

considera las afinidad como disuelta, cuando no hay ni cónyuges ni hijos. Esto prueba que no hay sistema absoluto en esta materia, que la ley considera la afinidad como existente ó estricta según las circunstancias. Y cuando se llama á los afines en razón del afecto que tienen á los huérfanos ¿hay lugar á considerar la alianza como existente aun cuando estén rotos los vínculos?

II.—Excepciones.

437. El art. 408 hace dos excepciones á la limitación del número que establece. La primera concierne á los primos hermanos y los maridos de las primas hermanas. Si son ellos seis, dice el art. 408, ó más, serán miembros del consejo de familia, que compondrán solos; ningún otro pariente será convocado, salvo los ascendientes, que están comprendidos en una segunda excepción. Si son ellos menos de seis, los otros parientes no son llamados sino para completar el número. En el caso de esta primera excepción, el consejo de familia puede, pues, componerse de más de seis miembros, todos primos hermanos, es decir pertenecientes á las dos líneas. La ley llama á todos, porque no hay razón para excluir á uno más bien que á otro; y por otra parte, un consejo de primos hermanos, por numeroso que sea, no puede menos que ser favorable al menor en razón del próximo lazo de parentesco que une á los miembros del consejo y al pupilo.

Se pregunta si el juez de paz debe llamar al consejo aun á aquellos primos hermanos que moran fuera de la distancia legal de dos miriámetros. La negativa resulta del texto del art. 408; éste dice que los primos hermanos son los únicos que están exceptuados de la *limitación de número* asentada en el artículo precedente. Así es que la excepción no se dirige sino al número de seis parientes ó afines de que

se compone en general el consejo; no habla de los lugares de donde deban tomarse. No había razón para hacer excepción á esta segunda regla: los motivos por los cuales la ley quiere que los miembros del consejo estén tomados en la comuna en 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 el derecho de convocarlos.

Los maridos de las primas hermanas están colocados en la misma línea que los primos hermanos. Hay que aplicar aquí lo que acabamos de decir de la alianza ó 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 parientes maternos, habiendo comprendido el juez de paz á los primos hermanos entre los parientes paternos, como para ello tenía derecho. 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 esta última categoría. Sin duda que habría podido hacerlo; pero no estaba obligado á ello, supuesto que los primos hermanos pertenecen á las dos líneas. La corte de casación así lo falló y esto no ofrece duda alguna (1).

¿Debe resolverse lo mismo en cuanto á los hijos de primos hermanos? Nosotros 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. Se objeta que las excepciones no pueden extenderse de un caso á otro. La objeción pega en

1 Sentencia de la corte de casación, de 10 de Agosto de 1815 (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 185).

falso. ¿En qué deroga el art. 408 las reglas establecidas para la composición del consejo? Únicamente en lo que concierne al número de los miembros. Esta excepción ciertamente que como toda excepción, es de interpretación rigurosa. Así es, que los primos hermanos no podrían ser convocados en más de seis. Pero al decidir implícitamente que los primos hermanos, si son menos que seis, pueden contarse en una u otra línea, la ley, lejos de derogar un principio cualquiera no hace más que aplicar la regla del doble lazo de parentesco, y esta regla necesariamente debe su aplicación en todos los casos en que hay doble vínculo.

439. El art. 408 es una segunda excepción de la regla sobre la limitación del número; 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 los ascendientes, con quienes se hubiesen casado en segundas nupcias, jamás son llamadas al consejo. La suegra misma no será llamada al consejo, supuesto que el art. 442 excluye del consejo á las mujeres, con excepción de la madre y de las ascendientes, con mayor razón queda excluida la viuda de ascendiente que no es ascendiente sino por alianza (1).

La ley llama también al consejo, á los ascendientes válidamente excusados. ¿Quiere decir esto que no se deba llamar á los ascendientes que no se han hallado en el caso de exsuscarse porque no debían ser tutores? Ciertamente que nó. Cuando el superviviente de los padres es tutor, ó cuando el último que muere nombró un tutor testamentario, no hay lugar á la tutela de los ascendientes, luego no puede tratarse de excusarlos. Si en este caso, se

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

convoca un consejo de familia, los ascendientes debén ser convocados por más que no estén excusados: son convocados en primer lugar porque son los parientes más próximos del menor, y en segundo lugar, en virtud del art. 408, como al momento vamos á decirlo. Puede suceder también que haya ascendientes no excusados, cuando el consejo de familia nombra al tutor. Cuando el que sobrevive de los padres rehusa la tutela, ó se excusa, cuando el tutor testamentario se excusa ó es excluido, la tutela no pasa á los ascendientes; no habrá, pues, algunos que estén válidamente excusados, lo que ciertamente no impedirá que se les convoque al consejo. ¿Por qué, pues, el código parece no convocar á los ascendientes sino cuando están *válidamente excusados*? Estas frases deberían suprimirse porque pueden hacer caer en error. Se explica esta negligencia de redacción. Los autores del código no hablan de la composición del consejo de familia sino á propósito del nombramiento del tutor dativo; ahora bien, en el curso regular de las cosas, la tutela dativa no tiene lugar sino á falta de la tutela de los ascendientes; luego si hay ascendientes cuando el consejo nombra al tutor, es porque estos ascendientes se estarán excusados (1).

440. Hemos dicho que los ascendientes son llamados al consejo, de derecho, con el mismo título que los primos hermanos. La cuestión es muy controvertida. A nuestro juicio, el texto y el espíritu de la ley no dejan duda alguna. El art. 408 dice que si los primeros hermanos son seis ó más, todos serán miembros del consejo de familia, que ellos compondrán con los ascendientes excusados y las ascendientes viudas. Luego si hay seis primos hermanos y dos ascendientes, el consejo se compondrá de ocho miembros.

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

A esto se opone el primer inciso del art. 408, por cuyo término los primos hermanos son los únicos exceptuados de la limitación de número establecida por la ley. La objeción no tiene gran valor, supuesto que el segundo inciso contesta al decidir que los primos hermanos compondrán el consejo *solos*, si son más de seis, pero con dos ascendientes.

Si el primer inciso no habla más que de los primos hermanos, es porque supone que no hay ascendientes. Si los hay, el segundo inciso quiere que sean convocados. ¿Y porque no habian de asistir? ¿acaso no son los parientes más próximos, los más afectuosos del menor? Que se interroge al corazón humano, y él contestará que los ascendientes predominan sobre los primos hermanos. Por la misma razón los ascendientes deben ser miembros del consejo cuando no hay primos hermanos. La jurisprudencia se halla en este sentido, y la mayor parte de los autores participan de esta opinión (1).

Hay una opinión contraria. Se dice que los ascendientes no son miembros del consejo de familia, que no son convocados sino por respeto á su título, por deferencia, como miembros honorarios (2). Creemos inútil discutir esta teoría, que es puramente imaginaria, que no tiene ningún apoyo ni en el texto, ni en el espíritu de la ley, ella hace la ley y la hace muy mal. ¡Cómo! se llama al consejo, como miembros de derecho, á parientes del duodécimo grado, á afines, ó extraños, y no se ha de llamar á la abuela ó al abuelo del menor. Se necesita un texto más que formal para admitir semejante anomalía, íbamos á decir semejante absur-

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

2 Esta es la opinión de Taullier y de Marcadé. Demolombe la refuta completamente (t. 8º, p. 166, núm. 263).

do. Cuidémonos de imputarlo al legislador, siendo así que no ha dicho una sola palabra de donde pueda inferirse que hay miembros honorarios, y que estos sean precisamente los parientes más cercanos, los afectuosos para el menor.

Núm. 3. De los amigos.

441. Si no hay, á la distancia legal de dos miriámetros, parientes ó afines en número suficiente, el juez de paz puede llamar al consejo de ciudadanos conocidos por haber tenido 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. Se prodiga demaciado el nombre de amigo; la amistad no nace como el amor, de instinto y á primera vista; exige una prolongada intimidad, y únicamente los verdaderos amigos serán los que se interesen por los hijos de sus amigos difuntos. Tal es el sentido de la definición que encontramos en el Digesto: «A micos appellare debemus, non levi notitia conjunctos, sed quibus fuerint jura cum patre familiás, honestis familiaritatis quæsitæ rationibus» (1). El juez de paz debe tener siempre presente esta definición, cuando se halla en la necesidad de elegir amigos para completar el consejo. Ya no había garantía alguna para el menor si el juez de paz llamase á indiferentes al consejo con el título de amigos, siendo así que los más graves intereses y la felicidad de toda la vida de aquél pueden verse comprometidos. Porque el consejo de familia no arregla únicamente intereses pecuniarios, sino que interviene en la educación; conciente en el matrimonio; toma, pues, con el tutor el lugar de los progenitores (2).

1 L. 223, pfo. 1, de V. S. (L. 16.)

2 Ducaurroy, Bonnier y Rouistan, *comentario*, t. 1º, p. 435, número 609.

442. El art. 409 da al juez de paz la elección, de insuficiencia de parientes ó afines presentes, de convocar sea á parientes que moren fuera de la distancia legal, sea á algunos amigos. Siguese de aquí que el 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 el asistir al consejo, porque la ley no les concede ningún derecho, sino que les impone una carga, y no son los que tienen que cumplir una obligación los que pueden decidir si tienen título y capacidad para cumplirla. Se ha fallado lo contrario; se ha considerado el parentesco como queda un título, un derecho, y el alojamiento como una especie de dispensa, á la cual los parientes pueden renunciar (1). Esto es contrario al texto de la ley, la cual da un derecho al juez de paz y no á los parientes. El espíritu de la ley es que se tomen como miembros del consejo á aquellos que tengan más cariño al menor. Tócale al juez de paz apreciar si los amigos presentes deben preferirse á los parientes alejados del lugar en donde se abre la tutela.

443. Los amigos se toman generalmente en la comuna misma, dice el art. 409. Lo mismo pasa con los parientes y afines (art. 407); respecto á los amigos, hay todavía una razón más poderosa que respecto á los miembros de la familia: no se puede exigir á extraños que se trasladen y descuiden sus propios negocios por los del menor. ¿Quiere decir esto que el juez de paz no pueda convocar al consejo á amigos que residan fuera de la comuna? La corte de Bruselas resolvió, y con razón, que tiene el juez este derecho (2). Puede haber necesidad cuando en el lugar no hay personas que puedan consagrarse á los intereses del menor;

1 Besançon, 26 de Agosto de 1808, y Rouen, 29 de Noviembre de 1876 (Dalloz, en la palabra *minoría*, núms. 195 y 193, 1°).

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

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 comuna (1).

§ II.—DE LA FORMACION 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 cuáles son los parientes, afines ó amigos que compondrán el consejo. Se trata de parientes y afines, ella traza reglas generales (art. 407), pero se necesita alguno que explique estas reglas y que, en esta aplicación, goce de una cierta latitud; la aplicación matemática no se concibe. El pariente más próximo puede ser incapaz, y conviene preferirle un afine; entre parientes del mismo grado, el de mayor edad puede convenir menos que el más joven: ¿quién hará la elección? El art. 407 no lo dice, pero los arts. 409 y 410, que completan á aquél dicen que el juez de paz. Nada más natural: él sólo es desinteresado, mientras que los parientes y afines, y aun los amigos están divididos por intereses opuestos, ó tienen sus predilecciones y sus pasiones. Esto no impide que los parientes y los afines den al juez de paz los datos que le son necesarios para hacer sus elecciones con conocimiento de causa, porque el juez de paz no puede convocar á todas las familias; pero el juez de paz es el que exige y forma el consejo. La doctrina y la jurisprudencia están unánimes sobre este punto (2). Se ha fallado que no es al pariente que provoca la convocación del cónyuge, al que correspon-

1 En sentido contrario, sentencia de casación, de 19 de Abril de 1850 (Dalloz, 1850, 1, 281).

2 Aubry y Rau, t. 1°, p. 382, nota 2.