

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.

de formar el consejo, que este poder pertenece únicamente al juez de paz (1).

445. ¿El poder del juez de paz es discrecional? Hay casos en los cuales la ley misma da al juez de paz un poder ilimitado en el sentido de que dicho poder no puede ser objeto de un recurso. Cuando los parientes afines se encuentran en número insuficiente en el lugar, el juez de paz puede convocar sea parientes ó afines domiciliados á más poca distancia, se á algunos amigos de la misma comuna. Los parientes no podrán quejarse, en este caso, que el juez de paz los prefiera á los amigos, supuesto que tiene derecho para hacer tal preferencia. Si no hay parientes en el lugar, el juez de paz puede y aun debe formar el consejo de amigos, supuesto que esta es la única vía legal de llegar á la composición de un consejo. Esto es lo que en Bélgica se operó para el descendiente de un rey, el nieto de Gustavo Adolfo III, cuyo padre fué despojado del trono de Serbia (2). Lo mismo pasara si hubiese parientes en el lugar, pero que, por su estado de salud, fuesen incapaces para asistir al consejo (3). Cuando hay parientes capaces en el lugar, el juez no tiene ya poder discrecional; está, al contrario, ligado por el texto, y debe llamar á los parientes (4).

Hay, además, otro caso en el cual el juez de paz tiene un poder discrecional. Si no hay parientes, puede exigir amigos. Le corresponde apreciar si las personas que convoca al consejo han tenido con el padre ó la madre del menor relaciones habituales de amistad. Esta suma apreciación es muy delicada y que por propia naturaleza se escapa á toda

1 Besançon, 9 de Abril de 1868 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 199, 28).

2 Lieja, 22 de Junio de 1842, "*Pasicrisia*," 1842, 2, 147.

3 Douai, 4 de Julio de 1865, Daloz, 1857, 2, 47.

4 Sentencia de casación, de 19 de Agosto de 1850, Daloz, 1850, 281.

censura (1). Se ha fallado, y con razón, que si el juez de paz no halla personas que hayan tenido con los progenitores relaciones habituales de amistad, puede conformarse con personas que conozcan á la familia: esto es necesidad, y la necesidad es ley (2).

Cuando decimos que el juez de paz forma el consejo y que aun en ciertos casos, tiene un poder discrecional, esto no implica que ese magistrado este obligado á tomar la iniciativa de la elección, y á designar á los parientes afines ó amigos que deben formar el consejo. Pueden serle presentados, y basta que él los acepte. Esto ha sido fallado así, y no hay duda alguna acerca de este punto (3).

446. Fuera de los casos que acabamos de enumerar, el poder del juez de paz no es discrecional. El art. 407 lo somete ciertas reglas, si no las observa, las deliberaciones aceptadas por un consejo de familia compuesto muy regularmente pueden ser atacadas, y su nulidad puede pronunciarse como más adelante lo diremos. Se pregunta si la formación misma del consejo, antes de toda deliberación, puede atacarse. Hay un primer punto que es evidente y es que por todo el tiempo que el consejo no esté constituido todo recurso es imposible. El juez de paz es libre para modificar la composición que ha hecho, hasta el día en que el consejo se constituye. Ha llamado desde luego á algunos amigos, ignorando que hubiese parientes; puede enmendar lo que ha hecho, y convocar á los parientes. El ha escogido á título de amigos, personas que no tenían con los progenitores relaciones habituales de amistad; él puede

1 Douai, 13 de Febrero de 1844, Daloz, 1845, 2, 152.

2 Burdeos, 17 de Enero de 1860, Daloz, 1860, 2, 152.

3 Colmar, 14 de Julio de 1836 (Daloz, en la palabra *interdicción*, núm. 84, 3º); Bruselas, 29 de Diciembre de 1838, (*Pasicrisia*, 1858, 2, 282), y 13 de Agosto de 1827, (*Pasicrisia*, 1858, 2, 188).

escoger otras, sin que aquellos que primero escogió tengan el derecho de reclamar (1).

La lista está formada, el consejo de familia está formado ¿Puede haber un recurso contra la formación de la lista antes de toda deliberación? Hay acerca de este punto dos decisiones contradictorias dadas por la corte de Bruselas. Ella falló que los parientes no convocados por el juez de paz podían reclamar y llevar su reclamación ante el consejo (2). En cambio, se ha fallado, que al juez de paz correspondía resolver acerca de las oposiciones que hiciesen los parientes contra la formación del consejo; que si debían someterse desde luego algunas dificultades al consejo, dependería de los oponentes suspender las deliberaciones, y esto con grave perjuicio del menor (3). 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 diremos que hay condiciones de forma requeridas para la existencia misma de un consejo de familia; la calidad de los miembros que lo componen no se considera como una condición esencial; ella da únicamente lugar á nulidad cuando el interés del menor está comprometido por la deliberación.

Si se admite esta doctrina debe decidirse que la composición irregular del consejo de lugar á una querrela antes de toda deliberación; porque no se puede saber anticipadamente si esta irregularidad dañará al menor; y ¿para qué abrir litigio, suscitar moratorias, estorban las deliberaciones, cuando éstas las más de las veces estarán al abrigo de toda acción de nulidad? Esto sería dañar al menor, á fuerza de querer garantir sus intereses. Por esto es que nuestros textos no hablan sino de las deliberaciones, ninguna ley abre un

1 Aix, 3 de Agosto de 1838 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 199, 1°).

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

3 Bruselas, 22 de Junio de 1827 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 169, y *Pasicrisia*, 1827. p. 226.)

recurso contra la formación de la lista antes de toda deliberación.

Núm. 2. Del dominio de la tutela.

447. Se entiende por domicilio de la tutela, la comuna en donde se abre la tutela. ¿Qué comuna es esta? Importa mucho determinarla. En efecto, el juez de paz del domicilio en donde se abre la tutela es el que forma el consejo de familia, y regularmente la forma de parientes, de afines ó de amigos tomados en la comuna en donde la tutela se abre ó dentro de la distancia de dos miriámetros (art. 407). La composición del consejo depende, pues, del lugar en donde la tutela se abre, ó de lo que se llama el domicilio de la tutela. Ahora bien, esta composición es una cosa esencial para garantizar los intereses del menor. Importa que el consejo esté compuesto de parientes próximos ó afines ó de amigos adictos. Para que se alcance este fin, es necesario que el consejo esté formado en la comuna en donde reside la familia del menor. Vamos á ver cómo la ley, la doctrina y la jurisprudencia han resuelto este difícil problema.

No tenemos más que una sola disposición acerca de la materia del art. 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 después el art. 407, que decide que los parientes ó afines de que se compone el consejo de familia se tomen en la comuna en donde la tutela se abra y en la distancia de dos miriámetros. El art. 409 dice lo mismo de los amigos. En estos artículos no se nota más que de la tutela dativa. Todo lo que de ella resulta, es que la tutela dativa se abre en el domicilio del menor, y que allí es en donde

se forma el consejo de familia. ¿Qué domicilio es éste? Tal es la cuestión capital. Antes de examinarla, necesitamos ver en dónde se abren las demás tutelas.

En la tutela legal, en la testamentaria y en la de los ascendientes, el consejo de familia no interviene para nombrar al tutor; éste es nombrado por la ley ó por el último que muere de los padres. Sin embargo, estos diversos tutores deben hacer que se convoque un consejo de familia antes de entrar en gestión, este consejo tiene que ocuparse de los negocios más importantes, él es el que nombra al subrogado tutor, él es el que especializa la hipoteca legal del menor y el que cuida de que sea registrada, él el que arregla el presupuesto de la tutela. Es, pues, importante determinar la comuna en donde haya de formarse ese consejo, es decir, el domicilio de la tutela. ¿Cuál es este domicilio? No tenemos texto; el art. 406 es concerniente á la tutela dativa. El 407, aunque colocado en la sección de la tutela dativa, es aplicable á toda tutela; pero todo lo que él dice, es que los parientes ó afines de que se compone el consejo de familia, se tomarán en la comuna cuando la tutela legal ó testamentaria. El art. 421, por cuyos términos el tutor legal ó testamentario debe mandar convocar el consejo de familia para el nombramiento de un subrogado tutor, remite á la sección 4ª para la composición del consejo, pero no dice en donde debe formarse dicho consejo. Todos aceptan que cuando el superviviente de los progenitores es tutor, el consejo de familia esté formado en el domicilio de aquél, que es también el domicilio del menor. Esto resulta desde luego de este principio general, que todos los actos jurídicos que interesan á una persona se hacen en su domicilio; luego también la tutela debe abrirse en el domicilio del menor, y este domicilio es el de su padre al abrirse la tutela (art. 108). Hay en seguida un argumento por análogo

en el art. 406. Si la tutela se abre en el domicilio de menor cuando es dativa, debe también abrirse en el domicilio de aquél cuando es legal ó testamentaria; hay más que analogía, hay identidad de motivos. Esto está también fundado en la razón. El domicilio del menor cuando se abre la tutela legal; es el de su padre, lo más á menudo los parientes ó afines del menor tendrán su residencia en donde el padre esté domiciliado; ahí, pues, podrá formarse con más facilidad un consejo de familia.

Hemos llegado á esta consecuencia, que el primer domicilio de la tutela es el del padre del menor. Surge ahora la cuestión de saber si dicho domicilio permanecerá el mismo durante todo el curso de la tutela, hasta que el menor sea mayor, ¿ó el domicilio de la tutela cambia con el del menor? El domicilio del menor puede cambiar con frecuencia durante el curso de la tutela. Es un domicilio legal. Supongamos que la tutela se abre por fallecimiento de la madre, el domicilio del menor, será el del padre; éste puede cambiar de domicilio, y cada cambio, trasladará también el domicilio del hijo. Si hay lugar á convocar un consejo de familia durante la tutela del padre, ¿se le formará cada vez en el domicilio actual del menor, es decir, del padre? ¿ó permanece inmutable el primitivo domicilio de la tutela? Supongamos aun que el padre superviviente muere; él nombra á un tutor testamentario con domicilio diferente del suyo; el menor tendrá un domicilio en el de nuevo tutor ¿allí también se reunirá el consejo de familia? Idéntica cuestión, si hay lugar á la tutela de los ascendientes. Idéntica, si hay lugar á la tutela dativa. El art. 406 decide en este último caso, que el consejo de familia convocado para conferir la tutela se forme en el domicilio del menor ¿Pero cuál es este domicilio? ¿es el domicilio legal

que tiene el menor cuando hay lugar á nombrar al tutor? ¿ó es el domicilio primitivo de la tutela, es decir, el domicilio del padre cuando se abrió por primera vez la tutela?

448. La cuestión es muy controvertida y los motivos para dudar no escasean. Se está generalmente de acuerdo en aceptar que el domicilio de la tutela es inmutable, es decir que permanece fijo en el lugar en donde la tutela se abrió. Cuando el fallecimiento del padre ó la madre sean cuales fueren los cambios que experimente el domicilio del menor. Pero aunque de acuerdo respecto al principio lejos está de estarlo sobre sus consecuencias sobre las excepciones que recibe. Si tanta incertidumbre hay en la doctrina y en la jurisprudencia ¿no será sino á causa de que el principio nunca es falso? Escuchemos desde luego los motivos en los cuales se funda el domicilio inmutable de la tutela.

El primero que sostuvo este sistema ante la corte de casación fué Daniels, jurisconsulto eminente. Este invoca el interés del menor y el riesgo que presentará para él la movilidad del consejo de familia, si variase tan á menudo como el domicilio legal del menor. Este motivo se halla repetido en todas las sentencias y por todos los autores. ¿Acaso no conviene que el consejo se forme en donde se hallen los más próximos parientes y los más cariñosos para el menor? Si el consejo se forma en donde el tutor tiene su domicilio ¿no podrá suceder que allí ni siquiera se encuentren parientes? ¿No sería esto de grave riesgo 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 todo fraude ¿acaso no es necesario que haya cierta secuela en la dirección y en la vigilancia de una tutela? ¿Se concibe una tutela que se abre en París, con-

tinúa en Marsella y viaja en seguida de Estrasburgo á Rennes? Se encuentra este motivo en la sentencia de la corte de casación expedida por las conclusiones de Daniels: «Muy á menudo sería contrario á los intereses de los menores que la convocación de los consejos de familia siguiese los diversos domicilios que sucesivamente pudieran tomar los tutores» (1). En la sentencia de 1819, se dice que si el consejo de familia debiera seguir á los jueces de paz de los diversos domicilios que sucesivamente pudieran tomar los tutores, podría resultar el inconveniente grave de sustraer á los tutores de la vigilancia natural del verdadero consejo de familia, y de entregar al menor á lo arbitrario de consejos extraños á su persona, é indiferentes á sus intereses, siendo así que, en general, estos riesgos cesan cuando el consejo de familia se convoca en el primer domicilio del menor, que es su domicilio natural (2). Los autores reproducen las mismas consideraciones, y es inútil repetir las (3).

449. Es casi temerario combatir un principio que parece adoptado por todos; pero cuando se observa más detenidamente, se ve que cada uno tiene su sistema y que el pretendido principio se modifica á cada instante. Esto nos

1 Sentencia de 29 de Noviembre, de 1809 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 209, 1º, y las conclusiones de Daniels, *ibid.* núm. 213).

2 Sentencia de casación, de 23 de Marzo de 1819 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 209, 2º). Véanse en el mismo sentido las sentencias de Aix, de 7 de Marzo de 1846 (Daloz, 1846, 2, 171); de Nîmes de 2 de Marzo de 1848 (Daloz, 1848, 2, 58), y de Nancy, de 1º de Julio de 1833 (Daloz, 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, pág. 286), y 2 de Agosto de 1839 (*Pasicrisia*, 1839, 2, 153); 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).

3 Toullier, t. 2º, núm. 1114. Duranton, t. 3º, núm. 453. Valette sobre Proudhon, t. 2º, p. 313. Marcade, t. 2º, p. 294, art. 410, núm. 3. Aubry y Rau, t. 1º, p. 376. Demolombe, t. 7º, p. 146, núms. 241 y siguientes.