

pone á nuestras anchas, tanto más cuanto que nuestra opinión concuerda en el fondo con la jurisprudencia de la corte de casación. Negábamos que hubiese un domicilio de la tutela; ahora sostenemos que el consejo de familia está formado siempre en el domicilio del menor. Recordemos desde luego que este último principio está adoptado por la doctrina y la jurisprudencia cuando se trata de la primera apertura de la tutela; al fallecimiento de uno de los padres, la tutela se abre en el domicilio del menor, es decir, en el domicilio del padre difunto ó superviviente. Este principio no es en sí mismo, como lo hemos dicho, más que la aplicación á la tutela del principio general que norma el domicilio. El domicilio primitivo de la tutela estando ligado al domicilio del menor, debe concluirse que el domicilio de la tutela cambia con el domicilio del menor. Esta es una consecuencia lógica del principio que acabamos de recordar. La ley no conoce un domicilio inmutable; el domicilio, por el contrario, cambia por propia naturaleza; para que fuese de otro modo del domicilio de la tutela, se necesitaría un texto, porque esto sería una excepción á una regla general. ¿En dónde está el texto que declare inmutable el domicilio de la tutela? En vano lo buscamos; ni siquiera hay texto que determine el domicilio primitivo de la tutela; se le fija en el domicilio del menor por aplicación de un principio general, es decir, en el domicilio del padre; pues bien, este mismo principio nos obliga también á declarar variable el domicilio.

En vano se oponen los inconvenientes, los riesgos que resultan de los cambios continuos en la composición del consejo de familia aunque todo esto fuese verdad, no nos es permitido derogar un principio y crear excepciones por vía de interpretación. ¿Pero en realidad son tan graves los inconvenientes y los riesgos? El código contesta á la obje-

ción. Si el tutor traslada á otra parte su domicilio para eludir la vigilancia de los parientes más próximos, éstos no tendrán más que avisar al juez de paz del nuevo domicilio, y este magistrado tendrá cuidado de hacer uso del poder que le dan los arts. 409 y 410; convocará á los parientes más próximos á cualquiera distancia en que estén domiciliados, como para ello está siempre autorizado. ¿Se objetarán los gastos que de esto resulten y que recaerán en el menor? Sí, como se le 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 este interés exige que se convoque á los más próximos parientes, serán convocados; la consideración de los gastos no ha detenido al legislador, y no debe detener al juez de paz. En cuanto á la tutela que Daniels hacía viajar de un extremo al otro de Francia y hasta las colonias, es evidente que es de rarísima excepción, si es que alguna vez se ha presentado. Estas son hipótesis creadas á capricho, y si quisiéramos lanzarnos al través del campo de las hipótesis, no sería fácil formular más de una en que el principio de la inmovilidad del domicilio se hallase careciente. ¿No prueba esto que deben dejarse de mano los hechos accidentales y ajustarse á los principios?

Estamos pidiendo un texto, y se necesita uno para que pueda aceptarse una excepción. Para encontrarse con Daniels tuvo que recurrir al derecho romano. Ahora bien, los romanos no sabían qué cosa era un consejo de familia, y por consiguiente, ni qué era el domicilio de la tutela, tal como en nuestros días lo entendemos. ¿Qué dicen las leyes romanas? Que el tutor, al aceptar la tutela, se somete á la jurisdicción del lugar en donde aquella se le ha confiado (1). El código de procedimientos dice también que el tutor será perseguido para la rendición de sus cuentas, ante el juez

1 L. 45, D. de *Judic* (V, I). L. 1^o, C. *ubi de ratiociniis*, 3^o, 201.

del lugar en donde se confirió la tutela (art. 527). ¿Qué tiene esto de común con la cuestión de saber en dónde se reunirá el consejo de familia cuando cambie el derecho del sucesor?

450. Nuestra opinión, aunque, en apariencia contraria á la que ha consagrado la corte de casación, no está tan alejada de ella como á primera vista pudiera creerse. La dificultad se presenta en dos hipótesis. En primer lugar, cuando hay lugar á un cambio de tutela. Se trata de sustituir á un tutor que ha fallecido ¿en dónde se convocará el consejo de familia? Nosotros decimos que en el domicilio del menor. La corte de casación dice que en el domicilio primitivo de la tutela. En apariencia, las dos decisiones son diferentes; en realidad, concuerdan al menos muy frecuentemente. Supongamos á un tutor testamentario que llega á morir, será reemplazado por un tutor dativo. El consejo de familia, en nuestra opinión, debe reunirse en el domicilio del menor. ¿Pero cuál es este domicilio? El menor tiene un domicilio de origen, el de su padre; cuando el padre tutor está reemplazado por un tutor testamentario, el domicilio de origen está reemplazado por el domicilio del nuevo tutor; pero si este tutor muriese, el nuevo domicilio cesa en el instante en que el tutor muere, porque siendo destruida la tutela todos los vínculos, todas las relaciones legales que existían entre el menor y su tutor se encuentran rotas. ¿Cuál será, pues, el domicilio del menor, entre tanto que 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; luego es en el domicilio del padre, cuando se abre por primera vez la tutela en donde se reunirá el consejo de familia; ahora bien, allí es también el domicilio de la tutela.

A causa de este punto nuestra opinión concuerda, pues, con la jurisprudencia de la corte de casación (1).

Hay, no obstante, un caso en que las dos opiniones ya no concuerdan. El padre superviviente ejerce la tutela, muere; hay lugar á nombrar un tutor dativo; ¿adónde se reunirá el consejo de familia? En nuestra opinión, en el último domicilio del padre; este domicilio subsiste, supuesto que hace veces de domicilio de origen del menor; en efecto, el domicilio que tiene el padre, al menor, es el domicilio de origen del hijo menor. Es el sistema de la inestabilidad del domicilio, sería necesario por el contrario, decidir que el consejo de familia se reunirá en el domicilio que el padre tenía cuando la tutela se abrió por el fallecimiento de la madre, porque allí está el domicilio de la tutela. ¿Cuál de las dos opiniones es la más conforme á los principios? La pretendida inmovilidad del domicilio de la tutela no tiene ningún apoyo en los textos; es un texto, es una teoría que se ha introducido en el código, derogando los principios que rigen el domicilio; mientras que nuestra opinión es la aplicación juiciosa de estos principios. Esto decide la cuestión. Lo que habla á favor de nuestra opinión, es que la corte de casación ha vuelto á profesarla, al admitir una excepción á la doctrina que por sus primeras sentencias había consagrado. Ha decidido que cuando la tutela se abría por la muerte de la madre superviviente y tutora, el consejo de familia debía celebrarse en este 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 había sabido admitir que el domicilio del padre difunto determina irrevoca-

1 Véase la sentencia precitada de la corte de casación, de 23 de Marzo de 1819, y las observaciones del consejero relator Mesnard, cuando la sentencia de 1846, de la que vamos á hablar (Daloz, 1840, 1, 131).

blemente el lugar de la apertura de la tutela y de la convocación del consejo de familia; mientras que ella se fundó en el domicilio del menor, que, en el caso, era el del último fallecido de los padres.

La corte de casación ha admitido otra excepción, mucho más grave, á la doctrina consagrada por su primera jurisprudencia. En 1846, ella falló que cuando la tutela está definitivamente organizada, el consejo de familia debe ser convocado en el domicilio del tutor, aun cuando este domicilio no fuese el de la apertura premitiva de la tutela. Así, pues, la corte abandona el principio del domicilio inavitable para todas las deliberaciones que deben verificarse durante el curso de una tutela. Agrega no obstante, una restricción: «Con tal que los intereses del menor no experimenten niugún perjuicio.» Ella misma había invocado, en sus primeras sentencias, el interes del menor, para establecer el principio de la inmovilidad del domicilio. De aquí la reserva que hace la sentencia de 1846 (1). El consejero relator Mesnard dice que el interés del menor exige de ordinario que se convoque el consejo en el domicilio del tutor; que de esta manera se puede obtener inmediatamente una autorización, en lugar de solicitarla devidamente y sufriendo largos retrasos. Después de todo, los tribunales podían apreciar la deliberación del consejo de familia, y anularlo si los intereses del menor no han sido suficientemente conciderados.

Los autores critican vivamente esta jurisprudencia; carece de precisión y de firmeza, dice Demolombe; Dalloz llega hasta á calificarla de deplorable (2). A nuestro juicio, la corte suprema ha vuelto á los verdaderos principios ate-

1 Sentencia de denegada apelación, de 4 de Mayo de 1846 (Dalloz, 1846, 2, 129).

2 Demolombe, t. 8º, núm. 251, Dalloz, en la palabra *minoría*, número 214.

niéndose al domicilio del menor. Es el único motivo jurídico para decidir. Es cierto que la corte está en contradicción consigo misma. Después de haber establecido el principio de la inmovilidad del domicilio de la tutela, ella la ha declarado en seguida variable. Era necesario, al contrario, asentar como principio que no hay domicilio de la tutela, que únicamente hay un domicilio del menor, el cual determina el lugar en donde se abra la tutela y el lugar en que el consejo de familia se reuna. Los autores están divididos como la jurisprudencia (1).

451. No hay que confundir la cuestión de la inmovilidad del consejo de familia con la de la permanencia de este consejo. Regularmente el mismo juez de paz será el que convoque al consejo, en la misma comuna, por toda la duración de la tutela. ¿Pero debe convocar á los mismos miembros? La permanencia del consejo sería en un sentido ventajosa para el menor; daría continuidad y unidad á la dirección de los intereses morales y pecuniarios de que está encargado el consejo. 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 de familia no es un consejo permanente. Las mismas reglas que la ley establece para la composición del consejo de familia prueban que se halla en el caso de variar de una reunión á la otra. El juez de paz debe convocar al consejo á los parientes más próximos que en el lugar se hallen. Si uno de los parientes citados deja la comuna y si un pariente más próximo se establece en ella, el juez de paz se verá obligado á tener en cuenta estos cambios, y deberá convocar para una nueva deliberación al pariente más próximo que se halle en el lugar, y no podrá convocar al pariente

1 Demolombe, t. 8º, p. 174, núm. 278. Ducaurroy, *comentarios*, t. 1º, p. 436, núm. 609.

menos próximo que more fuera de la distancia legal (artículos 407-410). Tal es también la opinión común, y no es dudosa, por más que haya una sentencia en sentido contrario (1).

§ III.—CONVOCACION 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, sea de oficio, sea al ser requerido.

El juez de paz convoca al consejo de familia cuando se trata de nombrar al tutor ó de sustituirlo (art. 406). Los arts. 426 y 446 le encargan también que convoque de oficio al consejo cuando haya lugar á destituir al tutor. ¿Estas disposiciones son limitativas? Ellas prescriben al juez lo que debe hacer, pero no trazan un límite á lo que puede hacer. Presidente nato del consejo, llamado á vigilar los intereses del menor, puede ciertamente convocar al consejo tan á menudo como lo exijan los intereses del menor (2).

La ley indica en los diversos casos á las personas que tienen el derecho de requerir la convocación del consejo. Si se trata del nombramiento de un tutor, la ley da este derecho á los parientes y á los acreedores del menor, así como á toda parte interesada (art. 406). Este artículo no habla de los afines; pero en materia de tutela, los afines están, en principio, en la misma línea que los parientes. Los parientes y afines no son siempre citados de una manera ilimitada como en los casos del art. 406, cuando se trata de hacer destituir al tutor, el requerimiento no puede

1 Sentencia de Rouen, de 9 de Diciembre de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 106. Establece, no sin sorpresa, que la permanencia del consejo de familia en la corporación, es un principio cierto.

2 Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 204. En sentido contrario, *Maguin*, t. 1º, núm. 321.

formularse sino por los parientes ó afines del menor, en el grado de primos hermanos ó en los grados más próximos. Esta redacción se explica 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 nombre subrogado tutor, la ley permite de nuevo á todo género de parientes, y por consiguiente á todos los afines que requieran la convocación del consejo (art. 421). En estas mismas circunstancias, los acreedores del menor y demás parientes interesados pueden igualmente requerir la convocación del consejo (arts. 406 y 421). Por partes interesadas deben entenderse aquellos que, como los acreedores, tienen un interés pecuniario.

El art. 406 no menciona al tutor subrogado entre las personas que pueden requerir la convocación del consejo, porque supone que no hay todavía subrogado tutor en el momento en que el consejo de familia es convocado para nombrar un tutor dativo. Así sucede cuando el superviviente de los padres rehusa la tutela ó se excusa. Ordinariamente habrá un subrogado tutor, porque la tutela dativa no viene sino en postrer lugar. Cuando queda vacante la tutela, al subrogado tutor es al que la ley impone el deber especial de convocar al consejo para el nombramiento de un nuevo tutor (art. 421). Es también el que debe convocar al consejo para deliberar sobre la destitución del tutor (art. 446).

La ley no habla del tutor. Sin decirlo se comprende que éste tiene el derecho y el deber de requerir la convocación del consejo en todos los casos en que necesite de una autorización en virtud de la ley. Puédelo también, aunque la autorización no esté prescrita por la ley, cuando cree que debe consultar al consejo. Quien quiere el fin, quiere los medios.