mayor edad puede ser menos conveniente que el más joven: ¿quién hará la elección? El artículo 407 no lo dice; pero el 409 y el 410, que le completan, sí dicen que el juez de paz. Nada más natural, puesto que él es el único desinteresado, mientras que los parientes y afines, y aun los amigos mismos se hallan divididos por intereses opuestos, ó bien tienen sus predilecciones y sus pasiones. Esto no obsta para que los parientes y los afines den al juez de paz los informes que necesite para hacer sus elecciones con conocimiento de causa, puesto que el juez de paz no puede conocer á todas las familias, aunque es quien escoge y forma el consejo. Los autores

1 Bruselas, 29 de Diciembre de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, 2, 282). En el mismo sentido. Lyon, 14 de Julio de 1853 (*Dalloz*, 1854, 2, 33).

2 En sentido contrario, Sentencia de casación, 19 de Abril de 1850 (*Dalloz*, 1850, 1, 281).

y la jurisprudencia están de acuerdo sobre este punto (1). Se ha resuelto que no es al pariente que provoca la reunión del consejo, á quien corresponde formar éste, sino que tal facultad es exclusiva del juez de paz (2).

445. La facultad del juez de paz ¿es discrecional? Hay casos en que la ley misma le otorga una ilimitada, en el sentido de que ella no puede ser objeto de un recurso. Cuando los parientes ó los afines no son suficientes en número en el lugar, puede el juez de paz llamar á otros, ya sean parientes ó afines que residan á menor distancia, ya sean amigos de la misma municipalidad. Los parientes no podrían quejarse, en este caso, de que el juez de paz los prefiera á los amigos, puesto que tiene facultad para ello. Si no hay parientes en el lugar, puede el juez y aun debe formar el consejo con amigos, como único medio legal de llegar á su formación. Tal fué lo que se hizo en Bélgica respecto del descendiente de un rey, el nieto de Gustavo Adolfo III, cuyo padre fué depuesto del trono de Suecia (3). Otro tanto sucedería en el caso de què hubiese parientes en el lugar, pero que, por el estado de su salud, no estuviesen en condiciones de asistir al consejo (4). Cuando hay parientes capaces en el lugar, el juez no tiene ya una facultad discrecional, antes bien, está ligado por el texto y debe llamar á los parientes (5).

Hay todavía otro caso en que el juez de paz tiene un poder discrecional. Si no hay parientes, puede elegir amigos; siendo de su incumbencia apreciar si las personas á quienes llama al consejo sostuvieron con el padre ó la madre del menor relaciones habituales de amistad. Esa apreciación del juez es muy delicada y, por su propia naturaleza, escapa á toda censura (6). Se ha resuelto, con razón,

1 Aubry y Rau, t. I, p. 382, nota 2.

2 Besanzón, 9 de Abril de 1808 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 199, 2º).

3 Lieja, 22 de Junio de 1842 (*Pasicristia*, 1842, 2, 147).

4 Douai, 4 de Julio de 1853 (Daloz, 1857, 2, 47).

5 Sentencia de casación, 19 de Agosto de 1850 (Daloz, 1850, 1, 281).

6 Douai, 13 de Febrero de 1844 (Daloz, 1845, 2, 152).

que si el juez de paz no encuentra personas que hayan tenido con los padres relaciones habituales de amistad, puede contentarse con personas que conozcan á la familia: esta es una necesidad, y la necesidad tiene fuerza de ley (1).

Cuando decimos que el juez de paz forma el consejo y que, aun en ciertos casos, tiene un poder discrecional, no damos á entender que ese magistrado esté obligado á tomar la iniciativa en la elección y á designar á los parientes afines ó amigos que deban formar el consejo. Pueden serle presentados, y basta que él los acepte. Así quedó resuelto, y ninguna duda cabe sobre este punto (2).

446. Fuera de los casos que acabamos de enumerar, el poder del juez de paz no es discrecional. El art. 407 le sujeta á ciertas reglas; si no las observa, las deliberaciones tomadas por un consejo de familia compuesto de una manera irregular, pueden ser atacadas y puede declararse su nulidad, como más adelante lo veremos. Se pregunta si también puede ser atacada la formación misma del consejo, antes de cualquier deliberación. Hay, desde luego en esto algún punto evidente, á saber: que es imposible cualquier recurso, mientras el consejo no esté constituido, pudiendo libremente el juez de paz modificar la composición que hubiere hecho, hasta el día en que aquél quede constituido. Si, por ignorar que había parientes, llamó á algunos amigos, puede corregir lo hecho y llamar á los parientes. Asimismo, si llamó á título de amigos á personas que ningunas relaciones habituales de amistad cultivaron con los padres del menor, puede escoger otras, sin que las primeramente llamadas tengan derecho á reclamar (3).

Formada la lista y convocado el consejo de familia, ¿puede haber algún recurso contra la formación de la lista

1 Burdeos, 17 de Enero de 1860 (Dalloz, 1860, 2, 95).

2 Colmar, 14 de Julio de 1836 (Dalloz, palabra *Interdicción*, núm. 84, 3º), y Bruselas, 29 de Diciembre de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, 2, 282) y 13 de Agosto de 1857 (*Pasicrisia*, 1858, 2, 188).

3 Aix, 13 de Agosto de 1838 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 199, 1º).

antes de cualquier deliberación? Acerca de este punto, hay dos sentencias contradictorias de la corte de Bruselas, la cual resolvió que los padres á quienes el juez de paz no había llamado podían reclamar, presentando su reclamación ante el consejo (1). Por el contrario, se falló que al juez de paz correspondía estatuir sobre las oposiciones de los parientes á la formación del consejo, y que si á primera vista debiesen someterse aquellas dificultades á los tribunales, dependería de los opositores suspender las deliberaciones, y esto con grave perjuicio del menor (2). Nos parece que la cuestión debe resolverse por la distinción que sirve de base á la teoría de las nulidades en esta materia. Más adelante veremos que hay condiciones de forma necesarias para la existencia misma de un consejo de familia, no considerándose como condición esencial la calidad de los miembros que le componen, toda vez que solamente da lugar á nulidad cuando el interés del menor queda comprometido por la deliberación. Si se admite esta doctrina, hay que decidir que la composición irregular del consejo no puede dar lugar á queja antes de cualquier deliberación, por no poder saberse anticipadamente si esa irregularidad perjudicará al menor; ¿y para qué entablar litigios, suscitar moratorias y estorbar las deliberaciones, cuando éstas, las más de las veces, estarán á cubierto de toda acción de nulidad? Esto importaría perjudicar al menor, á fuerza de querer asegurar sus intereses; y por eso nuestras leyes no hablan más que de las deliberaciones, sin conceder ninguna de ellas recurso contra la formación de la lista antes de comenzar la deliberación.

Núm. 2.—Del domicilio de la tutela.

447. Se entiende por domicilio de la tutela, la munici-

1 Bruselas, 18 de Mayo de 1844 (*Pasicrisia*, 1845, 2, 264).

2 Bruselas, 22 de Junio de 1827 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 169, y *Pasicrisia*, 1827, p. 226).

palidad donde se abre: ¿cuál esa municipalidad? Importa mucho determinarla. Efectivamente, el juez de paz del domicilio donde se abre la tutela es quien forma el consejo de familia, y le forma por lo regular con parientes, afines ó amigos tomados del lugar donde queda abierta la tutela, ó á una distancia de dos miriámetros (art. 407). La composición del consejo depende, pues, del lugar donde se abre la tutela, ó de lo que se llama domicilio de la tutela. Pues bien, tal composición es esencial para garantizar los intereses del menor. Conviene que el consejo esté formado de parientes ó afines próximos en grado, ó de amigos abnegados, y, para conseguirlo, es necesario que se forme en la municipalidad donde reside la familia del menor. Vamos á ver cómo han resuelto este difícil problema la ley, la doctrina y la jurisprudencia.

No tenemos más que una disposición sobre el particular y es la del artículo 406. Después de haber dicho (art. 405) en qué caso hay lugar al nombramiento del tutor por el consejo de familia, el Código agrega: (art. 406) "Este consejo será convocado por el juez de paz del domicilio del menor." Viene en seguida el artículo 407, resolviendo que los parientes ó afines con quienes se forme el consejo de familia se tomen de la municipalidad donde se abre la tutela y á una distancia de dos miriámetros. Lo mismo dice respecto de los amigos el artículo 409. En estos artículos no se trata más que de la tutela dativa, y lo único que resulta de ellos es que dicha tutela se abre en el domicilio del menor, y que ese será el lugar donde se forme el consejo de familia. ¿Qué domicilio es ese? Tal es la cuestión capital. Antes de examinarla, necesitamos ver dónde se abren las demás tutelas.

En la tutela legal, en la testamentaria y en la de los ascendientes, no interviene el consejo de familia para nombrar tutor, sino que éste es nombrado por la ley ó por el padre que muere el último. Sin embargo, estos diversos

tutores deben hacer que se convoque al consejo de familia antes de comenzar su administración, pues tal consejo tiene que ocuparse en los negocios más importantes, por ser el que nombra el segundo tutor, el que especifica la hipoteca legal del menor, cuidando de que se registre, y el que arregla el presupuesto de la tutela. Es, pues, importante determinar la jurisdicción donde haya de reunirse ese consejo, es decir, el domicilio de la tutela. ¿Cuál es ese domicilio? No hay texto para determinarle, porque el artículo 406 se refiere á la tutela dativa; y aunque el 407, colocado en la sección de la tutela dativa, es aplicable á toda clase de tutelas, lo único que dice, es que los parientes ó afines de quienes se forme el consejo de familia, se tomarán del lugar donde se abre la tutela; pero no expresa cuál es ese lugar, tratándose de la legal ó testamentaria. El artículo 421, conforme al cual el tutor legal ó testamentario debe hacer que se convoque al consejo de familia para el nombramiento del segundo tutor, remite á la sección IV para la composición del consejo, pero sin decir dónde habrá de formarse éste. Todos admiten que cuando el padre superviviente es tutor, se forma el consejo de familia en el domicilio de aquél, como domicilio que es también del menor. Tal cosa resulta desde luego del principio general de que todos los actos jurídicos que interesen á una persona se ejecuten en su domicilio; por lo que también la tutela debe abrirse en el del menor, y este domicilio es el mismo que el padre tiene al abrirse aquélla (art. 108). Hay en seguida un argumento por analogía tomado del artículo 406. Si se abre la tutela en el domicilio del menor siendo dativa, debe también abrirse en el mismo domicilio, siendo legal ó testamentaria. Pero aquí, hay más que analogía, hay identidad de motivos. Además, tal cosa se funda también en la razón. El domicilio del menor, al abrirse la tutela legal, es el de su padre; lo más común será que los parientes y afines del menor vivan

donde esté domiciliado el padre; por consiguiente, allí podrá formarse con más facilidad el consejo de familia.

Llegamos á la consecuencia de que el primer domicilio de la tutela es el del padre del menor. Surge ahora la cuestión de si dicho domicilio continuará el mismo por todo el tiempo de la tutela hasta que el menor llegue á la mayor edad, ó si cambia con el del menor. El de éste puede cambiar con frecuencia en el curso de la tutela por ser un domicilio legal. Supongamos que se abre aquélla por el fallecimiento de la madre: en este caso, el domicilio del menor será el del padre, quien le puede cambiar, y á cada cambio del domicilio del padre, cambiará también el del menor. Si debe tener lugar la reunión del consejo de familia durante la tutela del padre, ¿se le formará cada vez en el domicilio actual del menor, es decir, en el del padre, ó permanecerá inmutable el domicilio de la tutela? Supongamos asimismo que muere el padre superviviente después de haber nombrado un tutor testamentario con domicilio distinto del suyo: el menor tendrá, entonces, su domicilio en el de su nuevo tutor: ¿allí también será donde se reuna el consejo de familia? La misma cuestión surge tratándose de la tutela de los ascendientes, como también, tratándose de la dativa. El artículo 406 resuelve, en este último caso, que el consejo de familia llamado á conferir la tutela se formará en el domicilio del menor; pero ¿cuál es ese domicilio? ¿El legal que el menor tiene cuando es el caso de que se le nombre tutor, ó el primitivo de la tutela, esto es, el que el padre tenía al abrirse por primera vez la tutela?

448. La cuestión es muy controvertida, y no escasean los motivos para dudar. Generalmente se conviene en que el domicilio de la tutela es inmutable, quiere decir, que permanece fijo en el lugar donde se abrió aquélla al morir uno de los padres, sean cuales fueren los cambios que sufra el domicilio del menor. Pero, aunque hay acuerdo en

cuanto al principio, dista mucho de haberle acerca de sus consecuencias y de sus excepciones. Si tanta es la incertidumbre en la doctrina y la jurisprudencia, ¿no sería á causa de que es falso el principio mismo? Oigamos desde luego los motivos en que se funda el domicilio inmutable de la tutela.

El primero que sostuvo este sistema ante la Corte de Casación, fué Daniels, eminente jurisconsulto, quien invocó el interés del menor y el peligro que ofrecería para él la movilidad del consejo de familia, si variase con tanta frecuencia como el domicilio legal del menor. Este motivo se ve repetido en todas las sentencias y por todos los autores. ¿No conviene que el consejo se forme donde se hallen los parientes más próximos del menor y á la vez los más afectuosos? Si se forma el consejo donde el tutor tiene su domicilio, ¿no podrá suceder que ni siquiera haya en él parientes? ¿No sería esto un gran peligro para el menor? ¿No podría el tutor trasladar su domicilio para eludir la inspección de la familia y formar un consejo de indiferentes que sacrificarían los intereses del menor? Y, aun haciendo abstracción de cualquier fraude, ¿no es necesario que haya un cierto orden en la dirección y la vigilancia de la tutela? ¿Es concebible una tutela abierta en Lila, que continúe en Marsella y viaje en seguida de Estrasburgo á Rennes? En una sentencia de casación, pronunciada de acuerdo con las conclusiones de Daniels, se encuentra este motivo: "Con frecuencia sería contrario á los intereses de los menores que la convocación de los consejos de familia siguiese los diversos domicilios que pudieran adoptar sucesivamente los tutores" (1). En la sentencia de 1819, se lee que si el consejo de familia debiese seguir á los jueces de paz de los diversos domicilios que sucesivamente pudieran ir tomando los tutores, podría resul-

1 Sentencia de 29 de Noviembre de 1809 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 209, 19, y las conclusiones de Daniels, *ibid.*, núm. 213).

tar el grave inconveniente de substraer á éstos de la vigilancia natural del verdadero consejo de familia y de entregar al menor á la arbitrariedad de consejos extraños á su persona é indiferentes á sus intereses, siendo así que, en general, estos peligros cesan cuando se convoca al consejo de familia en el primer domicilio del menor, como su domicilio natural (1). Los autores reproducen las mismas consideraciones, y es inútil repetirlas (2).

449. Es casi temerario combatir un principio que parece universalmente admitido; pero al observársele más de cerca, se ve que cada quien tiene su sistema y que á cada paso sufre modificaciones ese pretendido principio. Esto nos anima, tanto más cuanto que, en el fondo, nuestra opinión está de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte de Casación. Negábamos que hubiese un domicilio para la tutela, pero ahora sostenemos que el consejo de familia siempre se forma en el domicilio del menor. Comencemos por recordar que este último principio ha sido adoptado por la doctrina y por la jurisprudencia cuando se trata de la primera apertura de la tutela: al fallecer uno de los padres, se abre aquella en el domicilio del menor, es decir, en el del padre difunto ó superviviente. En sí mismo, este principio no es, como lo hemos manifestado, más que la aplicación, á la tutela, del principio general que norma el domicilio; y, hallándose ligado el primitivo de la tutela con el del menor, es de concluirse que el de la tutela cambia con el del menor: consecuencia lógica del principio que

1 Sentencia de Casación, 23 de Marzo de 1819 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 209, 2º). Véanse, en el mismo sentido, las sentencias de Aix, 7 de Marzo de 1846 (Dalloz, 1846, 2, 171); de Nîmes, 2 de Marzo de 1848 (Dalloz, 1848, 2, 58), y de Nancy, 1º de Julio de 1853 (Dalloz, 1854, 2, 234). Las cortes de Bélgica admiten el mismo principio: Bruselas, 8 de Mayo de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, p. 115), 14 de Noviembre de 1829 (*Pasicrisia*, 1829, p. 286) y 2 de Agosto de 1839 (*Pasicrisia*, 1839, 2, 158); Gante, 22 de Mayo de 1841 (*Pasicrisia*, 1841, 2, 293), 5 de Mayo de 1854 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 310) y Corte de Casación, 27 de Enero de 1843 (*Pasicrisia*, 1843, 1, 103).

2 Toullier, t. II, núm. 1114. Duranton, t. III, núm. 453. Valette acerca de Prov-dhon, t. II, p. 313. Marcadé, t. II, p. 204, art. 410, núm. III. Aubry y Rau, t. I, p. 376. Demolombe, t. VII, p. 146, núms. 241 y sig.

acabamos de recordar. La ley no reconoce domicilio alguno inmutable; por el contrario, el domicilio es susceptible de cambiar por su naturaleza, y para que no tuviese lugar esto respecto del de la tutela, sería necesario un texto, ya que tal cosa importaría una excepción de la regla general. ¿Dónde está, pues, el texto que declare inmutable el domicilio de la tutela? En vano le buscamos; ni siquiera hay alguno que determine el domicilio primitivo de la tutela, pues si se le fija en el del menor, es decir, del padre, es por la aplicación que se hace de un principio general; pues bien, ese mismo principio nos obliga, igualmente, á declarar variable el domicilio.

En vano se alegan en contra los inconvenientes y peligros que provienen de los cambios continuos en la composición del consejo de familia: aunque todo eso fuese verdad, no nos es permitido derogar un principio y crear excepciones por vía de interpretación. Pero ¿son, en realidad, tan graves los peligros é inconvenientes? El Código contesta á la objeción. Si el tutor traslada su domicilio para eludir la vigilancia de los parientes más próximos, no tendrán éstos más que dar aviso al juez de paz del nuevo domicilio, y este magistrado cuidará de hacer uso de la facultad que le otorgan los artículos 409 y 410, llamando á los parientes más próximos, cualquiera que sea la distancia de su domicilio, como siempre está autorizado para hacerlo. ¿Se hará ver contra esto lo de los gastos que se originen y que recaerán sobre el menor? Si, como se supone, el tutor es de mala fe, el juez le cargará los gastos; si es de buena fe, estará dentro del derecho común. El interés del menor decidirá; si ese interés exige que se llame á los parientes más próximos, serán llamados, pues la consideración de los gastos no fué óbice para el legislador, y tampoco debe serlo para el juez de paz. En cuanto á la tutela que Daniels hacía viajar de un extremo á otro de Francia y hasta á las colonias, evidentemente es un caso

de rara excepción, si es que alguna vez ha llegado á presentarse. Estas son hipótesis creadas á placer, y si quisiésemos lanzarnos al campo de las hipótesis, fácil nos habría de ser formular más de una en que también faltara el principio de la inmutabilidad del domicilio (1). ¿No prueba esto que debe darse de mano á los hechos accidentales y ajustarse á los principios?

Pedimos un texto legal, que es necesario para que pueda admitirse una excepción. Para hallar uno, Daniels debió haber recurrido al derecho romano. Pues bién, los romanos no sabían qué era consejo de familia, ni, por consiguiente, qué, domicilio de la tutela, tal como la entendemos hoy en día. ¿Qué dicen las leyes romanas? Que, al aceptar la tutela, el tutor se somete á la jurisdicción del lugar donde se confirió aquella (2). El Código de Procedimientos dice también que el tutor será demandado, para la dación de cuentas, ante el juez del lugar donde se confirió la tutela (art. 527). ¿Qué tiene esto de común con la cuestión relativa al lugar donde se ha de reunir el consejo de familia cuando ha cambiado el domicilio del menor?

450. Aunque al parecer contraria á la que ha autorizado la Corte de Casación, nuestra opinión no se aleja tanto de esa, como á primera vista pudiera creerse. La dificultad se presenta en dos hipótesis. Desde luego, cuando hay lugar á un cuambio de tutela: este caso es el de substituir á un tutor que ha fallecido, y se pregunta dónde se convocará el consejo de familia. Nosotros decimos que en el domicilio del menor; pero la Corte de Casación dice que en el primitivo de la tutela. En la apariencia, estas dos decisiones son distintas; más en realidad, concuerdan, cuando menos la mayor parte de las veces. Supongamos que muere el tutor testamentario: será entónces reemplazado por un tutor dativo. En nuestro concepto, el consejo de

1 Véase el ejemplo propuesto por Marcadé t. II, p. 205, art. 410, núm. II.

2 L. 45. D., *de judic.* (V, 1). L. 1, C., *ubi de ratiociniis* (III, 21).

familia deberá reunirse en el domicilio del menor; pero ¿cuál es ese domicilio? El menor tiene uno de origen, que es el de su padre; cuando el padre tutor es reemplazado por un tutor testamentario, el domicilio de origen es reemplazado también por el del nuevo tutor; pero si éste muere, cesa el nuevo domicilio en el momento de morir el tutor, porque, quedando destruída la tutela, quedan rotos todos los vínculos, todas las relaciones legales que había entre el menor y su tutor. ¿Cuál será, pues, el domicilio del menor, mientras tenga un nuevo tutor? La Corte de Casación dice que el menor recobra su domicilio natural, es decir, el de su padre; y, en efecto, no hay otro que pueda atribuírsele, de modo que en el que tenga el padre al abrirse por primera vez la tutela será donde se reuna el consejo de familia, y también allí estará el domicilio de la tutela. Sobre este punto, nuestra opinión está de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte de Casación (1).

Sin embargo, hay un caso en que ya no concuerdan las dos opiniones. El padre superviviente ejerce la tutela, y muere; es el caso de nombrar tutor dativo: ¿dónde habrá de reunirse el consejo de familia? Según nuestra opinión, en el último domicilio del padre, domicilio que subsiste por hacer veces de domicilio originario del menor, ya que, efectivamente, el domicilio que tiene el padre al morir es el de origen del menor. En el sistema de la inmutabilidad del domicilio, sería necesario, por el contrario, concluir que el consejo de familia deberá reunirse en el domicilio que tenía el padre al abrirse la tutela por el fallecimiento de la madre, porque allí estaba el domicilio de la tutela. ¿Cuál de las dos opiniones es la más conforme con los principios? La pretendida inmutabilidad del domicilio de la tutela absolutamente carece de apoyo legal; es una teoría introducida en el Código y que deroga los principios relativos al

1 Véase la sentencia antes citada de la Corte de Casación, 23 de Marzo de 1819, y las observaciones del consejero relator Mesnard, con ocasión de la sentencia de 1846, de que vamos á hablar (Dalloz, 1846, 1, 131).

domicilio, mientras que nuestra opinión es la aplicación rigurosa de esos principios; y con esto queda resuelta la dificultad. Lo que habla en favor de nuestra opinión, es que la Corte de Casación misma ha vuelto á profesarla, al admitir una excepción de la doctrina que con sus primitivas sentencias consagrara. Ha resuelto, pues, que cuando la tutela se abría por la muerte de la madre superviviente y tutora, el consejo de familia debía celebrarse en ese domicilio. Los actores en casación se apoyaban en el sistema de la corte, tal como resultaba de las sentencias de 1809 y 1819; lógicamente la corte de Casación habría debido admitir que el domicilio de los padres difuntos determinaba irrevocablemente el lugar de la apertura de la tutela y de la convocatoria del consejo de familia; mientras que ella se fundó en el domicilio del menor, que, en el caso, era el del padre que murió el último (1).

La Corte de Casación ha admitido otra excepción mucho más grave de la doctrina consagrada por su primitiva jurisprudencia. En 1846, había resuelto que cuando la tutela estuviese definitivamente organizada, debía convocarse al consejo de familia en el domicilio del tutor, aun cuando ese domicilio no fuese el de la apertura primitiva de la tutela. Así, pues, la Corte abandona el principio del domicilio inmutable para todas las deliberaciones que deben celebrarse en el curso de la tutela; y, sin embargo, agrega una restricción: "Con tal que los intereses del menor no puedan sufrir perjuicio alguno." Ella misma había invocado, en sus primeras sentencias, el interés del menor, para establecer el principio de la inmutabilidad del domicilio; y de allí la reserva que hizo en la sentencia de 1846 (2). El consejero relator Mesnard decía que el interés del menor exigía ordinariamente que se convocara al consejo

1 Sentencia de 10 de Agosto de 1825 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 210). Compárese una sentencia de Metz, 7 de Marzo de 1867 (Dalloz, 1867, 2, 60).

2 Sentencia revocatoria, 4 de Mayo de 1846 (Dalloz, 1846, 2, 129).

en el domicilio del tutor, y que de ese modo se podía obtener inmediatamente una autorización, en lugar de solicitarla de lejos y con grandes retrasos. Después de todo, los tribunales podrán apreciar la deliberación del consejo de familia, y anularla si los intereses del menor no han sido suficientemente asegurados.

Los autores critican acaloradamente esta jurisprudencia, la cual carece de claridad y firmeza, dice Demolombe; llegando Dalloz hasta á calificarla de deplorable (1). A nuestro juicio, la Corte Suprema ha vuelto á los verdaderos principios ateniéndose al domicilio del menor: es el único motivo jurídico para decidir, si bien es cierto que la Corte se contradice á sí misma; porque después de haber establecido el principio de la inmutabilidad del domicilio de la tutela, le declaró variable. Por el contrario, era menester asentar como principio que no hay domicilio para la tutela, sino solamente uno del menor, domicilio que determina el lugar donde se abre la tutela y aquél donde se reúne el consejo de familia. Los autores se hallan divididos como la jurisprudencia (2).

451. No hay que confundir la cuestión de la inmutabilidad del consejo de familia con la de su permanencia. Regularmente el mismo juez de paz será el que convoque al consejo, en la misma municipalidad, todo el tiempo de la tutela; pero ¿debe convocar á los mismos miembros? La permanencia del consejo sería, en algún sentido, ventajosa para el menor, puesto que daría continuidad y unidad á la dirección de los intereses morales y pecuniarios de que el consejo está encargado; pero antes de ver si la permanencia es útil, debe examinarse si es legal. Ahora bien, basta abrir el Código para convencerse de que el consejo no es un cuerpo permanente, pues las mismas re-

1 Demolombe, t. VII, núm. 251. Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 214.

2 Demolombe, t. VII, p. 174. núm. 278. Ducaurroy, *Comentario*, t. I, p. 436, núm. 609.

glas que la ley establece para la formación del consejo de familia demuestran que se halla en el caso de variar de una reunión á otra. El juez de paz debe llamar al consejo á los parientes más próximos que se hallen en el lugar; si uno de los citados se separa del lugar y otro, también próximo, se establece allí, estará obligado el juez de paz á tomar en consideración esos cambios, debiendo citar para nueva deliberación al pariente más próximo que se encuentre en el lugar, sin poder citar al menos próximo que viva fuera de la distancia legal (arts. 407-410). Tal es también la opinión común, no dudosa, por más que haya una sentencia en sentido contrario (1).

§ III. CONVOCACIÓN DEL CONSEJO.

452. El consejo de familia se convoca, sea en virtud de un auto, sea en virtud de una autorización emanada del juez de paz. Este magistrado puede ordenar ó autorizar la convocación, ya de oficio, ya á petición de parte.

El juez de paz convoca de oficio al consejo cuando se trata de nombrar tutor y de substituirle (art. 406). Los artículos 446 y 426 le obligan también á convocar de oficio al consejo cuando deba destituirse al tutor. ¿Son limitativas estas disposiciones? Prescriben ellas al juez lo que debe hacer, pero no señalan el límite de lo que puede hacer. Presidente nato del consejo, llamado á vigilar los intereses del menor, puede ciertamente convocar al consejo cuantas veces lo exijan los intereses del menor (2).

La ley indica, en los diversos casos, las personas que tienen derecho de pedir la reunión del consejo. Si del nombramiento de un tutor se trata, la ley concede ese derecho á los parientes y á los acreedores del menor, así como á

1 Sentencia de Ruán, 9 de Diciembre de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 166). En dicha sentencia se lee, no sin asombro, que la permanencia del consejo de familia en su composición es un principio cierto!

2 Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 204. En sentido contrario, Magnin, t. I, núm. 321.

cualquier interesado (art. 406). Esté artículo 406 no habla de los afines; pero en materia de tutela, los afines están, en principio, en la misma categoría que los parientes (1). No siempre son llamados de una manera ilimitada éstos y aquéllos, como en el caso del artículo 406; cuando se trata de la destitución de un tutor, no pueden pedir la convocación más que los parientes ó los afines del menor, en grado de primo hermano ó en otros más próximos. Se explica esta redacción, por la gravedad de la medida sobre la cual debe deliberar el consejo (art. 446). No obstante, cuando el tutor está sujeto á destitución por no haber hecho que se nombrara segundo tutor, la ley permite de nuevo á cualquier pariente, y por tanto, á cualquiera de los afines que soliciten la convocación del consejo (art. 421). En estas mismas circunstancias, los acreedores del menor y otros interesados pueden igualmente solicitar la convocación del consejo (arts. 406 y 421), debiendo entenderse por interesados aquellos que, como los acreedores, tienen un interés pecuniario.

El artículo 406 no menciona al segundo tutor entre las personas que pueden pedir la convocación del consejo, porque supone que todavía no hay segundo tutor en el momento de ser convocado el consejo de familia para nombrar tutor dativo. Así sucede cuando el padre superviviente rehusa la tutela ó se excusa. Ordinariamente habrá segundo tutor, porque la tutela dativa no viene sino en último lugar. Cuando queda vacante la tutela, al segundo tutor es á quien de una manera especial impone la ley el deber de convocar al consejo para el nombramiento de nuevo tutor (art. 424). Es también el que debe convocar al consejo para deliberar sobre la destitución del tutor (art. 446).

La ley no habla del tutor, pero excusado es decir que tiene el derecho y la obligación de pedir la convocación del

1 Demante dice que inadvertidamente omitió el artículo 406 nombrar á los afines (t. II, p. 230, núm. 153, *bis*, II).

consejo en todos los casos en que se necesita una autorización en virtud de la ley. Puédolo también, aunque ella no exija la autorización, cuando crea que debe consultar al consejo. Quien quiere el fin quiere los medios.

453. La ley no menciona á los oficiales del Ministerio público entre las personas que pueden pedir la convocación del consejo de familia; pero es de jurisprudencia que no corresponde al Ministerio público esa facultad. La Corte de Casación casó una sentencia de la de París, que había ordenado se convocara al consejo, de acuerdo con las conclusiones del Procurador General, y anuló las deliberaciones que se habían tenido á consecuencia de aquella convocación irregular. La referida resolución se fundó en el principio de que el Ministerio público no tiene facultad para promover por vía de acción, en materia civil, fuera de algunos casos especiales determinados por la ley; y de allí dedujo la Corte que ninguna facultad tenía el Ministerio público en los casos no especificados. El artículo 46 de la ley de 20 de Abril de 1810 ha dado lugar, en estos últimos años, á discusiones acaloradas. Nosotros hemos admitido como principio que el Ministerio público puede promover de oficio cuando persigue la ejecución de leyes que interesen al orden público (1). Según esto, habría que decir que el Ministerio público puede pedir la convocación del consejo de familia, cuando es el caso de proceder al nombramiento ó á la destitución de un tutor, ó bien de adoptar algunas medidas en beneficio del menor; pero, á nuestro juicio, el principio tiene una restricción. El Código reglamenta, hasta en los menores detalles, todo lo concerniente á la convocación del consejo, designando con escrupuloso cuidado las personas que pueden solicitar la convocación, y no cita al Ministerio público entre ellas. ¿Puede una ley general, tal como la de 1810, derogar los principios espe-

1 Véase el tomo II de estos *Principios*, núm 498.

ciales del Código Civil? No lo creemos. Hay que decir, con la Corte de Casación, que, al no designar el artículo 406 al Ministerio público entre las personas que pueden pedir la convocación del consejo de familia para el nombramiento de un tutor, su derecho se limita á poder denunciar, como cualquier otra persona, ante el juez de paz, el hecho que debe dar lugar al nombramiento del tutor. No teniendo el Ministerio público facultad para pedir, no tienen los tribunales la de resolver sobre su petición; y de aquí la nulidad de las deliberaciones ordenadas sin derecho. Los autores están, en este punto, de acuerdo con la jurisprudencia (1).

454. El artículo 406 agrega que cualquier persona podrá *denunciar* al juez de paz el hecho que diere lugar al nombramiento de un tutor. Hay diferencia entre el derecho de *denuncia* y el de *petición*. El juez de paz está obligado á convocar al consejo cuando se le requiere por los que tiene derecho de pedir la convocación. Si no lo hace, los peticionarios pueden atacar su mandamiento en apelación, y si no ha expedido mandamiento, pueden ocurrir en queja. Empero, la *denuncia* tiene por objeto únicamente poner los hechos en conocimiento del juez de paz, para que proceda como corresponda (2).

455. La convocación se hace por medio de un citatorio extrajudicial que se notifica á los miembros del consejo de familia. Estos emplazamientos pueden darse, ó por el juez de paz, ó por el pariente que pidió la convocación; la ley no exige de una manera formal que se hagan las citaciones en nombre del juez de paz (3). La citación legal exige la intervención de un portero de estrados, aunque también puede hacerse mediante un simple aviso ó por carta, y hasta verbalmente. Pero las citaciones extralegales, si

¹ Sentencia de Casación, 11 de Agosto de 1818 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 205).

² Mourlon, *Repeticiones*, t. I, p. 538.

³ Aix. 24 de Agosto de 1809 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 203).

bien tienen la ventaja de disminuir los gastos, ofrecen un inconveniente muy grave, y es que los parientes á quienes no se hubiere citado en forma, podrán atacar la deliberación, porque no puede haber consejo sin convocación legal.

La ley fija el plazo en que los parientes deben comparecer, el cual es de tres días para los que residen á la distancia legal de tres miriámetros; siendo mayor la distancia, se aumenta un día por cada tres miriámetros (art. 411). Es necesario un plazo, en primer lugar para dar tiempo á los parientes de arreglar sus asuntos, y en segundo para que puedan tomar datos sobre el objeto de la deliberación. Sobre este punto, hay un vacío en la ley, la cual debió haber prescrito que se indicara en la convocatoria el objeto de la deliberación, pues se delibera mal cuando no ha habido preparación para deliberar.

456. El artículo 413 establece: "Todo pariente, afín ó amigo citado, y que, sin excusa legítima, no comparezca, incurrirá en una multa que no podrá exceder de cincuenta francos y que, sin apelación decretará el juez de paz." La tutela es una carga que nadie, por regla general, puede rehusar. Lo mismo tiene que ser, con mayor razón, respecto de las funciones menos penosas de miembro del consejo de familia. Cuando de la tutela se trata, la ley establece las excusas que el tutor puede hacer valer, mostrándose más obvia en cuanto á la asistencia á las deliberaciones del consejo: el miembro que tiene alguna excusa debe proponerla al juez de paz, quien la apreciará. Si hay miembros que no se presenten ni den excusa, el juez de paz los condenará á una multa, sin apelación, dice la ley. A pesar de esto, oirá las excusas que el pariente ausente haga valer, si ha tenido razones para no darlas á conocer antes de la reunión. Excusado es decir que la multa no se puede decretar sino contra el miembro legalmente citado; porque quien lo ha sido de una manera amistosa no fué

citado en el sentido legal de la palabra, y así, no puede ser condenado á la multa.

Un juez de paz había condenado á la multa á dos parientes que, habiendo obsequiado la convocatoria, se habían negado á deliberar, porque, según ellos, el consejo se había formado de una manera irregular; pero la resolución del juez de paz fué casada, y con razón, porque no se puede aplicar una pena por analogía, toda vez que no hay pena sin ley penal (1).

457. Los miembros del consejo pueden hacerse representar por un mandatario especial (art. 412). Esta disposición es excepcional, porque generalmente hablando, el que forma parte de un cuerpo deliberante debe asistir á él personalmente, pues la función que debe desempeñar es esencialmente personal. Esto acontece, sobre todo, respecto de los miembros del consejo de familia: la ley quiere que se tomen entre los parientes más próximos, entre los más adictos al menor; ¿y pueda transmitirse el cariño, el interés moral, por medio de la procuración? Tomados, como lo son por lo regular, los miembros del consejo en el lugar, había una razón más para exigir su presencia. Por equidad, por indulgencia, es por lo que el Código deroga el rigor de los principios.

El Código no exige que sea auténtico el mandato, sólo quiere que sea especial. Esto no es decir que el mandante prescriba al mandatario lo que debe decir y hacer, ya que el mandato no puede ser imperativo, porque estaría en oposición con el objeto de la deliberación; en la discusión es donde se forman las opiniones, y, por lo mismo, es necesario que todos los miembros gocen de la más completa libertad (2).

1 Sentencia de casación, 10 de Diciembre de 1828 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 220).

2 Metz, 24 Brumario, año XIII (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 163, 19). Una sentencia de París de 26 de Abril de 1851, se limita á resolver que el mandato no habrá de indicar la opinión que el mandatario deba emitir (Daloz, 1852, 2, 174).

El artículo 412 agrega que el apoderado no puede representar á más de una persona: consecuencia de lo personal de la función que el mandatario debe desempeñar. Si sólo se tratara de dar un voto, podría un mandatario, en rigor, votar por todos los miembros de un consejo; pero hay que deliberar antes de votar, y no se concibe que un sólo miembro emita un parecer distinto, combatiéndose en cierta manera á sí mismo. Síguese de aquí que un miembro presente no puede al mismo tiempo ser mandatario de un miembro ausente, porque tendría que representar á dos personas, ni más ni menos que un mandatario que representara á dos parientes (1).

Puesto que el mandatario hace las veces de miembro del consejo, síguese que el incapaz para ser miembro del consejo, lo es por lo mismo, para ser mandatario. Esto quedó resuelto ya respecto del menor (2). Ciertamente es que el menor emancipado puede ser mandatario (art. 1990); pero esto supone un mandato conferido únicamente por interés del mandante, mientras que en las deliberaciones del consejo se trata esencialmente de los intereses del menor. La mujer puede también ser mandataria, y sin embargo, no podría ciertamente representar á un miembro del consejo, puesto que la ley la declara incapaz para asistir al consejo de familia (art. 442).

458. Si un miembro del consejo de familia deja de comparecer y se admite su excusa, toca al juez de paz decidir si conviene esperar á dicho miembro ausente, ó substituirle; por lo mismo, puede aplazar la asamblea ó prorrogarla. El artículo 414 agrega que el juez de paz tiene esa facultad, siempre que parezca exigirlo el interés del menor. *Aplazar* la asamblea, es diferir la deliberación sin designar día para ello (3); *prorrogarla*, es diferir ó continuar la de-

1 Turín, 20 de Febrero de 1807 (Dalloz, palabra *Interdicción*, núm. 256, 7º).

2 Orleáns, 12 de Enero de 1850 (Dalloz, 1850, 2, 60).

3 Según el Diccionario de la Academia, *aplazar* quiere decir diferir para un cierto día ó para un día indeterminado; y *prorrogar* significa diferir la deliberación para un día cierto.—N. del C.

liberación en un día fijo. En el primer caso, se necesita nueva convocación, guardándose los términos; en el segundo, no se necesita la convocación respecto de los miembros presentes, pues el hecho de la prórroga es aviso suficiente para ellos (1). Esta disposición deroga el derecho común, según el cual los cuerpos deliberantes mismos son los que se aplazan para un día fijo ó indeterminado. La ley da esta facultad al juez de paz, por ser el único desinteresado en los debates, pues sería de temer que la mayoría quisiese aprovecharse de la ausencia de un pariente para ganar la deliberación, ya que frecuentemente se da el caso de que las dos familias que componen el consejo estén divididas en intereses ó en pasiones, y entonces el juez de paz ejercerá un poder moderador.

§ IV. DELIBERACIÓN.

459. La asamblea se celebra de pleno derecho en casa del juez de paz (art. 415), por una razón de conveniencia y dignidad. No obstante, la ley permite que se designe otro local, tal como el juzgado de paz ó la casa de uno de los miembros del consejo. Las sesiones de éste no son públicas. Según el artículo 8º del Código de Procedimientos, las audiencias de los juzgados de paz son públicas, y nuestra Constitución ha hecho de la publicidad un principio de derecho público, no sólo para los tribunales (art. 96), sino también para todos los cuerpos políticos, como las dos Cámaras (art. 33), las asambleas provinciales y las concejales (art. 108, núm. 3). La publicidad es el alma de los gobiernos libres; pero supone que las asambleas deliberan sobre intereses generales, mientras que los consejos de familia arreglan exclusivamente intereses de carácter privado. Mas si la deliberación no interesa á terceras personas, no sucede lo mismo con las resoluciones,

1 Duranton, *Curso de Derecho francés*, t. III, p. 450, núm. 457, nota 2.

las cuales indudablemente importa conocer á quienes tienen que tratar con el tutor. A pesar de esto, la ley no prescribe, ni siquiera autoriza ninguna publicidad; en lo cual hay un vacío. Se ha resuelto que el depósito de las minutas de actos emanados de los consejos de familia, en los archivos de los juzgados de paz, tiene lugar por interés de la familia, no para entregar al público el secreto de las deliberaciones, y que, por consiguiente, el archivero no está obligado á dar á todo el que la pida, copia de esas deliberaciones (1); hay que agregar que ni siquiera está autorizado para ello.

460. El artículo 415 establece que se necesita la presencia, por lo menos, de tres cuartas partes de los miembros *convocados*, para que pueda el consejo deliberar. A propuesta de la sección de Legislación del Tribunado, fué como se agregó la palabra *convocados*, á fin de expresar que el juez de paz no está comprendido en el cómputo de las tres cuartas partes; y como, por lo regular, el consejo se compone de seis miembros, serán necesarios cinco, además del juez de paz, para que la asamblea pueda deliberar. El Tribunado quería que siempre hubiese por lo menos tres parientes de cada una de las dos líneas, para que pudiese el consejo deliberar (2).

Cuando se hallan presentes las tres cuartas partes de los miembros, el consejo puede deliberar. Poco importa que por cualquier motivo rehusen algunos de ellos tomar parte en la deliberación: la ley exige únicamente su presencia, y con razón. Si hubiese prescrito que las tres cuartas partes tomaran parte en la deliberación, la minoría habría podido impedir toda resolución, lo cual habría comprometido los intereses del menor (3).

461. El Código no dice qué mayoría se requiere para

1 Sentencia revocatoria de la Corte de Casación, 30 de Diciembre de 1840 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 259).

2 Observaciones del Tribunado, núm. 13 (Locré, t. III,

3 Bruselas, 15 de Marzo de 1806 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 175, 19).

las resoluciones; se limita á dar al juez, en caso de empate, voto de calidad. Generalmente está admitido que se necesita la mayoría absoluta, es decir, la mitad de los votos, más uno (1). Esta es la regla para toda asamblea deliberante, regla que resulta de la naturaleza de las cosas. Cuando se compone el consejo de seis miembros, y dos de ellos se declaran por una opinión y los otros cuatro por otras diferentes, no se dirá, por cierto, que aquellos dos votos constituyen mayoría, porque la opinión que los tiene en su favor tiene cuatro en contra. De aquí se sigue que es necesaria la mitad de votos, más uno, para que se pueda decir que hay mayoría. A veces las leyes se contentan con la mayoría relativa; pero como el Código no hace semejante excepción respecto de las deliberaciones del consejo de familia, hay que estarse á la regla general. En este sentido se ha formado la jurisprudencia francesa (2). Hay una sentencia en sentido contrario de la Corte de Gante, la cual resuelve que es suficiente la mayoría relativa (3). La Corte invoca el silencio de la ley: si, dice aquí, el legislador hubiese querido la mayoría absoluta, no habría omitido expresarlo, como cuida de hacerlo cuando no se conforma con la mayoría relativa. Creemos que, por el contrario, el silencio de la ley atestigua contra el sistema de la Corte. Únicamente la mayoría absoluta es verdadera mayoría, y por eso es la regla en todo cuerpo deliberante, mientras que la mayoría relativa es una ficción, como lo acabamos de demostrar. Pues bien, dado el silencio de la ley, ¿debe admitirse que ella se ha referido á la realidad ó á la ficción, á la regla ó á la excepción? La Corte objeta que es difícil obtener mayoría absoluta, y que las moratorias consiguientes pueden comprometer los intere-

1 Véanse los autores citados por Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 228, á los cuales deben agregarse Aubry y Rau, 4ª edición, p. 384. nota 14.

2 Metz, 16 de Febrero de 1812 (Dalloz, palabra *Interdicción*, núm. 158), y Aix, 10 de Marzo de 1840 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 228).

3 Sentencia de 24 de Junio de 1834 (*Pasicrisia*, 1834. 2. 149).

ses del menor. Muchas veces hemos contestado argumentos de esta naturaleza, remitiéndonos al legislador. ¿Por ventura, carece de inconvenientes la mayoría absoluta? Cuando, en una asamblea compuesta de siete miembros, resulta nombrado un tutor por mayoría de dos votos, ¿se dirá que ese tutor salió electo por el consejo, habiendo tenido cinco votos en contra? Tuvo contra sí, á la mayoría absoluta, y, consiguientemente, al consejo, que no le quiso como tutor. De aquí desavenencias y conflictos en todo el curso de la tutela. Hagamos, pues, á un lado los inconvenientes, porque los hay en cada sistema, y resolvamos las cuestiones de derecho por los principios, en lugar de resolverlas por consideraciones de hecho.

462. Se discute el sentido del artículo 416, que da al juez de paz voto de calidad en caso de *empate*. El *empate* supone dos opiniones encontradas, cada una de las cuales alcanza igual número de votos; entonces es menester *desempatar* la asamblea. ¿Quién hará esto? Tal es la cuestión que resuelve el artículo 416, y lo prueba la discusión. En efecto, el proyecto decía: "En caso de *empate*, y si el consejo no puede ponerse de acuerdo sobre la elección del miembro *que decida el empate*, será nombrado por el juez de paz." Tronchet propuso que se comisionara al juez de paz para que resolviera el empate, concediéndole voto de calidad. El consejo está compuesto de seis miembros, incluso el juez de paz; tres de esos miembros votan por Pedro y los otros tres por Pablo: aquél por quien hubiere votado el juez de paz, será el tutor. Tal es también el sentido de la palabra *empate* en el artículo 118 del Código de Procedimientos (1).

El artículo 416 no prevé el caso en que se formen más de dos opiniones en el seno del consejo. ¿Cómo se llegará entonces á una mayoría absoluta? Los autores se hallan

1 Duranton, t. III, p. 458, núm. 466, seguido por la mayor parte de los autores Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 229).

muy divididos en sus opiniones. Realmente, hay un vacío y es difícil llenarle. ¿Se aplicará el artículo 117 del Código de Procedimientos, conforme al cual los jueces más débiles en número están obligados á adherirse á una de las dos opiniones que se hubieren emitido por el mayor número? (1). Esto nos parece inadmisibile, pues sería necesario un texto para obligar á la minoría del consejo á que cambiara de opinión. El artículo 117 es una disposición absolutamente excepcional; luego no puede extenderse por analogía. ¿Se llamará á uno ó varios miembros nuevos? (2). El texto del Código se opone á ello, desde el momento en que señala el número de miembros por cada línea (art. 407). ¿Habrá que contentarse con la mayoría relativa? (3). El legislador habría podido decidirlo así, pero no el intérprete, sin duda alguna, puesto que no puede más que aplicar los principios generales; y la mayoría relativa es una excepción, una verdadera ficción. ¿Se ocurrirá al tribunal? (4). Pero ¿con qué objeto? ¿acaso el tribunal ha de reemplazar al consejo de familia? Esto no puede ser. ¿Ordenará el tribunal que se convoque al consejo nuevamente? No le corresponde hacer esa convocatoria, sino al juez de paz. ¿Por qué no lo había de hacer el juez de paz? Este es el único camino legal para salir de semejante callejón sin salida, salvo el derecho de la minoría para impugnar la deliberación ante los tribunales (5).

463. ¿Tienen que ser motivadas las deliberaciones del consejo de familia? Por regla general, no, puesto que el Código no lo exige, y no puede invocarse el artículo 97 de la Constitución, que quiere que toda sentencia sea motivada, por no ser sentencias los dictámenes del consejo. Por el contrario, el Código decide implícitamente que las

1 Marcadé *Curso elemental*, t. II, p. 210 (art. 416, núm. I).

2 Durantón, *Curso de Derecho francés*, t. III, núm. 466.

3 Marcadé, *Curso elemental*, t. II, p. 211, art. 416, núm. II.

4 Ducaurroy, *Comentario*, t. I, p. 440, núm. 614.

5 Demolombe, t. VII, p. 194, núm. 317. Aubry y Rau, t. I, p. 385, nota 16. Sentencia de Aix, 10 de Marzo de 1840 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 228).

deliberaciones no deber dar á conocer los motivos. "Toda deliberación, dice el artículo 447, que declare la exclusión ó la destitución del tutor, será motivada." Esta es una excepción, fundada en el carácter particular de esta deliberación, que es un verdadero fallo; pero la excepción confirma la regla. La disposición del artículo 447 no puede hacerse extensiva. Se ha resuelto que ese artículo no debía aplicarse al caso en que la madre no fuese mantenida en la tutela; y, efectivamente, no es destitución la que declara el consejo cuando no conserva en la tutela á la madre casada segunda vez, y por esto se vuelve á la regla general (1). La regla es, pues, que los dictámenes no deben estar motivados.

¿Ha derogado, en este punto, el Código de Procedimientos el Civil? Según el artículo 883, "siempre que no sean unánimes las deliberaciones del consejo de familia, se hará mención en el acta de la opinión de cada uno de los miembros que le componen (inclusive el juez de paz)." La Corte de Bourges resolvió que la mención del parecer importa la de los motivos en que se hubiere fundado (2); pero no es exacto, pues muy bien puede darse una opinión sin motivarla, y, tratándose de cuestiones de personas, es concebible que los miembros del consejo no quieran motivar su voto. Batará que le den á conocer cuando se ataque la deliberación ante los tribunales. En este sentido se ha formado la jurisprudencia (3).

464. El Código Civil llama *deliberación* á las resoluciones que toma el consejo de familia, en tanto que el Código de Procedimientos las llama *parecer*. Esto no es más que diferencia de nombres; los principios que rigen los pareceres y las deliberaciones son idénticos. Las resoluciones

1 Sentencia de Casación, 17 de Noviembre de 1813 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 238).

2 Bourges, 8 de Junio de 1813 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 243).

3 Sentencia de Casación, 17 de Noviembre de 1813 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 238. Bruselas, 26 de Julio de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, p. 218).

del consejo se ejecutan generalmente por sí mismas; es el derecho común para todo cuerpo deliberante. Hay una excepción de esta regla para los casos en que exige la ley la homologación ó confirmación del tribunal. Siendo esta una excepción, resulta ser necesaria una disposición formal para que deban confirmarse las deliberaciones del consejo (1). Es procedente esa confirmación cuando el consejo de familia autoriza al tutor para transigir, enajenar un inmueble del menor, hipotecar ó recibir en préstamo, ó cuando estatuye sobre la exclusión ó la destitución de la tutela, si no se adhiere á esa deliberación el tutor excluido ó destituido (arts. 467, 458 y 448).

El Código de Procedimientos traza el camino que debe seguirse para llegar á la homologación. Regularmente el tutor es el que la pide, ó bien un miembro del consejo á quien especialmente se comisione para ello. Si no se pide la confirmación dentro del plazo fijado por la deliberación, ó, si no hubo plazo, dentro de los quince días, podrá cualquiera de los miembros del consejo pedirla contra el tutor, á costa de éste y sin repetición. Los miembros de la asamblea que estimaren deber oponerse á la homologación, lo manifestarán así en una acta de que se instruirá al encargado de pedirla; y si, después de esa notificación, no se cita á aquellos para contradecirla ante el tribunal, podrán oponerse á la sentencia de confirmación (2).

El tribunal de primera instancia es el llamado á homologar ó confirmar las deliberaciones del consejo de familia, salvo el derecho de apelación. El juez de paz no está facultado para confirmar, y, por tanto, el tribunal no puede fallar en última instancia (3). En consecuencia, él será siempre el que deberá homologar. Si deniega la confirma-

1 Tal es la opinión general, excepto la de Magnin (Aubry y Rau, t. I, p. 387, nota 10).

2 Código de Procedimientos, arts. 887 y 888.

3 Sentencia de Casación del 15 Ventoso, año XIII (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 265).

ción, y la Corte de Apelación resuelve que es procedente, devolver los autos al tribunal de primera instancia para que decrete la homologación (1).

La homologación es una aprobación. Si el tribunal resuelve que no es de aprobarse la deliberación del consejo, denegará su confirmación, á salvo el derecho del consejo mismo para modificar su dictamen. Pero no es el tribunal el que debe cambiar la deliberación, substituyendo su parecer al del consejo, pues esto sería más bien anulación que homologación. La Corte de Dijón, llamada á confirmar la deliberación de un consejo que había autorizado al tutor para enajenar inmuebles hasta por la cantidad de 260,000 francos, comenzó por reducir las deudas de 10,000 francos; ordenó en seguida que se procediese á la venta de otros inmuebles distintos de los designados por el tutor y el consejo de familia, y prescribió por último, que se solicitara un préstamo de 50,000 francos. Esta sentencia fué casada, por haberse excedido el tribunal de sus facultades. El derecho de confirmar, dijo la Corte de Casación, no permite á los tribunales que se substituya al consejo de familia, y que de oficio dicten medidas que no hayan sido pedidas ni deliberadas (2).

¿Qué objeto tiene la homologación? El tribunal que confirma una deliberación, la aprueba en el fondo, dándole un carácter ejecutorio, aunque sin resolver que esa deliberación haya sido regular, válida en cuanto á su forma. No es, como lo dice la Corte de Casación, más que un acto de vigilancia judicial prescrita por la ley para proteger el interés de los menores y asegurar la buena administración de sus personas y sus bienes. Así, pues, la confirmación no da á la deliberación un valor que por sí misma no tiene, de modo que si ésta es nula, continúa siéndolo, á pe-

1 Lieja, 5 de Abril de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, p. 97).

2 Sentencia de Casación, 9 de Febrero de 1863 (*Dalloz*, 1863, 1, 85).

sar de la confirmación (1). Ni siquiera puede decirse, con la Corte de Gante, que la confirmación hace presumir el cumplimiento de las formalidades de la ley (2), toda vez que no hay presunción sin disposición legal. Quedamos, pues, bajo el imperio de los principios generales, en lo que concierne á la nulidad de las deliberaciones y de la prueba que tiene que rendir el actor en el juicio de nulidad.

§ V. DEL RECURSO CONTRA LAS DELIBERACIONES.

Núm. 1.—Quién puede atacar las deliberaciones.

465. Cualquier deliberación del consejo de familia puede ser combatida ante los tribunales, sin distinguir si está ó no sujeta á confirmación, y aun después de haber sido homologada. El Código Civil no asienta el principio en esos términos generales, pero resulta del Código de Procedimientos (arts. 883 y 885) y de la naturaleza misma de la confirmación. Por interés del menor es por lo que la ley exige la intervención del consejo de familia; pero ha debido prever que asambleas compuestas frecuentemente de hombres indoctos ó extraños á los negocios, descuidarían las formas que deben proteger al menor, como también ha debido temer que la rivalidad de las familias, el conflicto de intereses y de pasiones que agitan á estas asambleas refluyeran en perjuicio de los menores. Debía, pues, la ley conceder un recurso contra cualquier deliberación del consejo de familia.

La vía que haya de seguirse difiere según que la deliberación esté ó no sujeta á confirmación. Si no es procedente ésta, los que quieran atacar la deliberación deberán ocu-

1 Sentencia denegatoria, 17 de Diciembre de 1849 (Daloz, 1850, 1, 76). Compárense las sentencias de Turín, 29 de Julio de 1809 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 560); de Aix, 3 de Febrero de 1832 (*ibid.*, núm. 180), y de Nîmes, 17 de Mayo de 1838 (*ibid.*, núm. 213).

2 Gante, 27 de Marzo de 1857 (*Pasícristia*, 1857, 2, 200, y las observaciones del Abogado general Donny, en el sentido de la presunción).

rrir por medio de acción principal ó incidental ante el tribunal de primera instancia. Es el derecho común. Si la deliberación está sujeta á confirmación, los que quieran oponerse á ella pueden manifestarlo extrajudicialmente, al encargado de promoverla: en este caso, proceden como lo acabamos de decir (núm. 462). Si no han manifestado oposición, pueden, sin embargo, intervenir en la instancia, si bien no debe llamárselos al pleito; de suerte que si no intervienen, ni son llamados, no pueden oponerse ni apelar como si pueden hacerlo si formalizaron ya su oposición, porque, en tal caso, tiénense como partes (1).

466. ¿Quién puede atacar la deliberación? Supongamos que todavía no se ha ejecutado, y que el objeto del opositor es precisamente detener su ejecución: éste es el caso previsto por el artículo 883 del Código de Procedimientos, que dice: "Siempre que no sean unánimes las deliberaciones del consejo de familia, se hará mención en el acta del parecer de cada uno de los miembros que le componen. El tutor, el segundo tutor y hasta los miembros de la asamblea podrán promover contra la deliberación, proponiendo su demanda contra los miembros que hayan sido del mismo parecer de la deliberación, sin necesidad de promover la conciliación."

El artículo 883 nombra en primer lugar al tutor, porque naturalmente supone que el del menor es cuyos intereses forman el objeto de la deliberación. Se ha dado el caso de que haya habido dos tutores, nombrados el uno por el consejo de familia convocado en el domicilio primitivo de la tutela, y el otro por otro consejo de familia convocado en el domicilio del último tutor. Cada uno de estos tutores tiene un título aparente, y le basta ese título para comba-

1 Véanse, sobre estos detalles de procedimiento, los autores citados en Zachariæ, traducción de Massé y Vergé, t. I, p. 402, nota 10.

tir la deliberación que nombró al otro tutor. Toca al tribunal decidir cuál de los dos fué el nombrado legalmente (1).

El artículo 883 otorga á los miembros de la asamblea el derecho de recurrir contra la deliberación, suponiendo que los miembros opositores fueron citados y asistieron á la reunión del consejo. El mismo derecho se reconoce á los que no fueron citados, los cuales pueden quejarse precisamente de no haberlo sido, y sostener, en consecuencia, que fué irregular la composición del consejo, y nula por lo mismo, la deliberación (2). Si asistieron á ésta, y votaron por la resolución adoptada, ¿podrán, no obstante, atacar la deliberación? La cuestión es discutida, porque ofrece alguna duda. El artículo 883 supone que el que recurre contra la deliberación es de parecer contrario á los de quienes votaron la resolución, cosa que parece muy racional, porque ¿puede alguno volverse contra su obra y combatirse á sí mismo? Sin embargo, la opinión contraria es la más generalmente adoptada (3). Se pasa por alto la letra del artículo 883, por no estar concebido en términos restrictivos, y el espíritu de la ley exige una interpretación extensiva. Trátase de resguardar los intereses del menor, y por ello importa admitir el recurso de todos aquellos que tienen título para obrar en su nombre: tales son en verdad, los miembros del consejo. Ciertamente que, en general, no se puede volver contra la propia obra; pero este aforismo supone que el que cambia de opinión está interesado personalmente. Ahora bien: el miembro del consejo que ataca la deliberación, lo hace, no por interés propio, sino por el del menor, y siempre debe tener derecho para hacerlo. Apenas si puede discutirse tal derecho cuando se ataca la deliberación por vicio de forma: el asentimiento que se da á una deliberación nula no puede hacerla váli-

1 Sentencia de Gante, 22 de Mayo de 1841. confirmada por una de la Corte de Casación, de 27 de Julio de 1843 (*Pasicrisia*, 1841. 2, 293, y 1843. 1, 103).

2 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. VII, p. 210, núm. 339.

3 Aubry y Rau, t. I, p. 389, nota 2, y los autores allí citados.

da. En este sentido está la jurisprudencia (1). Creemos que lo mismo tiene que decirse cuando se ataca la deliberación en cuanto al fondo. Se permite al tutor que demande la nulidad de los actos por él mismo ejecutados, porque obra por interés del menor; é idéntica razón hay en cuanto á los miembros del consejo (2).

467. El derecho de atacar las deliberaciones del consejo ¿pertenece también á otras personas que no sean las mencionadas por el artículo 883? Lo que acabamos de decir parece prejuzgar la cuestión. La ley no es restrictiva, ni en su letra, ni en su espíritu. Pero ¿no debe exigirse, cuando menos, que el que promueva tenga interés? Puede decirse que basta un interés moral; que los parientes casi no tienen otro, por ser el menor el verdadero interesado, y que, por lo mismo, es necesario que tengan la misma acción todos aquellos á quienes la ley encarga que velen por los intereses del pupilo. Tales son los parientes y los afines, aun cuando no hayan debido ser llamados al consejo (3). Hay una sentencia en sentido contrario de la Corte de Dijón (4). La cuestión es dudosa, en razón del principio de que no hay acción sin interés; pues aun cuando es cierto que á veces concede el legislador el derecho de promover por un interés moral, pero ¿no es necesaria para ello una disposición legal? Conforme al rigor del derecho, creemos que así hay que decidirlo.

La misma cuestión se ofrece en cuanto al Ministerio público. ¿Puede éste pedir la nulidad de una deliberación tomada por un consejo de familia en materia de tutela? Ya hemos contestado esta pregunta, negando al Ministerio público el derecho de provocar la convocación del consejo

1. Lieja, 4 de Enero de 1811; Lyon, 13 de Febrero de 1812; Colmar, 27 de Agosto de 1813, y Angers, 29 de Marzo de 1821 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núms. 171 y 174, 19; 190 y 196, 19).

2. Massé y Vergé, traducción de Zachariae. t. I, p. 401, nota 4.

3. Lieja, 25 de Julio de 1817 (*Pasivisia*, 1817, p. 472), y Colmar, 14 de Febrero de 1840 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 252).

4. Dijón, 13 de Enero de 1838 (Dalloz, 160, 2, 179).

de familia, en virtud de no tenerle para obrar en esta materia por vía de acción directa y principal. Inútil había de ser invocar el artículo 46 de la ley de 20 de Abril de 1810, que le permite promover de oficio la ejecución de leyes en que se interese el orden público, pues hay una disposición especial, que es la del artículo 883, la cual no comprende al Ministerio público (1). Por igual razón, hay que resolver que no puede apelar de las resoluciones que confirman las deliberaciones del consejo de familia (2).

¿Podría el juez de paz recurrir contra una deliberación del consejo? Hay un motivo para dudar, y es que el artículo 883 otorga ese derecho á los miembros de la asamblea, de la cual es miembro nato el juez de paz. Sin embargo, se admite lo contrario, pues el juez de paz debe permanecer alejado de esos debates irritantes, á fin de conservar su papel y su influencia de moderador. Si se le permitiese promover, tendría que permitírsele también que enderezara su acción contra sí mismo, lo cual es inadmisibile (3).

468. ¿Contra quién debe ejercitarse la acción? El artículo 883 contesta que la demanda se formaliza contra los miembros que hubieren votado en el sentido de la deliberación. No hay que distinguir, como se ha propuesto, si se ataca aquella en cuanto al fondo ó por algún vicio de forma, pues tal cosa importaría introducir en la ley una distinción que no hay en ella, y, por otra parte, no tiene razón de ser tal distinción: combatir una deliberación por vicio de forma, ¿no es pedir que no produzca efecto alguno en cuanto al fondo? (4).

¿Es menester seguir la vía trazada por el artículo 883, cuando el consejo de familia ha declarado la destitución del tutor? El artículo 448 del Código Civil quiere que, en ese

1 Orleáns, 23 de Febrero de 1837 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 254).

2 Sentencia de la Corte de Casación, 27 Frimario, año XIII (Dalloz, palabra *Ministerio público*, núm. 144, 19).

3 Aubry y Rau, t. I, p. 389, nota 4. y p. 390, nota 7

4 Zachariæ hace esta distinción. Véase, en sentido contrario, á los traductores Massé y Vergé, t. I, p. 403, nota 13.

caso, el tutor que reclame emplace al segundo tutor. Creemos que el Código Civil es el que debe aplicarse, pues el artículo 448 contiene una disposición especial, y es de principio que las leyes generales no derogan las especiales. Hay, además, una razón particular que justifica el artículo 448, y es que el Código quiso que los parientes llamados á deliberar sobre la destitución del tutor tuviesen plena libertad para votar; y la verdad es que carecerían de ella si pudiesen abrigar el temor de que se los envolvese en un litigio á consecuencia de su voto (1).

Los autores enseñan de común acuerdo que el artículo 883 no permite que se dirija la acción contra el juez de paz. Este es más que simple miembro del consejo, es magistrado, y con motivo de su misión de magistrado conciliador, la ley le ha conferido el cargo de presidir el consejo de familia. De donde se sigue que no puede tener que ver en el litigio, á menos que haya lugar á tomarla con él (2). No por esto deberá concluirse que las deliberaciones del consejo de familia son fallos judiciales, y que en caso de recurso, el tribunal conoce como juez de apelación; porque el consejo desempeña funciones de jurisdicción gratuita, y sólo los tribunales ejercen la contenciosa. Así, pues, cuando se ataca una deliberación del consejo, el tribunal conoce del caso como juez de primera instancia (3).

Núm. 2.—Del recurso en cuanto al fondo.

469. La aplicación de los principios que acabamos de exponer ofrece grandes dificultades, para simplificar las cuales distinguimos si el recurso contra una deliberación tiene por objeto el fondo de la resolución, ó si se funda en algún

1 Lieja, 17 de Marzo de 1831 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 385). Los autores se encuentran muy divididos. (Véase á Zachariæ, traducción de Massé y Vergé, t. I, p. 403, nota 15).

2 Sentencia de Casación, 29 de Julio de 1812 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 257, y los autores allí citados).

3 Rennes, 13 de Agosto de 1818 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 260).

vicio de forma. La distinción resulta de la naturaleza de las cosas. Ciertamente es que las formas están estrechamente relacionadas con el fondo, puesto que se han establecido para garantizar al menor: y si no se guardan, es de presumirse que no han quedado resguardados los intereses del menor, al no haber gozado éste de la protección que la ley ha querido asegurarle. Por el contrario, bien puede ser que se hayan guardado las formalidades, pero que el consejo se haya equivocado tomando una deliberación contraria á los intereses del menor. En uno y otro caso, debe haber algún recurso contra las deliberaciones del consejo; pero tal recurso se rige por principios diferentes, según que se ataque el fondo ó la forma. Si de formas se trata, hay que examinar cuáles son las que dejaron de observarse y cuál su importancia; si del fondo, no hay ya distinción, porque el interés del menor exige que pueda atacarse cualquier deliberación del consejo. Tal es en efecto, el principio establecido por el artículo 883 del Código de Procedimientos.

El texto parece limitar el derecho de atacar las deliberaciones del consejo al caso en que éstas no sean unánimes. En el primer inciso del artículo, se dice que siempre que no sean unánimes las deliberaciones, se haga constar en el acta la opinión de cada uno de los miembros; y después viene el segundo inciso que permite al segundo tutor y hasta á los miembros recurrir contra la deliberación. Este segundo inciso ¿es una dependencia del primero? es decir, ¿no concede el recurso sino en el caso en que no sean unánimes las deliberaciones? El texto deja lugar á cierta duda. Es verdad que el segundo inciso supone que no hubo unanimidad, cuando agrega que la demanda se presentará contra los miembros que hayan votado en el sentido de la deliberación; pero, eso no obstante, creemos que aun las deliberaciones unánimes pueden atacarse; así lo exige el interés del menor. Una deliberación unánime puede per-

judicarlo tanto como otra en que hayan estado divididas las opiniones, y, por lo mismo, importa que comience el recurso. A esto no se opone el texto, el cual supone, ciertamente, que hubo división, pero no hace de la diversidad de opiniones una condición para el recurso. Podría objetarse que, habiendo votado por la deliberación todos los miembros del consejo, ya no pueden volverse contra su voto; pero ya hemos contestado esta objeción (núm. 466). Los autores están por el recurso; la jurisprudencia permanece todavía incierta (1).

El artículo 883 no distingue si la deliberación está ó no sujeta á confirmación ú homologación. Cuando es procedente la confirmación, es indudable el derecho de oposición (núm. 464). Si la deliberación no debe ser confirmada, hay una razón más para conceder un recurso ante los tribunales, porque, en este caso, no tiene el menor la garantía de un nuevo examen por el tribunal (2).

No hay más que una excepción de la regla establecida por el artículo 883, la cual excepción resulta de la regla misma. El Código de Procedimientos habla de un recurso contra las deliberaciones del consejo, lo que supone que se trata de una verdadera deliberación, es decir, de una resolución adoptada por el consejo. Si éste fué simplemente consultado por el presidente de un tribunal que resolvió en caso urgente, la opinión que diere no es deliberación, puesto que no implica ejecución alguna, y el presidente la tomará en consideración, ó no; por lo mismo, no puede ser el caso de un recurso (3).

1 Zachariæ, traducción de Massé y Vergé, t. I, p. 402, nota 7. Delvincourt, t. I, p. 279. Aubry y Rau, t. I, p. 390, nota 8. Bruselas, 6 de Mayo de 1835 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 187). La Corte de Tolosa (sentencia de 22 de Febrero de 1854) parece decidir lo contrario; la sentencia se funda, efectivamente, en que la deliberación contra la cual había recurrido el tutor no había sido unánime (Dalloz, 1854, 2, 240). La mayor parte de las sentencias suponen igualmente que no procede el recurso sino cuando no fué unánime la deliberación.

2 La doctrina y la jurisprudencia se hallan en este sentido (Aubry y Rau, t. I, p. 390, nota 9). Véase, en sentido contrario, una sentencia de Grenoble, 18 de Enero de 1854 (Dalloz, 1854, 2, 55). La sentencia no está motivada.

3 Paris, 22 de Marzo de 1824 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 248).

470. ¿Hay excepciones que resulten de la naturaleza de las deliberaciones? La cuestión misma, á lo que creemos, trae consigo la respuesta. No hay más excepciones que las que consagra el legislador. Invócanse en vano las mejores razones para justificar una derogación de una regla, porque tales razones se dirigen al legislador, y no debe tomarlas en cuenta el intérprete, pues al derogar la ley, la haría, siendo así que su misión se limita á explicarla. Recorramos los diversos casos en que se admite una excepción del principio establecido por el artículo 883, y veremos cómo las razones en que se fundan, son nada menos que decisivas; es decir, que sólo al legislador corresponde tomarlas en consideración.

El consejo acuerda ó niega al menor su autorización para contraer matrimonio: ¿hay algún recurso contra esa deliberación? No, se dice, porque, en ese caso, el consejo de familia ejerce un poder doméstico que el padre habría ejercido si hubiese sobrevivido; luego le ejerce con la misma plenitud, es decir, sin recurso (1). ¿Quién no ve la diferencia que hay entre el padre y el consejo de familia? Cuando el padre concede ó niega su consentimiento, es de creerse que lo hace por interés del hijo: ¿puede decirse otro tanto del consejo de familia? El legislador mismo no tiene tanta confianza en el consejo como en el padre, y no le concede la misma autoridad: á los veintiún años, puede el hijo de familia casarse sin la intervención del consejo, mientras que todavía necesita el consentimiento del padre. En este sentido se ha formado la jurisprudencia (2).

El consejo, ó admite ó desecha la emancipación: ¿es procedente el recurso? También este punto se discute por igual razón. Aun aquí negamos que haya analogía entre el padre y el consejo. La ley da al padre una potestad

1 Aubry y Rau, t. I, p. 390 de la 4ª edic. Demolombe, t. III, núm. 86.

2 Véase una sentencia muy bien fundada de Bruselas, 3 de Febrero de 1827, y otra de París, 24 de Abril de 1837 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 250, 1º y 2º.)

mucho mayor que al consejo de familia: aquél puede emancipar al hijo de quince años, mientras que el consejo puede hacerlo solamente á los diez y ocho; el primero obra en la plenitud de la patria potestad, y el consejo no tiene potestad alguna sobre el menor, á quien emancipa por juzgarle capaz de administrar su persona y sus bienes; pero ni siquiera es él quien declara la emancipación, sino el juez de paz (arts. 477 y 478). Es una opinión la que él emite, y, por el bien del menor, se necesita que esa opinión pueda combatirse. Tal es también la jurisprudencia (1).

El consejo, ó nombra ó destituye al tutor: ¿puede atacarse esa deliberación? La cuestión se controvierte de una manera acalorada. Nosotros la resolvemos en el mismo sentido que las precedentes y por iguales motivos. El artículo 883 es general, no distingue, ni razón tendría para distinguir entre las diversas deliberaciones. ¿Qué objeto tiene esa disposición? El de dar una garantía al menor contra las deliberaciones del consejo de familia que lastiman sus intereses: ¿se concibe que inicie un recurso contra tales deliberaciones y no contra otras? ¡Cómo! ¿permitiría que se recurriese contra la deliberación que autoriza la venta de un pequeño rincón de tierra, y no permitiría que se atacara la deliberación que nombra un tutor ó le destituye? El espíritu de la ley es, pues, tan general como su letra. Es más: el orador del Tribunado dijo en toda forma que el objeto de la ley era resguardar todos los intereses y principalmente colocar siempre los del menor bajo la vigilancia combinada de la familia y de la justicia; y mencionó de una manera expresa la deliberación sobre el nombramiento de tutor (2). Para admitir una excepción de una ley, general en su letra y en su espíritu, ¿no sería neces-

1 Tolosa, 22 de Febrero de 1854 (Dalloz, 1854, 2, 239).

2 Discursos de Mouricault, núm. 5 (Loché, t. 10, p. 361). Véanse, en este sentido, las sentencias de Angers, 6 de Agosto de 1819 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 59, 2º), de Nancy, 3 de Abril de 1857 (Dalloz, 1857, 2, 175), y de Dijón, 14 de Mayo de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 121.) Compárense los autores citados por Dalloz, 1862, p. 121, y 1868, p. 162.

ría una disposición expresa, una declaración positiva de la voluntad del legislador? Para la opinión contraria, no se alegan más que consideraciones morales, diciéndose que, al haber atribuído el Código Civil al consejo de familia el nombramiento del tutor, debe inferirse que tal nombramiento no puede ser sensurado, más que podría serlo la elección que hiciese el padre que muriese el último (1); pero la respuesta es fácil, y nos parece que decisiva. Contra cualquier deliberación del consejo de familia, hay un recurso para todos los interesados, principalmente por el interés del menor; las deliberaciones sobre el personal de la tutela están comprendidas en esta regla, por lo mismo que la ley no las exceptúa, en tanto que no otorga recurso alguno contra los actos ejecutados por el padre que murió el último. Dícese que traería inconvenientes el someter las deliberaciones sobre el personal de la tutela á una discusión pública, irritante; pero á esto contestamos con el tribunal del Sena, cuya resolución reformó la Corte de París, que, en materia de tutela, el interés del menor está sobre todas las consideraciones, y que si hubiese alguna duda, debería interpretarse siempre la ley en su favor. ¿Cuál inconveniente es mayor, tener un mal tutor ó que se anule su nombramiento? Por otra parte, se engaña quien crea que los debates siempre son deshonorosos para el tutor. En el caso resuelto por la Corte de Nancy, se separó á un tutor muy honorable, pero inconveniente en razón de las circunstancias. Por último, se teme un conflicto entre los tribunales y el consejo de familia; porque como el tribunal que reforma una deliberación no puede nombrar al tutor, de aquí que será necesario que deje el nombramiento á cargo del consejo; y ¿qué sucederá si este persiste en su elección?

1 Demolombe, t. VII, p. 204. núms. 335 y 336. La Corte de Montpellier reprodujo el argumento en otra forma (sentencia de 13 de Junio de 1866, Dalloz, 1868, 2. 162). Compárense, en el mismo sentido, las sentencias de París, 6 de Octubre de 1814 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 241), y de Grenoble, 18 de Enero de 1854 (Dalloz, 1854, 2. 55).

Pero esta colisión que se teme no se ha presentado aun, y en el caso de que un consejo de familia se obstinara en nombrar á un tutor á quien rechazara el tribunal, este ordenaría la convocación de un nuevo consejo; así mucho quedaría á la ley.

Análoga es la cuestión que se ha presentado respecto de la madre nuevamente casada y á quien no se ha conservado la tutela. ¿Puede aquella recurrir contra la deliberación que la privó de la tutela? La Corte de Agén admitió el recurso por una sentencia perfectamente motivada. Desde el punto de vista de los principios de derecho, la cuestión es idéntica á la que acabamos de tratar; pero aquí las consideraciones morales que se han hecho valer en la opinión contraria, se levantan con fuerza en favor del recurso. ¿No es el objeto de toda tutela el interés del menor? ¿Y no puede acontecer que el consejo de familia, en caso de nuevas nupcias de la madre, obre bajo el dominio de injustos resentimientos para con ella, ó de prevenciones contra el nuevo marido? ¿No exige el interés del hijo que se deje la tutela á la que le dió el ser, siempre que no haya desmerecido en nada? ¿No sería una verdadera denegación de justicia el que una madre, herida en sus más caros afectos, lastimada en su honra, no pudiese apelar á una jurisdicción más ilustrada y desinteresada? El interés del menor se confunde aquí con el de la tutora y exige imperiosamente que el tribunal pueda corregir los errores del consejo de familia (1).

Sea la última cuestión, la más importante y grave de todas. ¿Pueden atacarse las deliberaciones del consejo de familia cuando arreglan intereses morales y religiosos? En derecho, no nos parece dudosa la cuestión. El artículo 883 no distingue entre los diversos intereses del menor, y en verdad que si hubiese motivo para distinguir, tendría

1 Agén, 24 de Diciembre de 1860 (Dalloz, 1861, 2, 20).

que decirse que, siendo de mayor importancia los intereses morales y religiosos que los materiales, hay una razón más para someter las deliberaciones del consejo, en cierto modo, al examen de los tribunales. Un judío se convierte á la religión cristiana protestante, y muere dejando cinco hijos menores. El consejo de familia, así como el tutor, estiman que debe educarse á los hijos en la religión en que nacieron. El segundo tutor, que es protestante, opone la intención formalmente expresada por el padre de que sus hijos se educaran en la religión cristiana, y recurre para ante el tribunal. Opónesele una excepción, diciéndose que no era procedente el recurso cuando se trataba de intereses morales y religiosos; pero el tribunal desechó tan singular defensa, invocando el texto del artículo 883, concebido en los términos más generales, y el espíritu de la ley, igualmente general. ¿Se concibe, dijeron los jueces, que una deliberación que tiene por objeto un préstamo escaso, una enajenación sin importancia, se someta á la sanción de los tribunales, mientras, que las deliberaciones que afectan á los intereses más elevados, escapen al examen de la justicia? El tribunal ordenó una investigación, y quedó comprobado hasta la evidencia que la voluntad formal y perseverante del padre había sido la de que sus hijos se educaran en la religión cristiana. La voluntad del padre debía superar á los escrúpulos ó pasiones de la familia. La sentencia fué confirmada por la Corte de Colmar (1).

Núm. 3.—Del recurso por vicio de forma.

§ I. DE LAS FORMAS SUBSTANCIALES.

471. ¿Hay formas y condiciones prescritas para la existencia del consejo de familia y para que pueda delibe-

1 Colmar, 19 de Noviembre de 1857 (Daloz, 1859, 2. 36). En sentido contrario, Aubry y Rau, t. I, p. 391, y nota 13.

rar? La cuestión es muy grave. Si se la resuelve en sentido afirmativo, resulta la importante consecuencia de que las deliberaciones emanadas de un consejo que no tiene existencia legal, estarían, por esto mismo, afectadas de nulidad absoluta, por mejor decir, no existirían más ellas que el consejo. De aquí se seguiría que el menor y cualquier interesado podrían oponer la nulidad, y que semejante deliberación jamás produciría efecto alguno. En una palabra, sería necesario aplicar los principios relativos á los actos inexistentes. La distinción que admite la doctrina entre actos inexistentes y actos nulos, ¿se aplica á la composición y á las deliberaciones del consejo de familia? (1). Creemos que la cuestión debe resolverse afirmativamente (2). No hay razón para que la teoría de los actos inexistentes no se aplique en materia de tutela, pues es general por naturaleza, y, en consecuencia, debe tener aplicación en todos los hechos jurídicos. La única dificultad está en determinar cuáles son las condiciones que se exigen para que haya consejo y deliberación á los ojos de la ley: cuestión que hay que resolver conforme á los principios generales, por falta de ley especial.

472. Hay desde luego una condición, respecto de la cual no podría caber duda alguna. Si el juez de paz no hubiese presidido el consejo de familia, no habría consejo, pues no hay cuerpo deliberante sin presidente, que es quien constituye el vínculo jurídico de la asamblea y quien hace de ella un cuerpo; y pues que la ley confiere exclusivamente al juez de paz el derecho de presidir el consejo (núm. 428), faltando ese funcionario, no hay consejo, es imposible toda deliberación, y si alguna resolución se to-

1 Acerca de esta distinción, véanse el tomo I de estos *Principios*, núm. 71, y sus aplicaciones, en los títulos de las *Actas del estado civil* (t. II, núms. 23-27), del *Matrimonio* (t. II, p. 381, núms. 269-280), del *Reconocimiento de los hijos naturales* (más arriba, núms. 58 y sig.) y de la *Adopción* (más arriba núms. 224 y sig).

2 Aubry y Rau, 4ª edic., t. I, p. 399 y sig.

mara se reputaría como no dictada, más que nula, inexistente (1)

No basta que el juez de paz esté presente y presidiendo el consejo, para que éste exista: es necesario también que tome parte en la deliberación; si no lo hiciera, sería como si no estuviese allí, y él es el alma del consejo; la ley descansa en su experiencia, en su imparcialidad y en su carácter conciliador para que las deliberaciones refluyan en beneficio del menor. La abstención del juez de paz equivaldría á su ausencia y, por consiguiente, no habría consejo. Se ha resuelto que es nula la deliberación cuando el juez de paz no ha tomado parte en ella (2); debiendo entenderse que es nula en el sentido de ser inexistente, de no producir efecto alguno.

¿Es necesario también que conste en el acta que el juez de paz tomó parte en la deliberación? Es indudable que allí debe hacerse constar ese hecho; pero la ley no exige respecto del juez de paz ni de los demás miembros del consejo, sino que se haga mención expresa y especial del voto. Cuando hay unanimidad y consta que estuvo presente el juez de paz, con esto sólo queda probado que tomó parte en la deliberación y en la votación (3). Igualmente, si el acta expresa que el consejo deliberó y votó, esta enunciación se refiere tanto al juez como á los demás miembros del consejo (4).

473.-Se necesitan seis miembros para el consejo de familia; si no hay seis, no hay consejo para la ley. El espíritu de la misma no consiente la menor duda sobre este punto; desde el momento en que hay menos de seis miembros, las dos líneas estarán desigualmente representadas, siendo así que es de esencia del consejo que ambas tengan

1 Lieja, 26 de Julio de 1823 (*Pasicrisia*, 1823, p. 485).

2 Burdeos, 21 de Julio de 1808 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 226).

3 Rennes, 27 de Noviembre de 1821 y Turín, 5 de Mayo de 1810 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 837, 1º y 198).

4 Lyon, 30 de Noviembre de 1857 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 244), y Grenoble, 18 de Diciembre de 1845 (Daloz, 1846, 2, 187).

igual número de representantes, ya que de otro modo no hay asamblea de familia. Sin duda podría suceder que hubiese cuatro miembros, dos de cada línea; pero si había que contentarse con cuatro miembros, ¿por qué no contentarse con dos? Esto quiere decir que debemos sujetarnos á la cifra legal y que no llegándose á esta cifra, ya no hay consejo.

Lo mismo tendría lugar si el juez de paz hubiese convocado á seis miembros, uno de los cuales, empero tuviese incapacidad legal, como un menor, un demente ó una mujer. El miembro que no pueda asistir á las sesiones no entra en el número; de modo que resultarían menos de seis miembros, y, en consecuencia, no habría consejo (1).

Caso igual sería el de que el juez de paz hubiese formado una lista de seis miembros, y uno de ellos no hubiese sido convocado. No es la formación de la lista lo que constituye el consejo, sino la convocación; los parientes no convocados no tienen derecho de asistir, por lo tanto, no se cuenta con ellos, y esto resuelve la cuestión (2). Una convocación oral ó por carta no sería bastante; el pariente convocado por ese medio puede asistir á las deliberaciones; es cierto, pero no está obligado á ello, ni podría ser condenado á la multa y, por lo mismo, legalmente, no fué convocado; luego tampoco hay que contar con él.

Si el número de miembros convocados excediese de la cifra de seis, ¿habría consejo legal? Es dudoso el punto (3). El consejo que comprendiese siete ú ocho miembros estaría ilegalmente compuesto, lo cual es claro, pero ¿esta irregularidad vicia al consejo en su esencia? Así lo creemos. Si una asamblea compuesta de cuatro parientes no es consejo de familia, ¿por qué una reunión de ocho sí había de formar consejo? Desde el momento en que el nú-

1 Aubry y Rau, t. I, p. 392, nota 16, y las sentencias que él cita.

2 Ruán, 7 de Abril de 1827 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 206).

3 Aubry y Rau dicen que simplemente hay irregularidad (t. I, p. 394) Frémerville está por la nulidad (t. I, núm. 85).

mero de seis se considera como esencial, debe concluirse que no hay consejo cuando se pasa de ese número. Así se resolvería sin vacilar, en cuanto á un cabildo municipal. La misma razón milita respecto de todo cuerpo deliberante, cuando se ha fijado el número de sus miembros por la ley. La jurisprudencia se halla en este sentido (1).

474. ¿Basta con seis miembros y el juez de paz para que exista el consejo de familia? Ya hemos expuesto la doctrina y la jurisprudencia acerca del domicilio de la tutela. Cualquiera que sea la divergencia de opiniones, una cosa es cierta, á saber que el consejo de familia no puede formarse indistintamente donde quiera, en un domicilio que no importa cuál sea. Supongamos que el tutor lo convoca en su residencia, y residencia pasajera, en una municipalidad donde no hay ni parientes ni amigos del tutor, ¿sería aquello un consejo de familia? La Corte de Turín resolvió que las deliberaciones de un consejo de familia convocado en lugar que no sea el domicilio del menor, son nulas, con nulidad absoluta, sin que el vicio pueda desaparecer con la confirmación, sea la que fuere (2). Esto quiere decir que el consejo es inexistente. La Cuestión es dudosa, y fué resuelta en sentido contrario por la Corte de Nancy (3). Puede decirse respecto á la opinión consagrada por la Corte de Turín, que el consejo de familia debe ser el órgano de ésta y de sus diversos intereses. Importa, pues, que se forme donde sea posible que haya miembros de la familia en número suficiente para que el juez de paz pueda componer el consejo de parientes ó afines tomados de las dos líneas. Si se forma en un lugar en donde no haya ni parientes ni afines, no puede darse á semejante asamblea el nombre de consejo de familia. Este es una garantía para el

1 Bourges, 2 Fructidor, año XIII, y Amiens, 11 Fructidor, año XIII (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 172).

2 Turín, 13 de Mayo de 1818 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 215).

3 Nancy, 28 de Julio de 1865 (Daloz, 1866, 5, 477). Compárese á Demolombe. t. VII, p. 158, núm. 250.

menor, y ¿dónde está la garantía si el tutor queda en libertad para convocar al consejo en el lugar que le plazca, en uno donde no haya persona que tome en sus manos los intereses del menor?

Estas razones son poderosas. No obstante, preferimos la opinión contraria. No se trata, nótese bien, de declarar válida toda reunión del consejo de familia que se hubiere formado en cualquier residencia del tutor: la cuestión está en si hay inexistencia ó nulidad. Ahora bien, precisamente porque la formación del consejo en el domicilio de la tutela es una garantía para el menor, debe decidirse, á nuestro juicio, que sólo hay nulidad. En efecto, aun cuando el consejo estuviere formado en lugar distinto del domicilio de la tutela, puede ofrecer todas las garantías posibles para el menor. Puede suceder que no haya parientes en el domicilio de la tutela, mientras que sí haya algunos miembros de la familia en el del tutor, que es donde suponemos que se convocó el consejo. ¿No sería contrario, á los intereses del menor, en este caso, que se declarara inexistente un consejo compuesto en realidad de parientes y afines? Esto demuestra que la cuestión de garantía es cuestión de hecho que no se puede resolver *a priori*; de modo que con la anulación quedarán más resguardados los intereses del menor que con la doctrina de la inexistencia del consejo. Si éste ofrece todas las garantías que el menor puede desear, como en el caso resuelto por la Corte de Nancy, los tribunales sostendrán las deliberaciones que hubiere acordado aquél, pues sería absurdo declarar una nulidad que tornaría perjudiciales al menor las formalidades establecidas para protegerle. Pero si, como se ha visto, convocase el tutor al consejo de familia, ora en esta municipalidad, ora en aquélla, con el objeto evidente de despojar al menor, formando el consejo en términos de que allí careciese de protector, no vacilarían los tribunales, como lo hizo la Corte de Gante, en declarar la nulidad de cuanto hubiese

hecho el tutor en virtud de aquellas deliberaciones irregulares (1).

475. Supongamos que se ha formado el consejo de familia de una manera regular, pero que tres cuartas partes de los miembros convocados dejan de concurrir: de seis, sólo se presentan cuatro: ¿formarán consejo esos cuatro miembros y el juez de paz? No; en todo cuerpo deliberante, es necesario el número de miembros que exige la ley para que pueda deliberar, tanto, que si deliberase faltando el número requerido, estaría viciada en su esencia la deliberación. El Código Napoleón se expresa en términos que no dejan lugar á duda, cuando dice: "Será necesaria la presencia, cuando menos, de las tres cuartas partes de los miembros convocados, para que la asamblea pueda deliberar." Cuando, pues, no se hallan presentes las tres cuartas partes, no hay deliberación (2).

476. En el caso de que hayan concurrido las tres cuartas partes, pero sin que haya mayoría absoluta: si se admite ésta como necesaria para que pueda acordarse alguna resolución, debe admitirse como consecuencia que, mientras no haya esa mayoría, no puede haber resolución. Es esto de derecho común en todo cuerpo deliberante. El principio no es indudable; lo dudoso en su aplicación, en razón del silencio que la ley guarda acerca de la mayoría que se requiere. Ya hemos examinado esta cuestión (núm. 461).

II. DE LAS FORMAS NO SUBSTANCIALES.

477. Acabamos de enumerar las formas que la doctrina considera como substanciales. Faltando una de ellas, se aplican los principios que rigen los actos inexistentes: no hay, pues, consejo de familia, ni deliberación, y cualquiera podrá en todo tiempo prevalerse de esa inexistencia.

1 Gante, 5 de Mayo de 1854 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 310).

2 Aubry y Rau, t. I, p. 392, nota 19, y los autores las sentencias allí citados.

Las demás formas no son substanciales: ¿qué debe decirse del caso en que hubiere dejado de observarse alguna de esas formas? Como el Código Civil no establece la nulidad, hay que aplicar el principio general que siguen los autores y la jurisprudencia en materia de nulidad, es decir, examinar si hay nulidad virtual. Admítase que la hay cuando, en razón de la importancia de una forma prescrita por la ley, es voluntad tácita del legislador que la violación de la ley venga sancionada con la nulidad (1). Siendo general este principio, debe aplicársele á las deliberaciones de los consejos de familia, si bien sufre una modificación importante. En general, en razón de la naturaleza de una disposición legal, es por lo que el intérprete decide si su inobservancia debe ó no acarrear la nulidad. No sucede lo mismo con las reglas que el Código prescribe para la composición del consejo de familia. No se puede decir *a priori* que algunas de esas reglas tengan mayor importancia que otras, pues todas ellas no son más que un medio para alcanzar el fin que se ha propuesto el legislador. Ese objeto es evidente: consiste en el interés del menor. Ahora bien, puede suceder que tal forma que teóricamente debiera considerarse como de una importancia mayor, no se haya observado y que, no obstante, nada haya sufrido con ello el interés del menor. ¿Se anulará, en ese caso, la deliberación? Esto equivaldría á declarar una nulidad contra la intención del legislador, las nulidades virtuales precisamente en esa intención se fundan, pues no tienen otra base. Es, pues, necesario concluir que el interés del menor ha de ser lo que decida si debe anularse ó no la deliberación en razón de una irregularidad de forma, cuando ésta fuere substancial, en el sentido de que deba cumplirse para que exista el consejo. Formulado en estos términos, el principio está admitido por los autores (2) y por la jurisprudencia. La

1 Véase el tomo I de estos *Principios*, núm. 45.

2 Toullier, t. II, núm. 119. Demolombe, t. VII, núm. 332. Aubry y Rau, t. I, p. 392, nota 21. Marcadé, t. II, p. 207, art. 410, núm. IV.

Corte de Casación resolvió "que las reglas trazadas por los artículos 407 y 409 no se prescriben bajo pena de nulidad; que incumbe á los tribunales apreciar las circunstancias que hubieren podido causar la desviación de esas reglas en la composición del consejo de familia, y que si reconocen que realmente estuvo representada la familia, ora del lado paterno, ora del materno, así como que la persona á quien debía proveerse de tutor tuvo en aquel consejo la garantía que la ley quiso asegurarle, deben sostener su composición y la deliberación que en él se hubiere tomado" (1). Agreguemos, con la Corte de Lieja, "que las prescripciones de la ley, en lo concerniente á la composición de los consejos de familia, fueron establecidos todas por el interés de los menores y que sería ir directamente contra ese interés declarar la nulidad, á pesar de no alegarse dolo, fraude, ni lesión de que haya sido víctima el menor" (2)

478. La jurisprudencia admite una excepción del principio que sigue en materia de nulidad de las deliberaciones acordadas por un consejo de familia irregularmente compuesto. Si ha habido fraude ó dolo, es decir, si un tutor ó un miembro del consejo separaron de éste á parientes que hubieran debido ser citados, tal fraude vicia la composición del consejo, sin ser necesario probar que se lesionaron los intereses del menor. A decir verdad, la excepción no es más que la aplicación del principio. El principio quiere que haya nulidad desde el momento en que ha sido vulnerado el interés del menor; en general, la lesión no resulta sólo de la inobservancia de la ley; pero si dejó de observarse ésta con dolo, por el mismo hecho resulta una lesión, porque el dolo implica que el menor no ha gozado de

1 Sentencia revocatoria, 19 de Abril de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 291). No citamos sino las sentencias más recientes y las que han establecido el principio de una manera formal. Véanse las de Lyon, 14 de Julio de 1853 (Dalloz, 1854, 2, 33), de Ruán, 9 de Diciembre de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 106), y de Douai, 4 de Julio de 1855 (Dalloz, 1857, 2, 47).

2 Lieja, 9 de Marzo de 1850 (*Pasicrisia*, 1850, 2, 131). Compárese la de Bruselas, 9 de Julio de 1851 (*Pasicrisia*, 1852, 2, 257).

las garantías que la ley ha querido asegurarle (1). El perjuicio resulta del dolo mismo, y así fué como se resolvió que la deliberación de un consejo de familia es nula cuando no fué citado el marido de una prima hermana, y cuando no se le citó porque se preveía que su dictámen había de ser contrario á la deliberación que ya se tenía el propósito de tomar (2). Ha acontecido que los que pedían la convocación de un consejo de familia dejaron que el juez de paz ignorase que en el lugar había parientes, á fin de hacerlos á un lado en la asamblea, reemplazándolos por amigos; pero la Corte de Orleáns anuló la deliberación, diciendo muy acertadamente que el fraude anula todos los actos jurídicos en que interviene, y que por sí sólo es una causa de nulidad (3). El fraude, dice la Corte de Montpellier, es siempre una excepción. Un consejo de familia nombró tutor al primo procedente de hermano del menor, habiéndose cuidado de no citarle á la asamblea, compuesta de parientes más próximos, los cuales se habían puesto en inteligencia para descargarse de la tutela. Se anuló la deliberación y se mantuvo la sentencia en el recurso de casación (4).

479. La aplicación del principio no carece de dificultad, porque á veces es difícil distinguir la forma substancial que entraña la inexistencia del acto y las formas que entrañan la nulidad. Nosotros hemos enseñado que el consejo debe formarse en el domicilio de la tutela, que, según nuestra opinión, es el del menor. Si se admite que el consejo debe reunirse en el domicilio donde se abrió la tutela por la de-

1 Demoiombe, t. VII, p. 202, núm. 330.

2 Lyon, 13 de Marzo de 1845 (Dalloz, 1846, 2, 186), y 14 de Julio de 1853 (Dalloz, 1854, 2, 33).

3 Orleáns, 14 de Noviembre de 1850 (Dalloz, 1851, 2, 72). El principio de que el dolo vicia las deliberaciones del consejo, está formulado en gran número de sentencias, que creemos inútil citar, supuesto que dicho principio no es dudoso. La jurisprudencia de las cortes de Bélgica está conforme: Lieja, 12 de Agosto de 1837 (*Pasicrisia*, 1837, 2, 216). y Bruselas, 12 de Agosto de 1848 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 356).

4 Sentencia de la Corte de Casación, 1º de Febrero de 1825 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 177).

función de uno de los padres, ¿qué se resolverá cuando el consejo se hubiere reunido en otra parte? Acabamos de examinar la cuestión (núm. 474), que es dudosa, si bien las incertidumbres de la jurisprudencia deben imputarse al legislador, por ser inciertos los principios mismos; y se concibe que los tribunales resuelvan conforme al hecho, más bien que al derecho, cuando éste es dudoso.

480. La lista se formó de una manera regular, y fueron citados todos los parientes que se hallaban en el lugar, pero sin atenderse al plazo de las distancias prescrito por el artículo 411: ¿habrá nulidad de derecho? Así lo resolvió la Corte de Caen (1). A primera vista, esa resolución parece estar en contradicción abierta con el principio admitido por la jurisprudencia; sin embargo, hay razones para dudar. Hemos enseñado que si no se convocaba á uno de los miembros, no siendo el número el de seis, no habría consejo (núm. 473). ¿No debe decirse de un miembro citado de una manera irregular que en realidad no fué citado? Tal vez esta consideración fué la que determinó á la Corte de Caen; pero ¿no es esto llevar demasiado lejos el rigor? ¿No hay, en este caso, una cuestión de hecho que examinar? Si el miembro convocado de una manera irregular recibió la citación, desde ese momento quedó convocado, y pudo haberse presentado á la asamblea; ahora bien, desde el momento en que los seis miembros citados tienen derecho para asistir, ¿se puede decir que no hay consejo? ¿No es esto más bien una de aquellas irregularidades que no traen consigo la nulidad sino cuando se ha vulnerado el interés del menor? Tal es nuestra opinión. Otra cosa sería si se hubiese hecho la citación de una manera amistosa, porque una citación así no lo es, y, en consecuencia, no hay consejo si no se presentan los miembros que no fueron convocados.

1 Caen, 30 de Agosto de 1847 (Dalloz, 1848, 2, 179).

Es distinta la cuestión de si la deliberación sería nula en el caso en que concurriesen los miembros, á pesar de habersido citados por carta y sin guardarse el plazo, habiéndose hecho la citación en la mañana y celebrado la reunión al medio día: en derecho esta cuestión no es dudosa. Desde el momento en que se reunen los parientes que deben componer el consejo, es válida la deliberación, importando poco que se reúnan sin haberseles designado término para hacerlo. Así lo resolvió la Corte de Casación (1). De hecho, la deliberación del consejo era escandalosa, pues había consentido en un matrimonio que por ningún capítulo quería la joven, y cuya nulidad inútilmente había pedido. Otra prueba de cuán necesaria es la intervención de los tribunales.

481. La ley quiere que, al escoger á los parientes que hayan de formar el consejo, siga el juez de paz el orden de la proximidad de grados: si excluye á los más próximos, tomando á los más lejanos, ¿habrá nulidad de derecho? Indudablemente, no se trata aquí de una condición necesaria para la existencia misma del consejo. La proximidad del grado es una garantía para el menor, pero garantía que no descansa sino sobre una probabilidad: es una presunción de afeto y, por consiguiente, una razón de preferencia. Pero si la presunción está en pugna con la realidad, ¿será menester, no obstante, que el juez de paz tome á los parientes más próximos, aunque sean los menos dignos? Esto equivaldría á que la garantía se tornase contra el menor, y aplicar en su perjuicio una regla establecida en su favor. Puede acontecer también que el juez de paz no conozca á los parientes más próximos y que tome á los que conoce; de donde resultaría que la composición era irregular: ¿habrá nulidad? Si no se han vulnerado los intereses del me-

1 Sentencia revocatoria de 22 de Julio de 1807 (Daloz, palabra *Matrimonio*, núm. 556)."

nor, ninguna razón habrá para anular la deliberación (1). Los tribunales tienen, pues, en este caso, una facultad discrecional, como en todas las cuestiones de hecho: la Corte de Casación sostiene las sentencias que resuelven que la deliberación, aunque emanada de un consejo irregularmente formado, ningún perjuicio ha ocasionado al menor (2). Hay otras que sostienen ó anulan las deliberaciones tomadas por consejos irregulares (3); pero son resoluciones que se jutifican, indudablemente, por las circunstancias del caso, pero que carecen de todo valor doctrinal. De aquí no puede inferirse que jamás habrá nulidad, como tampoco que siempre la ha de haber, porque esto equivaldría á excederse de la mente de las cortes. En todo caso, semejante doctrina sería inadmisibile.

482. Hay un vicio más grave, consistente en que los miembros del consejo no pertenezcan por mitad á cada una de las dos líneas, cuando el juez de paz toma cuatro parientes de la paterna y dos de la materna. La Corte de Lieja resolvió que el consejo de familia compuesto de ese modo estaba viciado en su esencia, siendo, por tanto, nulo como todas sus deliberaciones (4). ¿Quiere esto decir que haya nulidad de derecho? Los términos de la sentencia implican que hay nulidad por sólo el hecho de haberse violado la disposición del artículo 407: pero, á nuestro juicio, así se desconoce el principio de la nulidad virtual. Al no establecer la ley la nulidad, hay que investigar cuál fué la mente del legislador. Este quiso garantizar el interés del

1 Bruselas, 15 de Marzo de 1806: Turín, 10 de Abril de 1811; Riom, 25 de Noviembre de 1828 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 175, 19 y 29). Estas sentencias mantienen en pie la deliberación, sin siquiera invocar el interés del menor. Compárense las de Lieja, 6 de Mayo de 1868 (*Pasicrisia* 1869, 2, 264), 13 de Febrero de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, p. 216), y 19 de Enero de 1842 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 332).

2 Sentencias de 30 de Abril de 1834 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 209, 49); Rennes, 2 de Febrero de 1836 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 175, 39); París, 13 de Octubre de 1836, (Daloz, *ibid.*, núm. 175, 69), y Ruán, 30 de Marzo de 1844 (Daloz, *ibid.*, núm. 322, 29).

3 Lyon, 15 de Febrero de 1812 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 174). y Ruán, 7 de Abril de 1827 (Daloz, *ibid.*, núm. 206).

4 Lieja, 4 de Enero de 1811 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 171).

menor, temiendo que ese interés quedara comprometido en el caso de que no estuviesen igualmente representadas las dos ramas de la familia. Pero ¿puede decirse que sea seriamente vulnerado el interés del menor, habiendo cuatro parientes paternos y dos maternos? No, por cierto, porque puede suceder que ninguna oposición de intereses haya entre las dos ramas, que los parientes estén unánimes, ó que, por lo menos, la deliberación no cause perjuicio alguno al menor: ¿por qué, entonces, se había de anular la deliberación?

483. El artículo 408 quiere que sean llamados al consejo los primos hermanos y los maridos de las hermanas. Algún consejo de familia quedó formado de seis hermanos, habiéndose omitido llamar á él, al marido de una prima hermana. La Corte de Lyon declaró que el consejo se había formado de una manera ilegal, y anuló su deliberación; pero la sentencia agregaba que intencionalmente se había dejado de citar al marido de la prima hermana, porque había motivo para temer que su opinión fuese contraria á la deliberación que los primos hermanos se proponían tomar (1). Así, pues, se había cometido allí una especie de fraude, lo cual bastaba para viciar la deliberación. La irregularidad no habría sido por sí misma causa de nulidad, á menos que se acreditara que se había vulnerado el interés del menor. Hay que aplicar aquí, *a fortiori*, lo que acabamos de decir de la violación del artículo 407, porque la irregularidad que resulta de violar el 408 es mucho menos grave.

484. Un afín fué citado al consejo, de preferencia á un pariente de dicho grado, siendo así que la ley quiere que el pariente sea preferido al afín (art. 407). La Corte de Bruselas resolvió que esta condición es substancial para la existencia de los consejos de familia, y que su inobservan-

1 Lyon, 13 de Marzo de 1845 (Daloz, 1846, 2, 186). Compárese la sentencia de Gante, 5 de Marzo de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, p. 86).

cia hace que se tornen nulos y de ningún efecto. La sentencia no expresó que se hubiera vulnerado el interés del menor por aquella irregularidad, y de atenerse á los términos de la resolución, ella implica que hay nulidad de derecho, más todavía, inexistencia del consejo (1); pero esto es inadmisibile. El afín tiene derecho para asistir al consejo, y hasta puede ser su presencia más conveniente que la del pariente del mismo grado. En vano dijo la Corte que el acta no contenía razón alguna por la que se hubiese escogido al afín en lugar del pariente; porque ninguna ley obligaba al juez de paz á motivar la elección que había hecho. Supongamos aun que no haya razón alguna: habría entonces irregularidad; pero ¿toda irregularidad constituye nulidad? No, y menos aun entraña la inexistencia del consejo. No habría nulidad sino cuando la irregularidad vulnerase el interés del menor, ó fuese efecto de dolo.

485. La irregularidad es más grave cuando han sido llamados al consejo los amigos, á pesar de haber habido parientes en el lugar. Hay cortes que han considerado esta irregularidad como substancial y de orden público, y á primera vista, cualquiera se siente inclinado á creerlo. ¿Puede decirse que hay consejo de familia cuando no concurren los miembros de ella? (2). Pero esta consideración no es decisiva. ¿Por qué la ley llama á los parientes al consejo? Porque supone que tienen afecto al menor y que cuidarán de sus intereses mejor que los extraños; pero, ¿quién se atrevería á decir que tal presunción fuese siempre la expresión de la verdad? ¿No debe ser preferido un amigo abnegado á un pariente indiferente? La ley misma permite al juez de paz que tome amigos del lugar, por más que haya parientes fuera de la distancia de dos mi-

1 Bruselas, 24 de Noviembre de 1829 (*Pasicrisia*, 1829, p. 76).

2 París, 26 Pluvioso, año XI, y Angers, 29 de Marzo de 1821 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 196, 19).

riámetros (art. 409). Esto nos parece decisivo contra la opinión que considera la presencia de los parientes como una regla de orden público, cuando la cuestión debe resolverse más bien por consideraciones de hecho. Así; pues, volvemos al principio general que domina en esta materia, y es el interés del menor. En este sentido se ha declarado la jurisprudencia (1), la cual invoca, además, otras razones que nos parece difícil aceptar. Se lee en la sentencia de la Corte de Casación que la madre tutora no tiene derecho de atacar como irregular la composición de un consejo de familia, cuyos miembros ella misma indicara al juez de paz. En otra sentencia se lee que no puede criticarse la composición, aunque irregular, si ignoraba el juez la existencia de los parientes á quienes no citó (2). ¿Podrían estas consideraciones dar validez á una deliberación tomada por un consejo compuesto de una manera irregular, si estuviese comprobado que tales irregularidades habían perjudicado los intereses del menor? No por cierto, y ni aun la Corte de Casación, lo dice; luego ni la buena fe del juez de paz ni el consentimiento del que provoca la convocación del consejo de familia, pueden influir en la validez ó la nulidad del consejo, y hay que pasarlas por alto para fijarse exclusivamente en el interés del menor.

486. La citación de los amigos ha dado margen á una dificultad muy seria. Conforme al artículo 409, no pueden los amigos formar parte del consejo sino con dos condiciones establecidas por la ley: la primera, que hayan tenido relaciones habituales de amistad con el padre ó la madre del difunto; la segunda, que sean tomados de la municipalidad donde se abre la tutela. ¿Es ésta una disposición substancial, en el sentido de que faltando una de esas con-

1 Aix, 19 de Marzo de 1835 (Daloz, palabra *Interdicción*, núm. 78) y 7 de Marzo de 1846 (Daloz, 1846, 2, 171).

2 Sentencias revocatorias de 3 de Marzo de 1856 y 19 de Abril de 1856 (Daloz, 1856, 1, 291, 290). Compárense las de Gante, 22 de Mayo de 1841 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 293), y de Bruselas, 27 de Enero de 1843 (*Pasicrisia*, 1843, 2, 103) y 6 de Julio de 1857 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 269).

diciones, no hay amigos, como no habría electores si no concurriesen las condiciones de elegibilidad? Así lo ha resuelto la Corte de Casación. Una sentencia de París había declarado válida aunque irregular, la composición del consejo, fundándose en que no había habido connivencia ni dolo en la omisión de los parientes; pero la Corte Suprema casó aquella resolución, y á la vez que reconoció que las reglas sobre la formación del consejo de familia no tenían como sanción necesaria y absoluta la pena de nulidad, resolvió que las facultades de los tribunales no podían llegar hasta á confiar á extraños, faltándoles las condiciones de aptitudes legalmente determinadas, una misión que la ley atribuye á los miembros de la familia (1).

Parécenos de un rigor excesivo esta resolución, y no tubeamos en decir que viola el espíritu de la ley. Es indudable que no el primero que llega es amigo; pero ¿dejaría de serlo quien viviese fuera de la distancia legal de dos miriámetros? ¡Cómo! si hay una persona que vive en el campo y era amigo de corazón del padre difunto, sin que haya nadie que se interese por los huérfanos más que ella, ¿se prohibirá al juez de paz que la llame al consejo! Por esta vez, Pascal tendría razón de burlarse de nuestras leyes y nuestra justicia: amigo de más acá de dos miriámetros, es indiferente más allá. Exígesse la residencia en la municipalidad donde se abre la tutela, menos por el interés del menor que por el de las personas á quienes, sin ser parientes por consanguinidad ni por afinidad, quisiera el juez de paz llamar al consejo; es una especie de excusa que les concede la ley, y es imposible que á los ojos de ésta sea incapacidad con que ella los afecta. Este es el sentido en que se han declarado las Cortes de apelación (2).

Más delicada es aun la cuestión por lo que hace á la otra

1 Sentencia de Casación, 19 de Agosto de 1850 (Daloz, 1850, 1, 281).

2 Bruselas, 29 de Diciembre de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, 2, 282). Lyon, 14 de Julio de 1853 (Daloz, 1854, 2, 33), y Douai, 4 de Julio de 1855 (Daloz, 1856, 2, 47).

condición que la ley exige. Supónese que las personas á quienes el juez de paz llama á título de amigos, no sostuvieren habitualmente relaciones de amistad con el padre ó la madre del menor: ¿viciará su presencia la composición del consejo de familia? Si se contesta afirmativamente, con la Corte de Casación, hay que llegar hasta á decir que el vicio es substancial, en el sentido de que no teniendo esos pretendidos amigos aptitud legal para concurrir, son incapaces, y, por consiguiente, no se toman en cuenta para completar el número; de donde se seguiría que el consejo de familia carecería de existencia legal. Creemos que no debe admitirse esta interpretación. El punto relativo á quién es amigo constituye evidentemente una cuestión de hecho, que al juez de paz corresponde aplicar; por lo mismo, basta que haya designado á extraños á título de amigos para que hayan tenido capacidad para asistir al consejo, sin perjuicio de examinar si la presencia de esas personas extrañas causó algún perjuicio al menor, que es otra cuestión de hecho. Supongamos que el padre difunto no tuvo amigos, y, si queremos ajustarnos á la realidad, esta suposición resultará verdad las más de las veces. ¿Qué hará el juez de paz si no hay parientes? Según el sistema de la Corte de Casación, sería imposible la composición del consejo de familia, y así, es necesario que se permita al juez de paz que elija personas que no sean precisamente amigos. En suma: quedamos bajo el imperio del principio general, á saber: que no hay nulidad, á menos que el interés del menor lo exija (1). La misma Corte de Casación ha retrocedido ante la aplicación rigurosa del principio que dejó establecido en su sentencia de 1850. Sucedió que alguna persona fué llamada al consejo á título de amigo, y en seguida se reconoció que no había tenido relaciones de amistad con el padre del difunto. La Corte de Nîmes declaró válida la deliberación,

1 Sentencia precitada de Douai, 4 de Julio de 1855.

fundándose en que había habido un simple error, sin dolo ni fraude: motivo que fué precisamente el rechazado en 1850, por la Corte de Casación, y que después admitió en 1858 (1). ¡Ah! ¿qué importa la buena fe? ¿qué importa, asimismo, que aquel pretendido amigo hubiera sido designado por la misma tutora? Si no tiene la aptitud legal, ¿se la puede dar la designación de la madre? ¿Puede el consentimiento de los particulares modificar leyes de orden público?

Núm. 4.—Del derecho de los terceros para atacar las deliberaciones del consejo.

487. ¿Tienen los terceros el derecho de atacar las deliberaciones del consejo de familia? Hay mucha incertidumbre sobre esta cuestión, así en la doctrina como en la jurisprudencia. Creemos que es necesario distinguir si se ataca la deliberación en su fondo ó á causa de algún vicio de forma. Si se trata del fondo de la deliberación, se permanece bajo el imperio del derecho común. El consejo de familia no puede ciertamente vulnerar los derechos de terceros, y si los vulnerase, tendría éste el de mantenerlos atacando la deliberación que atentó contra ellos. No puede caber duda sobre este principio, faltando solamente saber quiénes son esos terceros, cuyos derechos puede vulnerar el consejo. Los tutores son los únicos que se encuentran en el caso de ser perjudicados por una deliberación del consejo de familia: y el Código Civil prevé la dificultad, resolviéndola naturalmente en favor del tutor. El que fué nombrado por el consejo de familia, propone algunas excusas que no son aceptadas: en este caso, puede reclamar contra la resolución del consejo (art. 440). Si se le destituye ó excluye sin causa legítima, podrá también recurrir contra la deliberación que le perjudicó en su honor

1 Sentencia revocatoria de 19 de Julio de 1858 (Dalloz. 1859, 1, 13).

(art. 448). El consejo admite las excusas del tutor á quien nombró, y elige otro: este último puede reclamar y sostener que el tutor excusado no era excusable, y que, en consecuencia, debe mantenerse el primer nombramiento. Acerca de este punto, no hay disposición legal expresa, pero bastan los principios para resolver la cuestión en favor del tutor. Este tiene interés en reclamar, y por lo mismo una acción y un derecho que ejercitar, porque no puede ser llamado á la tutela mientras no quede insubsistente el primer nombramiento; y, sin embargo, este nombramiento debe mantenerse si no era excusable el tutor nombrado (1).

Lo mismo acontece siempre que el tutor en ejercicio pretende que alguna deliberación del consejo de familia lesiona sus derechos. La ley determina las atribuciones del tutor y define la intervención del consejo de familia. Si el consejo se excede de los límites de su competencia usurpando los poderes del tutor, éste puede indudablemente reclamar, y puede hacerlo aun en el caso en que esté obligado á dirigirse al consejo, si el consejo toma una deliberación que lastime sus intereses. El tutor pide al consejo la facultad de ayudarse de un administrador asalariado: si el consejo le deniega esa facultad, podrá el tutor reclamar (2)

488. ¿Pueden los terceros atacar también las deliberaciones del consejo de familia por razón de vicios de forma? Hay que distinguir si el vicio de forma es substancial, en el sentido de que afecte á la existencia misma del consejo, ó si sólo produce una simple irregularidad que, conforme á las circunstancias, puede dar lugar á la nulidad de la deliberación. Cuando falta en ésta alguna condición necesaria para la existencia misma del consejo, debe resolverse,

1 Aubry y Rau, t. I, p. 422, nota 6.

2 Aubry y Rau, t. I, p. 394 de la 4ª edic.

aplicándose los principios relativos á los actos inexistentes (1), que cualquier interesado puede alegar la inexistencia del consejo, y, por lo mismo, la de la deliberación por él tomada. Teóricamente, esto no se presta á la menor duda, desde el momento en que se admite la doctrina de los actos inexistentes; pero la aplicación sí es dudosa, porque la ley no determina las condiciones necesarias para la existencia del consejo y de sus deliberaciones. Se ha resuelto que la formación del consejo en el domicilio de la tutela es una condición substancial, sin la cual no hay consejo; y siguiéndose esta opinión, también debe resolverse que los tutores pueden utilizar la inexistencia en su favor. La Corte de Bruselas lo resolvió así (2). Un tercero es perseguido por el tutor por el pago de una deuda; el demandado sostiene que el actor no es tutor y que carece de toda personalidad para exigir el pago de lo que se debe al menor. Es indudable que podría oponer esa excepción, si fuese perseguido por cualquiera que sin derecho alguno se atribuyese la calidad de tutor; y, sin embargo, según la doctrina de los actos inexistentes, el tutor nombrado por un consejo que no tuviese existencia legal, sería un cualquiera. Debemos agregar que la Corte de Bruselas no se funda en la doctrina de los actos inexistentes, sino que, en todas las hipótesis, reconoce á los terceros el derecho de oponer la nulidad de las deliberaciones tomadas por el consejo. Entendida de este modo, es inadmisibile la opinión autorizada por la Corte, como al momento vamos á demostrarlo. Si se admite que el consejo de familia, aunque formado en otra parte distinta del domicilio de la tutela, tiene existencia legal y puede deliberar, hay que resolver que los terceros no pueden oponer la irregularidad que de allí resulte (3).

1 Véase, más arriba, núm. 471.

2 Sentencia de 8 de Mayo de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, p. 116).

3 Así lo resolvió la Corte de Riom en un caso en que el juez de paz era incompetente. (Sentencia de 10 de Julio de 1846, *Dalloz*, 1846, 2, 130).

489. Efectivamente, tratándose de una simple irregularidad, no es nula de derecho la deliberación, en razón del vicio de forma; y sólo hay nulidad virtual, fundada en el interés del menor. ¿Con qué derecho se habían de aprovechar los terceros de una nulidad que no fué establecida en su favor? No tienen calidad para ello, ni aun interés. La Corte de Bruselas permitió que un deudor perseguido por el tutor opusiera la composición irregular del consejo de familia que le había nombrado (1). Si la ley quiere que sean llamados al consejo los parientes más próximos, es tan sólo por el interés del menor; ¿y tienen los terceros deudores alguno para promover en nombre de él? No, como tampoco le tienen para promover en propio nombre, toda vez que válidamente pueden pagar al tutor, mientras no quede anulado su nombramiento. La opinión adoptada por la Corte de Bruselas conduce á que se vuelva contra el menor una garantía que sólo por su interés estableció la ley; sus deudores, en lugar de pagar lo que deben, atacarán el nombramiento del tutor, y si ese nombramiento se llega á anular, será necesario proceder á otro nuevo; de donde se seguirán moratorias, gastos é inconvenientes, todo ello con perjuicio del menor, y todo, también, en virtud de una disposición que ha querido resguardar sus intereses. Esto es inadmisibile.

Sólo un caso hay, en que tendrían derecho é interés los terceros para oponer la irregularidad de una deliberación viciada en la forma. El tutor intenta una acción personal en virtud de una autorización irregular, y el demandado puede excepcionarse con esa misma irregularidad. En efecto: si no la opusiese y llegase á obtener en el juicio, podría el menor pedir la nulidad del juicio, fundándose en que el tutor no había sido válidamente autorizado para litigar. El demandado tiene interés en ponerse á cubierto

1 Bruselas, 20 de Marzo de 1823 (*Pasicrisia*, 1823, p. 369). En sentido contrario, Aubry y Rau, t. I, p. 394, y nota 30.

de la acción de nulidad, y desde ese momento tiene derecho de oponer la excepción relativa, resolviendo el tribunal si es válida la autorización. Esta excepción resulta de la misma situación de las partes, pues el interés del menor se identifica, en este caso, con el del tercero, ya que aquél se halla interesado, tanto como éste, en prevenir nuevos litigios. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo sobre este punto (1).

Núm. 5.—De los actos ejecutados en virtud de deliberaciones irregulares.

490. El tutor renuncia una sucesión en virtud de una deliberación del consejo de familia, enajenando un inmueble del menor en virtud de una autorización conformada ú homologada por el tribunal: se pregunta si el menor puede atacar tales actos. Hay que distinguir: si se observaron todas las formalidades, el acto ejecutado por el tutor es inatacable; el menor no podría atacarle sino en cuanto al fondo, sosteniendo que se le perjudicó: y, es de principio que el menor no puede pedir la rescisión, por causa de lesión, de actos que el tutor hubiere ejecutado dentro de los límites de su poder y cubriendo las formalidades prescritas por la ley. Más adelante estableceremos este principio y volveremos á él en el título de las *Obligaciones*.

Si no se cubrieron las formalidades de la ley, ¿es procedente la acción de nulidad por vicio de forma? Cuando la forma es substancial, no cabe la menor duda: en ello no hay más que la aplicación del derecho común. La deliberación se considera, en tal caso, como no acaecida, y cualquier interesado puede hacer valer la inexistencia del consejo, y, por consiguiente, la de todo lo acordado por él; pero la cuestión es dudosa, tratándose de una simple

1 Aubry y Rau, t. I, p. 395, y nota 31. Bruselas, 26 de Julio de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, p. 218, y Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 253).

irregularidad. Creemos que, dado el silencio de la ley, tiene que resolverse en favor del menor. Por resguardar sus intereses, la ley prescribe reglas para la composición del consejo y para sus deliberaciones: si se cubrieron esas formalidades, no puede el menor atacar el acto ejecutado por el tutor, puesto que ha gozado de la protección que la ley quiere dispensarle; pero si no se cubrieron aquellas formas, no habrá gozado el menor de la protección legal, y así, será menester que tenga el derecho de quejarse y de atacar actos ejecutados en virtud de deliberaciones irregulares. ¿De qué le serviría la protección con que la ley le rodea, si los actos, aunque ejecutados en virtud de deliberaciones irregulares, fuesen inatacables? Cierto es que la ley concede un recurso contra tales deliberaciones; pero si no se ha interpuesto ese recurso ¿será víctima el menor de la incuria de los que habrían debido atacar la deliberación y no lo hicieron? Esto sería hacerle víctima de su propia incapacidad, ya que, en todo caso, no podía obrar durante su minoridad. Puesto que no ha podido atacar la deliberación, fuerza es que tenga la facultad de atacar los actos ejecutados en virtud de esa misma deliberación, siempre en el concepto de que no bastará una simple irregularidad para que deba el tribunal declarar la nulidad. El juez apreciará si la irregularidad causó algún perjuicio al menor.

Objétase con el interés de los terceros y aun el del menor. Las deliberaciones de los consejos de familia no son públicas, y así, es imposible para los terceros saber si es ó no irregular la deliberación en virtud de la cual obra el tutor. Dada esta incertidumbre, ¿se aventurarán a tratar con el tutor, si pueden temer una acción de nulidad? ¿Y quién sufriría en ello, si no el menor? (1). Estas consideraciones son de mucha fuerza, y creemos que debía tomarlas en cuenta el legislador; pero lo que se desea saber es si lo

1 Aubry y Rau, t. I, p. 396 y nota 38. Duranton, t. III, p. 471, núm. 479.

hizo, y ni siquiera previó la dificultad. Nos hallamos, pues, sin ley. Hay una deliberación irregular, nula, y todo lo que se ejecuta en virtud de una deliberación nula está inficionado de la misma nulidad. ¿Opondrán los terceros la excepción de fuen a fe? No pueden, dado el silencio de la ley, toda vez, que, efectivamente, dicha excepción reduciría á la nada un derecho que el menor debe á la ley. El legislador es el único que puede establecer excepciones que destruyan los derechos por él mismo creados. Esto nos parece decisivo.

La jurisprudencia se declara en favor del menor, antes que contra él. Habíase celebrado una cierta transacción con las formalidades de la ley; pero la deliberación del consejo de familia era irregular. La Corte de Aix anuló aquella deliberación y la transacción celebrada en virtud de la autorización del consejo, confirmada por el tribunal (1). Una sentencia de la Corte de Casación resuelve que debe aplicarse el principio general que domina en esta materia; es decir, "que la ley deja al buen juicio y la prudencia de los tribunales el cuidado de apreciar las circunstancias particulares que pueden excusar irregularidades exentas de toda sospecha de dolo ó de connivencia" (2). La Corte de Tolosa anuló la renuncia de una herencia hecha en virtud de una deliberación para la cual no se había citado á la madre del menor, quien consideró á éste como lesionado, sencillamente porque se le había privado del apoyo de quien más que ningún otro habría debido ser citada para que vigilara sus intereses (3). En otro caso, la Corte de Douai mantuvo una venta celebrada en virtud de una

1 Aix, 3 de Febrero de 1832 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 180). Aubry y Rau citan erróneamente esta sentencia como si declarara inexistente la deliberación, cuando se trataba de una simple irregularidad de forma. Véase, en el mismo sentido, una sentencia de Lieja, 28 de Junio de 1845, confirmada por otra revocatoria de 3 de Diciembre de 1846 (*Pasicrisis*, 1848, 1, 230).

2 Sentencia revocatoria de 3 de Abril de 1858 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 176, 69).

3 Tolosa, 5 de Junio de 1829 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 498.)

deliberación irregular, no porque desconociera el derecho de promover la nulidad, sino comprobando de hecho que todo se había verificado de buena fe y evidentemente por el interés del menor (1).

491. Hemos venido suponiendo, en lo que acabamos de decir, que el menor es el que promueve la nulidad. Se pregunta si no deberá aplicarse el artículo 883, según el cual "el tutor, el segundo tutor y hasta los miembros de la asamblea pueden recurrir contra la deliberación." Estas palabras copiadas contestan la pregunta, pues suponen que se recurre contra la deliberación, mientras que la acción de nulidad se dirige contra el acto ejecutado en virtud de la deliberación. En el primer caso, se quiere impedir que la deliberación produzca efecto; en el segundo, por no haber sido atacada la deliberación, produjo el efecto que había de producir, y así, ya no es el caso de recurrir contra ella. Por consiguiente, no es aplicable el artículo 883. Se concibe que el legislador haya dado al tutor, al segundo tutor y á los miembros del consejo el derecho de recurrir contra una deliberación que lastima sus intereses ó que se ha acordado irregularmente y que, á causa de su irregularidad misma, perjudica al menor; pero cuando no se ataca esa deliberación, sino que antes bien se la ejecuta, el tutor y los miembros del consejo ya no pueden promover, por lo mismo que no interpusieron el recurso que la ley otorga. Sólo el menor tendrá todavía derecho é interés para promover, al no haber podido recurrir contra la deliberación, sin que el silencio de sus parientes pueda arrebatárle el derecho de atacar un acto ejecutado en virtud de una deliberación irregular (2).

492. Los terceros que han contratado con el tutor en virtud de una deliberación irregular, ¿pueden pedir la nu-

1 Douai, 1º de Agosto de 1839 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 551, 1º).

2 Aubry y Rau. *Curso de Derecho civil francés*, según el método de Zachariæ, t. I, p. 397, nota 40.

lidad del acto? Conforme á los principios generales, hay que contestar negativamente. Se trata de una acción de nulidad fundada en un vicio de forma en la deliberación del consejo de familia, deliberación en cuya virtud obró el tutor. ¿Quién puede intentar la acción de nulidad? Cuando ésta es de orden público, cualquier interesado puede utilizar la acción; cuando no es de orden público, únicamente la puede ejercitar la parte en cuyo interés se ha establecido (1). ¿Se trata aquí de una nulidad de orden público? Hemos enseñado que la tutela es de orden público; pero no por esto la acción de nulidad que corresponde al menor es de orden público, pues si se le concede, es tan sólo porque siendo incapaz, no ha gozado de la protección que la ley quiere asegurarle; así es, que obra como incapaz, y las nulidades fundadas en la incapacidad son relativas (art. 1125). Esto decide la cuestión contra los terceros.

493. Únicamente el menor puede promover la nulidad: ¿contra quién puede ejercitar su acción? El artículo 883 dice que el recurso contra las deliberaciones del consejo se interpone contra los miembros que hayan votado de acuerdo con la deliberación. Este artículo no es aplicable á la acción de nulidad. Es cierto que indirectamente tiende á anular la deliberación irregular tomada por el consejo de familia; pero este no es el objeto directo de la acción, sino más bien el medio. La acción de nulidad tiene por objeto directo y principal pedir la anulación de un acto jurídico que se celebra por el tutor y un tercero, y así, se dirige contra el tercero interesado en que se mantenga el acto. En consecuencia, contra los terceros interesados se debe intentar la acción.

1 Véase el tomo I de estos *Principios*. núm. 72.