

principio de orden público. Esto es suficiente para que deba rechazarse toda extensión de la ley. Por otra parte, ni siquiera hay razón. La excepción se funda en el vínculo estrecho de parentesco que existe entre el tutor y su pupilo; esto es verdad respecto al primo hermano, y no lo es más allá del grado de primo hermano (1).

## § II.—DE LAS FUNCIONES DEL SUBROGADO TUTOR

427. El subrogado tutor está llamado á vigilar al tutor, y esta es su función principal; pero cosa singular, la ley no lo dice de una manera expresa. Sin embargo, no hay lugar á duda. A diligencia del subrogado se convoca el consejo de familia, cuando hay motivo para destituir al tutor (art. 446). Esto supone el derecho y el deber de vigilar la administración de la tutela. ¿De qué manera ejercerá el subrogado tutor esta vigilancia? La ley le da un único medio, y éste con dependencia del consejo de familia, puede obligar al tutor á entregar al subrogado tutor estados de situación de su gestión, en la época que el consejo de familia juzgue á propósito fijar (art. 470).

Esta obligación debería existir de derecho, en lugar de ser facultativa; porque si el subrogado no tiene este medio de inspección, la vigilancia se hará imposible. El art. 420 establece que las funciones del subrogado tutor consisten en promover los intereses del menor, cuando están en oposición con la del tutor. Siguese de aquí que, en general, el subrogado tutor no obra, no es tutor, ni substituto del tutor; aun en el caso en que la tutela queda vacante, ó cuando se abandona por ausencia, el subrogado tutor no substituye de pleno derecho al tutor; debe, en este caso, provocar el nombramiento de un nuevo tutor (art. 424).

1 En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 1º, p. 421, nota 5.

Llamado á vigilar la gestión, es imposible que él mismo obre; porque ¿qué sería entonces de la inspección de la tutela? Hay excepción cuando los intereses del menor y del tutor están en conflicto: la ley dice que, en este caso, él *promueve*: luego él es el que entonces maneja la tutela por acto especial. ¿Qué viene á ser en este caso la garantía que el menor encuentra en el tutor subrogado? El subrogado tutor no puede vigilarse á sí mismo. A decir verdad, la subrogada tutela está vacante mientras dura el acto; ahora bien, la ley quiere que haya siempre un subrogado tutor; luego será necesario, como lo ha resuelto la corte de París, nombrar á un subrogado tutor *ad hoc* (1). La ley no conoce esta denominación, pero expresa muy bien el motivo de esta tutela provisional.

Lo mismo sucede, por identidad de motivos, si el subrogado tutor tiene intereses opuestos á los del menor. El subrogado tutor no podría presentar la dimisión, porque no es para siempre la oposición entre él y el menor, sino únicamente para un acto particular y temporal; luego es suficiente reemplazarlo provisionalmente por un tutor *ad hoc* (2).

## SECCION IV.—Del consejo de familia.

### § I. DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO.

428. «Para obtener una buena organización de los consejos de familia, dice Berlier, ha parecido necesario hacerlos más numerosos y no admitir en ellos más que á los más próximos parientes de cada línea, y obviar la influencia de una línea sobre otra, por convocatoria de un número igual

1 París, 11 de Marzo de 1843 (Dalloz, en la palabra *minoría*, número 305. La corte de Rennes ha resuelto que el nombramiento de un tutor *ad hoc*, no era necesario. Sentencia de 4 de Mayo de 1951, (Dalloz, 1856, 5,470, num. 17).

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



de parientes de cada una. Así, pues, se convocarán los tres parientes más próximos de cada línea. Este es el límite que se ha creído conveniente adoptar, límite que hará saber el consejo de familia al número de siete incluso al juez de paz, que será el miembro presidente, y cuyo carácter imparcial dirigirá á los necesitados hácia el bien y la utilidad del menor» (1).

¿Por qué el legislador quiere que el consejo sea poco numeroso? Hay un viejo adagio (2), fruto de la experiencia, que dice que cuando un gran número de personas están encargadas de administrar, cada una de ellas se atiene á la otra, y en definitiva ninguna hace nada. La responsabilidad moral es la única garantía que ofrece un consejo de familia: no hay que dividirla mucho, porque se nulifica. Se han detenido en el número de seis por dos razones: en primer lugar, incluyendo al juez de paz lo que ordinariamente permite conseguir una mayoría absoluta; en segundo lugar, hay que contar con las ausencias; luego se necesitaba un cierto número de parientes para representar á cada línea (art. 407).

429. ¿Cuáles son las calidades que se requieren para ser miembro del consejo de familia? Es necesario ser varón, porque, se dice, se trata de concurrir al discernimiento de la tutela, que es un oficio civil y racional (3). ¿No es más cierto decir que excluye á las mujeres porque ellas no tienen, en general, la experiencia de los negocios? La madre y las ascendientes viudas están exceptuadas (arts. 442, 408). Ellas pueden ser tutoras en razón del cariño que tienen al menor. Por lo tanto, era preciso permitirles también asistir al consejo.

Los miembros del consejo deben ser mayores, los me-

1 Berlier, Exposición de motivos, núm. 11 (Loeré, t. 3º, p. 413).

2 *Quod plures tangit neminem angit.*

3 Proudhon, "Del derecho de las personas," t. 2º, p. 306.

nores son incapaces de dirigirse por sí mismos y de manejar sus negocios, así, pues ¿cómo habían de poder dar pareceres acerca del gobierno de la persona de los pupilos y sobre la gestión de sus intereses? El padre y madre están exceptuados (art. 442), capaces de ser tutores, en razón del afecto natural que por sus hijos tienen, son por esto mismo capaces de formar parte del consejo.

Los miembros del consejo deben ser parientes, porque el parentesco es una prueba de cariño, y en el cariño de la familia, así como en el del tutor hacia los huérfanos, es con lo que se cuenta para el cumplimiento de funciones á menudo difíciles y siempre desagradables. Se da, además, otra razón, y es que siendo llamados los parientes á suceder al menor, justo es que estén obligados á cuidar los intereses de aquél (1). Esto es verdad en el sentido de que la tutela y el consejo de familia imponen una carga establecida por interés de la familia, y que por tanto, debe pesar de preferencia en ésta. Pero el derecho de sucesión no es el principio dominante, porque no son necesariamente los más próximos parientes los que deben ser tutores ó miembros del consejo de familia. ¡Desgraciados huérfanos si sus parientes no los cuidan sino porque son sus herederos eventuales! El juez de paz que integra el consejo, convocará á él, no á los parientes más interesados, sino á los más cariñosos. A falta de parientes, el juez de paz elegirá personas que han tenido relaciones habituales de amistad con el padre ó la madre del menor (art. 409). Esta disposición revela el espíritu de la ley. La tutela y las instituciones que se relacionan son todas de cariño y de beneficencia.

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

1 Demolombe, *Curso de código Napoleón*, t. 7º, p. 60, núm. 252.



*Núm. 1. Del juez de paz.*

430. El juez de paz es miembro nato del consejo de familia, y al mismo tiempo es su presidente (art. 416). No puede haber cuerpo deliberante sin presidente; luego no hay consejo de familia sin juez de paz. Si estuviese impedido para presidirlo, debe hacerse reemplazar por un suplente. El tribunal no tendrá derecho para investir á uno de sus miembros con esas funciones (1). No basta que el juez de paz presida, se necesita también que tome parte en la deliberación; porque como lo dice el orador del gobierno, en su prudencia, experiencia de los negocios, espíritu de conciliación es con lo que cuenta el legislador para llevar á buen término deliberaciones en que las pasiones y los intereses opuestos hacen muchas veces un importante papel. Si el juez de paz no tomare parte en la deliberación, equivaldría á que no asistiese, y sin juez de paz no hay consejo de familia. Más adelante veremos las consecuencias importantes que se derivan de este principio.

431. El juez de paz es un juez. ¿Y con tal carácter preside el consejo de familia? ¿y ejerce una jurisdicción al tomar parte en sus deliberaciones? Si asistiese como juez, habría que aplicarle el principio de que el juez no puede conocer dos veces de la misma causa; de modo que si se anulase una deliberación del consejo, el juez de paz que presidió la primera reunión no podría presidir la segunda. El tribunal de París así lo ha resuelto (2); pero el error es evidente. La ley lo ha elegido ciertamente para presidir el consejo de familia en razón de las funciones de conciliación

1 Fallado implícitamente así por sentencia de Burdeos, de 6 mesidor, año III (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 708, 2º)

2 Fallo del tribunal del Sena (Daloz, en la palabra *minoría*, número 241).

que habitualmente desempeña; pero el presidente del consejo no es un juez, como el consejo de familia no es un tribunal. El mismo consejo, compuesto idénticamente de los miembros, puede ser convocado en varias ocasiones para dar un dictamen sobre el mismo asunto; lo que se permite á los miembros del consejo, lo está también al juez de paz, que es también miembro nato del consejo (1).

*Núm. 2. De los parientes y aliados.*

*I. reglas generales.*

432. Los seis miembros que componen el consejo de familia son escogidos por el juez de paz entre los parientes ó parientes políticos que residan en la comuna en donde se ha abierto la tutela, ó en la distancia de dos miriametros. Hemos dicho que *residen*: el art. 407 se sirve de una expresión más general todavía: *tomado en la comuna*. Es verdad que se encuentra la expresión *domiciliados* en los arts. 409 y 410, que son una consecuencia del art. 407. Pero de aquí no ha de inferirse que se deba, en esta materia, atenerse al domicilio de derecho, tal como está definido por el art. 102. La ley no siempre se ajusta al domicilio legal; prefiere á veces la residencia cuando hay motivos para preferirla. Ahora bien, para la composición del consejo, era preciso, evidentemente atenerse á la residencia, porque importa que los parientes convocados á asistir no estén obligados á cambiar de lugar; y estando en el lugar, tenemos un conocimiento más claro de los hechos y de las circunstancias que deben ver para deliberar. Por esto es que los artículos 409 y 410 se sirven de la expresión: *en el lugar*; lo que prueba que en la mente del legislador la palabra *domiciliados*, que se halla en el art. 407, no tiene otro sen-

1 Zachariæ, traducción de Vergé y Massé, t. 1º, p. 389 y nota 3.



tido. La interpretación contraria conduciría á esta consecuencia absurda que habría que nombrar miembro del consejo á un pariente que tuviese su domicilio de derecho en la comuna en 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 en la línea paterna del menor y tres en la línea materna (art. 407). Esta regla es esencial. La familia del menor es la llamada á velar por sus intereses; ahora bien, la familia se compone de parientes de las dos líneas; sus intereses están muchas veces divididos, sus aspiraciones son diferentes; importa, pues, que cada una de las dos líneas esté representada por un número igual de miembros. Siguese de aquí que si no hay tres parientes naturales ó políticos de una línea en el lugar de la causa, el juez de paz no puede tomar parientes ó aliados de la otra línea; ese ya no sería 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 prosperidad. Esto es menos esencial. Si hay más parientes de los que ha menester para componer el consejo, el juez de paz elegirá al más próximo en grado, supuesto que así lo quiere la ley; pero si este pariente no conviene, siendo así que haya uno más elegido en grado que convenga más, evidentemente que el juez de paz deberá tomar parte. El interés del menor es lo que ante todo debe tomarse en consideración, y en virtud de este interés el juez de paz debe obrar y aplicar la ley.

Si hay un pariente natural y otros políticos del mismo grado, dice el art. 407, el pariente será preferido, en-

1 Esta es la opinión general (Demolombe, t. 8º, p. 174, número 177).

2 Magnin, "Tratado de la minoría," t. 1º, núm. 330.

tendiéndose por su puesto que sea capaz. Si hay parientes del mismo grado, el de mayor edad debe ser preferido, siempre con la reserva de que el juez de paz tiene un poder de apreciación. Mas adelante volveremos á tratar este punto.

434. La ley quiere que regularmente los miembros del consejo se tomen en el lugar, aun cuando hubiese parientes ó aliados más próximos fuera de la distancia legal de dos miriámetros. Ya hemos dado la razón de esto. Mientras más alejados estén los parientes, más difícil les será su translación, y la ley quiere que no se agrave un cargo que ya por sí mismo es demasiado pesado. Además, las translaciones dan lugar á gastos y éstos refluyen naturalmente en el menor. No obstante, el interés del menor es superior á todas estas consideraciones. El art. 410 da al juez de paz el derecho de convocar al consejo, á cualquiera distancia del domicilio, á parientes ó aliados para formar el consejo. La ley agrega, cosa que no era necesario expresar, que, en este caso, debe suprimir á algunos parientes ó aliados presentes, supuesto que el número no puede exceder, en general, de seis.

El art. 410 da al juez de paz un derecho, no le impone una obligación; á él corresponde apreciar si es ó nó conveniente llamar al consejo á parientes ó aliados que viven fuera de la distancia legal de dos miriámetros. Los parientes más cercanos no pueden prevalerse de esta disposición y forzar al juez de paz á convocarlos (1); no podrán hacerlo aun cuando ofreciesen soportar los gastos de translación (2). Hay un interés moral que domina al pecuniario, y el juez de paz es quien tiene misión de apreciar

1 Rouen, 22 de Noviembre de 1816, y Rennes, 30 de Julio de 1833 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 193, 1º y 2º). Los autores están de acuerdo con la jurisprudencia.

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



435. Puede suceder que en el lugar no haya parientes ó aliados en suficiente número para componer el consejo de familia. En este caso, dice el art. 409, el juez de paz llamará, sea á parientes ó aliados domiciliados á mayores distancias, sea en la comarca misma, á ciudadanos conocidos por haber tenido relaciones habituales de amistad con el padre ó la madre del menor. Más adelante insistiremos en 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 ha decidido por la condición de aptitud para suceder, y que antes bien por el interés que los miembros del consejo tengan por el menor. Hasta se ha sostenido con 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 el 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 convoca á los presuntos herederos (1).

436. Siguense las mismas reglas para los aliados ó parientes políticos (arts. 407, 409 y 410). Pero se pregunta si la alianza subsiste cuando el esposo muere sin dejar descendientes oriundos de su matrimonio. La cuestión es controvertida y hay alguna duda. En teoría, puede sostenerse que una vez formada la alianza subsiste como el parentesco cualesquiera que sean los acontecimientos ulteriores. Hay, no obstante, una diferencia. El parentesco deriva de la sangre y está, en consecuencia, al abrigo de todas las even-

1 Bruselas, 29 de Diciembre de 1858, (*Pasirisia*, 33, 2, 282).

tualidades; mientras que la alianza es un vínculo legal, facticio, que el matrimonio crea, que se perpetúa cuando hay hijos nacidos del matrimonio, aun cuando el cónyuge llegue á morir; pero cuando no hay cónyuge ni hijos, toda causa que produzca alianza cesa: ¿no es llegado el caso de decir que cesando la causa, el efecto debe también cesar? Sin embargo, estos motivos no nos parecen perentorios. Una vez producido el efecto, no cesa siempre con la causa. Lo que nos parece decisivo, es que en el antiguo derecho, no se convocaban á título de aliados, sino á aquellos «que se habian casado con una parienta del menor que servía ó que tenía un hijo.» Estos son los términos de Pothier (1), que están de acuerdo con un adagio cuya forma es un poco de tutela, pero que expresa enérgicamente el espíritu del derecho antiguo: «Una vez muerto mi hijo, muere mi yerno» (2). Esto es cierto, sobre todo en materia de tutela; ésta exige el afecto al menor, y ¿en dónde están los parientes políticos que conservan este afecto, cuando la muerte ha venido á romper los vínculos que existían entre las dos familias? (3). La jurisprudencia es contraria (4).

Una sentencia de la corte de casación invoca los artículos 283 y 378 del código de procedimientos, según los cuales la afinidad subsiste como motivo de reproche contra los testigos ó de recusación respecto á los jueces, en el caso mismo en que el cónyuge que producía la afinidad hubiese fallecido y no hubiese tenido descendientes. A esto puede contestarse que el art. 206 del código civil, en cambio,

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

2 Loysel, "Institutas consuetudinarias," t. 1.º, núm. 134, p. 166 (vol. de Laboulaye).

3 Esta es la opinión generalmente adoptada, (Duranton, t. 3.º, página 402, nota. Marcade, t. 2.º, p. 21, art. 407, núm. 1.

4 Sentencia de Bruselas de 11 de Junio de 1812, y de la corte de casación de 24 de Febrero de 1825 (Dalloz, en la palabra *minoría*, número 189, 1.º y 3.º). En el mismo sentido, Valette acerca de Proud-hon, t. 2.º, p. 315, núm. 11, y Demolombe, t. 7.º p. 161 y núm. 255).