

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 entré 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.

453. La ley no menciona á los oficiales del ministerio público entre las personas que pueden requerir la convocación del consejo de familia. Es de jurisprudencia que el ministerio público no tiene ese derecho. La corte de casación casó una sentencia de la corte de París que había ordenado la convocación de un consejo en virtud de las conclusiones del procurador general, y ella anuló las deliberaciones que se habían tenido á causa de esta convocación irregular. Esta decisión se funda en el principio de que el ministerio público no tiene el derecho de promover, por vía de acción, en materia civil, excepto en algunos casos especiales determinados por la ley; de aquí la corte infiere que no tiene el ministerio ningún poder en los casos no especificados. El art. 46 de la ley de 20 de Abril de 1813 ha dado lugar en estos últimos años á vivas discusiones. Nosotros hemos admitido este principio, que el ministerio público puede promover de oficio cuando persigue la ejecución de las leyes que interesan al orden público (1). Según ésto, habría que decidir que el ministerio público puede pedir la convocación del consejo de familia, cuando hay lugar para proceder al nombramiento ó á la destitución de un tutor, ó aún para tomar medidas por interés del menor. Pero á nuestro juicio, el principio recibe una reducción. El código norma, hasta en los detalles ínfimos, todo lo que concierne á la convocación del consejo, designa con escrupuloso cuidado qué personas pueden requerir la convocación; y no nombra al ministerio público. ¿Una ley general, tal como la ley de 1810, puede derogar los principios especiales del código civil? Nosotros no lo creemos. Hay que decir con la corte de casación que el art. 406 al no nombrar al ministerio público entre las personas que tienen derecho para requerir la convocación de un consejo de familia para

1 Véase el t. 2º de mis *principios*, núm. 498.

el nombramiento de un tutor, su derecho se limita á poder delatar, como otra persona cualquiera, al juez de paz el hecho que da lugar al nombramiento de un tutor. No teniendo el ministerio público el derecho de requerir, los tribunales no tienen el de resolver sobre sus requerimientos; de aquí la nulidad de las deliberaciones ordenadas sin derecho. Los autores están de acuerdo con la jurisprudencia (1).

454. El art. 406 agrega que toda persona podía *denunciar* al juez de paz el hecho que dé lugar al nombramiento de un tutor. Hay una diferencia entre el derecho de *denuncia* y el derecho de *requerimiento*. El juez de paz está obligado á conocer al consejo cuando es requerido por los que tienen el derecho de requerir la convocación. Si no lo hace, los requerientes pueden atacar su mandamiento por la vía de apelación, y si no ha expedido mandamiento, pueden tomarlo aparte. Mientras que la *denuncia* tiene únicamente por objeto elevar los hechos al conocimiento del juez, de paz, salvo á éste el obrar como le parezca (2).

455. La convocación se hace por medio de un citatorio extrajudicial que notifica á los miembros del consejo de familia. Estos emplazamientos pueden darse, sea por el juez de paz, sea por el pariente que ha requerido la convocación; la ley no exige formalmente que las citaciones se den en nombre del juez de paz (3). La citación legal exige la intervención de un comisario. Puede también hacerse por medio de un simple aviso ó de una carta, y hasta verbalmente. Pero los citatorios extralegales, si bien tienen la ventaja de disminuir los gastos, tienen un inconveniente muy grave, los parientes no convocados legalmente podrán ata-

1 Mourlon, *Repertorio*, t. 1º, p. 338.

2 Mourlon, *Repeticiones*, t. 1º, p. 538.

3 Aix, 24 de Agosto de 1899 (Dalloz, en la palabra *minoría*, número 203).

car la deliberación porque no puede haber consejo sin convocación legal.

La ley fija el plazo dentro del cual los parientes deben comparecer: es de tres días para los que residen en la distancia legal de dos miriámetros, más allá de esta distancia el plazo se aumenta en un día por cada tres miriámetros (art. 44). Es necesario un plazo, en primer lugar para dar á los parientes el tiempo de poner en orden sus asuntos, y en seguida para que puedan adquirir datos sobre el objeto de la deliberación. En este punto hay un vacío en la ley, que habría debido prescribir que se indicase el objeto de la deliberación en la convocatoria; se delibera mal cuando nadie se halla preparado para deliberar.

456. El art 413 establece: «Todo pariente, afine, ó amigo convocado, y que, sin excusa legítima, no comparezca, incurrirá en una multa que no puede exceder de cincuenta francos y que sin apelación la pronunciará el juez de paz.» La tutela es una carga que nadie, por regla general, puede rehusar. Lo mismo debe ser, y con mayor razón, con las funciones menos penosas de miembros del consejo de familia. Cuando se trata de la tutela, la ley establece las excusas que el tutor puede hacer valer. Se manifiesta más fácil para la asistencia á las deliberaciones del consejo; el miembro que tiene una excusa debe proponerla al juez de paz, el cual lo apreciará. Si hay miembros que no se presenten y que no den excusa, el juez de paz los sentenciará á la multa sin apelación, dice la ley. No obstante esto, el juez escucharía las excusas que el pariente ausente hace valer, si es que ha tenido razones para no darlas á conocer antes de la reunión. Sin decirlo se comprende que la multa no puede pronunciarse sino contra el miembro legalmente convocado; porque el que es convocado amistosamente no está convocado en el sentido legal de la palabra, luego no puede ser condenado á la multa.

Un juez de paz había sentenciado á multa á dos parientes que se habían puesto en marcha á la convocación, pero que se habían negado á deliberar, porque, según ellos, el consejo está regularmente compuesto. La decisión del juez de paz fué casada, y con razón; no se puede aplicar una pena por analogía, porque 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; en general, el que forma parte de un cuerpo deliberante, debe concurrir á él personalmente, porque la función que debe ejecutar es esencialmente personal. Esto es así, sobre todo, respecto á los miembros del consejo de familia. La ley quiere que se tome entre los más próximos parientes, entre los que sean más adictos al menor; y acaso puede transportarse el cariño, el interés moral por vía de procuración? Los miembros del consejo, tomados, como lo están, en el lugar, había una razón para exigir su asistencia. Por equidad, por indulgencia, es por lo que el código deroga el rigor de los principios.

El código no exige que sea auténtica la procuración, y quiere que sea especial. Esto no quiere decir que el mandante prescriba al mandatario lo que debe decir ó hacer; el mandato no puede ser imperativo, porque estaría en oposición con el objeto de la deliberación, en la discusión es en donde se forman las opiniones, y por lo mismo, es preciso que todos los miembros gocen de una completa libertad (2). El art. 412 agrega que el apoderado no puede representar á más de una persona. Esto es una consecuencia de la personalidad de la función que debe desempeñar el mandata-

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

2 Metz, 24 brumario, año XIII (Daloz, en la palabra *minoría*, número 1063, 1º) Una sentencia de París, de 26 de Abril de 1851, se limita á resolver que la precaución no debe enumerar la opinión que el mandatario debe emitir (Daloz, 1852, 2, 174).

rio. Si sólo se tratara de dar un voto, un mandatario podría, en rigor, votar por todos los miembros del consejo, pero hay que deliberar antes de votar, y no se conforma con que un miembro único emita una opinión diferente, combatiéndose él mismo hasta cierto punto. Siguese de aquí que un miembro presente no puede ser á un tiempo mismo mandatario de un miembro ausente, porque tendría que aparentar dos personajes, enteramente lo mismo que si un mandatario representase á los parientes (1).

Supuesto que el mandatario hace las veces de un miembro de un consejo, síguese que el que es incapaz de ser miembro del consejo, es incapaz, por lo mismo, de ser mandatario. Así se ha fallado respecto del menor (2). Cier- to es que el menor emancipado puede ser mandatario (artículo 1990); pero esto supone un mandato dado 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, ciertamente que no podría representar á un miembro del consejo, supuesto que la ley la declara incapaz de asistir al consejo de familia (art. 442).

458. Si un miembro del consejo de familia no comparece, y se admite su excusa, al juez de paz corresponde decidir si conviene esperar á dicho miembro ausente ó sustituirlo. El, en consecuencia, podrá aplazar la asamblea ó prorrogarla. El art. 414 agrega que el juez de paz tiene este derecho en todos los casos en que el interés del menor parezca exigirlo. *Aplazar* la asamblea, es realizar la deliberación sin fijar día para reanudarla (3); *prorrogarla*, es

1 Turín, 20 de Febrero de 1807 (Daloz, en la palabra *Interdiction*, núm. 256, 7°).

2 Orleans, 12 de Enero de 1850, (Daloz, 1850, 2, 60).

3 Según el Diccionario de la Academia, *aplazar* quiere decir citar para otro día ó para un día indeterminado; y *prorrogar* significa aplazar la deliberación para un día determinado.

aplazar ó continuar la deliberación para un día fijo. En el primer caso, se necesita una nueva convocación, observando los plazos; en el segundo, no se necesita la convocación para los miembros presentes; el hecho de la prórroga se los avisa suficientemente (1). Esta disposición deroga el derecho común, según el cual, los mismos cuerpos deliberantes son los que se aplazan para día fijo ó indeterminado. La ley da este poder al juez de paz, porque él es el único desinteresado en los debates; sería de temerse que la mayoría no quisiese aprovecharse de la ausencia de un pariente para dominar la deliberación; á menudo sucede que las dos familias que componen el consejo están divididas en intereses ó en pasiones y entonces el juez representará un poder moderador.

§ IV.—DELIBERACION.

459. La asamblea se celebra de pleno derecho en casa del juez de paz (art. 415), por una razón de conveniencia y de dignidad. No obstante, la ley le permite que designe otro local, tal como la sala de la justicia de paz ó la casa de uno de los miembros del consejo. Las sesiones del consejo no son públicas. Según el art. 8° del código de procedimientos las audiencias de la justicia de paz son públicas, y nuestra constitución ha hecho de la publicidad un principio para los tribunales (art. 96), sino también para todos los cuerpos políticos, las dos cámaras (art. 33). Los consejos provinciales y los consejos comunales (art. 108, núm. 3). La publicidad es el alma de los gobiernos libres, pero ella supone que las asambleas deliberan acerca de intereses generales, mientras que los consejos de familia rigen exclusivamente intereses privados. Pero si la deliberación no inte-

1 Durantón, *Curso de derecho francés*, t. 3° p. 450, núm. 457, nota 2. P. de D. TOMO IV.—84