

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 *Interdicción*, 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

resa á los terceros, no sucede lo mismo con las resoluciones; los que tratan con el tutor, tienen ciertamente interés en conocer aquellas resoluciones. No obstante esto, la ley no prescribe, y ni siquiera autoriza ninguna publicidad. Esto es un vacío. Se ha fallado que el depósito de las minutas de los actos emanados de los consejos de familia en el archivo de la justicia de paz tiene lugar por interés de las familias, y no para abandonar al público el secreto de las deliberaciones, que, por consiguiente, el archivero no está obligado á dar á todo el que lo requiera, copia de esas deliberaciones (1); hay que agregar que ni siquiera está autorizado para ello.

460. El art. 415 establece que se necesita, por lo menos, la presencia de las tres cuartas partes del número de miembros para que el consejo pueda deliberar. A propuesta de la sección del Tribunado, fue como se agregó la palabra *convocados* á fin de marcar que el juez de paz no se cuenta en el cálculo de las tres cuartas partes como ordinariamente; el consejo se compone de seis miembros, se necesitarán cinco, además del juez de paz, para que la asamblea pueda deliberar. El Tribunado quería que hubiese siempre por lo menos tres parientes de cada una de las dos líneas para que el consejo pudiese deliberar (2).

Cuando están presentes las tres cuartas partes, el consejo puede deliberar. Poco importa que algunos miembros se rehusen, cualquiera que sea el motivo, á tomar parte en la deliberación. La ley exige únicamente la presencia, y con razón. Si hubiese prescrito que las tres cuartas partes tomaran parte en la deliberación, la minoría habría podido

1 Sentencia de denegada apelación de la corte de apelación de 30 de Diciembre de 1840 (Daloz, en la palabra "minoría", núm. 259).

2 Observaciones del Tribunado, núm. 13, Loaré, t. 3°, p. 405.

impedir toda resolución, lo que habría comprometido los intereses del menor (1).

461. El código no dice qué mayoría se requiere para las resoluciones, limitase á dar al juez de paz voto preponderante, en caso de empate. Generalmente se acepta que se necesita la mayoría absoluta, es decir la mitad, más uno de los votos (2). Esa es la regla para toda asamblea deliberante, y resulta de la naturaleza de los cosas. Cuando el consejo se compone de seis miembros, y dos de ellos se pronuncian por una opinión y los otros cuatro por opiniones diferentes, no se dirá ciertamente que los dos votos forman la mayoría, porque la opinión que tiene en pró dos votos, tiene cuatro en contra. Síguese de aquí que se necesita la mitad de los votos, más uno, para que se pueda decir que hay mayoría. Algunas veces las leyes se conforman con la mayoría relativa; pero como el código no establece semejante excepción para la deliberación del consejo de familia, hay que atenerse á la regla general. La jurisprudencia francesa se halla en este sentido (3). Hay una sentencia en sentido contrario de la corte de Gante, que resuelve que es suficiente la mayoría relativa (4). La corte invoca el silencio de la ley: si, dice la corte, el legislador hubiera querido la mayoría absoluta, no habría dejado de expresarlo, como se cuida de hacerlo cuando no se conforma con la mayoría relativa. A nosotros nos parece, por el contrario, que el silencio de la ley atestigua en contra del sistema de la corte. Únicamente la mayoría absoluta es una verdadera mayoría; por esto es la regla en todo cuerpo deliberante, mientras que la mayoría rela-

1 Bruselas, 15 de Marzo de 1806 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 185, 1°)

2 Véanse los autores citados por Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 228; debe agregarse Aubry y Rau, 4ª edición, p. 384, nota 14.

3 Metz, 16 de Febrero de 1812 (Daloz, en la palabra *interdicción*, núm. 158), y Aix, 10 de Mayo de 1840 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 228).

4 Sentencia de 27 de Junio de 1834 (*Pasicrisia*, 1834, 2, 149).

tiva es una ficción, como acabamos de demostrarlo. Pues bien, en el silencio de la ley ¿debe admitirse que ella se ha referido á la realidad ó á la ficción, á la regla ó á la excepción? La corte objeta que la mayoría absoluta se obtiene difícilmente, y que las moratorias que de esto resultan pueden comprometer los intereses del menor. Muchas veces hemos contestado argumentos de esta naturaleza, enviándolos al legislador. ¿Acaso la mayoría absoluta carece de inconvenientes? Cuando en una asamblea compuesta de siete miembros, se nombra un tutor por mayoría de dos votos ¿se dirá que este tutor es el electo por el consejo, cuando tiene cinco votos en contra. El tiene en su contra la mayoría absoluta; el hijo tiene en su contra el consejo que no ha apetecido semejante tutor? De aquí tiranteces y conflictos durante todo el tiempo de la tutela. Hagamos, pues, á un lado los inconvenientes, porque los hay en cada sistema, y resolvamos las cuestiones de derecho por los principios, en lugar de resolverlas por consideración de hechos.

462. Hay controversia acerca del sentido del art. 416, que da al juez de paz acto preponderante en caso de empate. El *empate* supone que están en presencia dos opiniones, que obtiene cada una el mismo número de votos; en este caso se necesita *desempatar* la asamblea. ¿Qué debe hacerse? Tal es la cuestión resuelta por el art. 416. La discusión lo prueba. En efecto, el proyecto decía: «En caso de *empate*, y si el consejo no puede ponerse de acuerdo sobre la elección del miembro que decida el empate, éste será nombrado por el juez de paz.» Tronchet propuso que sea el juez de paz quien resuelva el empate, encargándole voto preponderante. El consejo está compuesto de seis miembros incluso el juez de paz; tres miembros votan por Pedro, tres por Pablo; aquél por el cual haya votado el juez de paz

será el tutor. Tal es también el sentido de la palabra *empate* en el art. 418 del código de procedimientos (1).

El art. 416 no prevee el caso en que se formen más de dos opiniones en el seno del consejo, ¿cómo se llega entonces á la mayoría absoluta? Los autores están muy divididos. Realmente hay un vacío, y es difícil colmarlo. ¿Se aplicará el art. 417 del Código de procedimientos, por cuyos términos los jueces más débiles en número están obligados á reunirse en una de las dos opiniones que se hayan emitido por el mayor número? (2). Esto nos parece inadmisibile; se necesitaría un texto para constreñir á la minoría del consejo á que cambiase de opinión. El art. 417 es una disposición por completo excepcional; luego no puede extenderse por vía de analogia; ¿se llamará á uno ó varios miembros nuevos? (3). El texto del código se opone á ello, puesto que fija el número de los miembros por línea (artículo 407). ¿Se estará conforme con la mayoría relativa? (4). El legislador habría podido resolverlo de tal manera, pero ciertamente que el intérprete no puede hacerlo, no puede más que aplicar los principios generales, y la mayoría relativa es una excepción, una verdadera ficción. ¿Se dirigirá uno al tribunal (5), pero con qué objeto? ¿Acaso el tribunal reemplazará al consejo de familia? Esto no puede ser. ¿Ordenará el tribunal la convocación de un nuevo consejo? No corresponde al tribunal convocar al consejo, sino al juez de paz. ¿Por qué el juez de paz no había de hacerlo? Esta es la única vía legal de salir de este atolladero, salvo que la minoría ataque la deliberación ante los tribunales (6).

1 Duranton, t. 3º, p. 458, núm. 466, seguido por la mayor parte de los autores (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 229).

2 Marcadé, *Curso elemental*, t. 2º, p. 210 (art. 416, núm. 1).

3 Duranton, "Curso de derecho francés", t. 3º, núm. 466.

4 Marcadé, *Curso elemental*, t. 2º, p. 211, art. 416, núm. 2.

5 Dueaurey, *comentario*, t. 1º, p. 440, núm. 614.

6 Demolombe, t. 7º, p. 194, y núm. 317. Aubry y Rau, t. 1º, pá-

463. ¿Las deliberaciones del consejo de familia deben ser motivadas? Nó, por regla general, porque el código no lo exige, y no se puede invocar el art. 97 de la Constitución que quiere que todo proceso sea motivado, porque los pareceres del consejo no son fallos judiciales. El código, por el contrario, decide implícitamente que las deliberaciones no deben dar á conocer los motivos. «Toda deliberación, dice el art. 447, que pronuncie la exclusión ó la destitución del tutor será motivada.» Esta es una excepción, fundada en el carácter particular de esta deliberación que es un verdadero juicio. Pero la excepción confirma la regla. La disposición del art. 447 no puede extenderse. Se ha fallado que no recibía su aplicación al caso en que la madre no fuese mantenida en la tutela; en efecto, no es una destitución la que el consejo pronuncia cuando no conserva la tutela á la madre que vuelve á casarse; por lo tanto, se vuelve á la regla general. La regla es, pues, que los pareceres no deben ser motivados.

¿El código de procedimientos ha derogado en este caso al código civil? Por los términos del art. 883, «toda vez que las deliberaciones del consejo no son unánimes al parecer de cada uno de los miembros que lo componen, incluso el juez de paz, se mencionará en el acta.» La corte de Bourges ha resuelto que la mención del parecer implica la mención de los motivos en los cuales se funda (1). Esto no es exacto: muy bien puede darse una opinión tan motivada, y cuando se trata de cuestiones de personas, se concibe que los miembros del consejo no quieran motivar su voto. Bastará que lo den á conocer cuando la deliberación

gina 385, nota 16. Sentencia de Aix, de 1º de de Marzo de 1840 (Daloz, en la palabra *minoría* núm. 228).

1 Bourges, 8 de Junio de 1843 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 243).

se ataque ante los tribunales. La jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido (1).

464. El código civil da el nombre de *deliberación* á las resoluciones que toma el consejo de familia, mientras que el código de procedimientos se sirve de la palabra *parecer*. Esto no es más que una diferencia de denominación; los principios que rigen los pareceres y las deliberaciones son idénticos. Las resoluciones del consejo son en general ejecutadas por sí mismas. Es de derecho común para todo cuerpo deliberante. Hay excepción á esta regla en los casos en que la ley exige la homologación del tribunal. Siendo la homologación una excepción, resulta que se necesita una disposición formal para que las deliberaciones del consejo deban ser homologadas (2). Hay lugar á homologación cuando el consejo de familia autorice al tutor á transigir á enagénar un inmueble del menor, á hipotecar ó á pedir prestado, ó cuando estatuye acerca de la exclusión ó la destitución de la tutela, y cuando el tutor excluido ó destituido no se adhiere á la deliberación (arts. 448, 458, 467).

El código de procedimientos traza la vía que debe seguirse para llegar á la homologación. Regularmente el tutor es el que la prosigue ó un miembro del consejo encargado especialmente de ella. Si no se pide la homologación dentro del plazo fijado por la deliberación, ó á falta de fijación, dentro de la quincena, uno de los miembros del consejo podrá proseguir la homologación contra el tutor, á costa de éste y sin repetición. Los miembros de la asamblea que crean deber oponerse á la homologación, lo declaran por acta notificada á aquél que está encargado de seguirla;

1 Sentencia de casación, de 17 de Noviembre de 1823 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 238. Bruselas, 26 de Julio de 1831, *Pasicrisia*, 1831, p. 218).

2 Esta es la opinión general, salvo el disenso de Magnin, (Aubry y Rau, t. 1º, p. 389, nota 10).

y si, á esta notificación, no son citados á contradecir ante el tribunal, podrán formular oposición al juicio de homologación (1).

El tribunal de primera instancia es el llamado á homologar las deliberaciones del consejo de familia, salvo apelación. El juez de paz no tiene misión de homologar, y por tanto el tribunal no puede estatuir en último recurso. El tribunal es, pues, el que siempre debe homologar. Si se niega á la homologación, y si la corte de apelación decide que hay lugar á homologar, la corte debe pasar la causa ante el tribunal de primera instancia, para que éste pronuncie la homologación (2).

La homologación es una aprobación. Si el tribunal en cuestión decide que no há lugar á probar la deliberación del consejo, rehusará homologarla, salvo que el consejo modifique su dictámen. Pero no es el tribunal el que deba cambiar la deliberación, substituyendo su parecer al del consejo, esto sería una anulación más que una homologación. La corte de Dijón llamada á homologar una deliberación de un consejo que autorizaba al tutor para que enagenase inmuebles, parte la concurrencia de una suma de 200,000 francos, redujo desde luego las deudas de 10,000 francos y, en seguida decretó la venta de otros inmuebles que no eran los que habían señalado el tutor y el consejo de familia, prescribió un préstamo de 50,000 francos. La sentencia fué casada por exceso de poder. El derecho de homologar, dijo la corte de casación, no permite á los tribunales que se substituyan por el consejo de familia, y que de oficio discuten medidas que no hayan sido solicitadas ni deliberadas (3). ¿Cuál es el objeto de la homologación? El tribu-

1 Código de procedimientos, arts. 887 y 888.

2 Lieja, 5 de Abril de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, p. 97).

3 Sentencia de casación, de 9 de Febrero de 1863 (*Dalloz*, 1863, 1, 85).

nal que homologa una deliberación la aprueba en su fondo y le da un carácter ejecutivo, pues decide que tal deliberación es regular y válida en la forma. No es, como lo dice la corte de casación, más que un acto de vigilancia judicial prescrita por la ley para proteger el interés de los menores y asegurar la buena administración de sus personas y de sus bienes. Así es que la homologación no da á la deliberación un valor que por sí misma no tiene. Si la deliberación es nula, sigue siendo nula á pesar de la homologación. Ni siquiera puede decirse con la corte de Gante, que la homologación hace presumir el cumplimiento de las formalidades prescritas por la ley (1). No hay presunción sin texto. Quedamos, pues, bajo el imperio de los principios generales, en lo que concierne á la nulidad de las pruebas que tiene que rendir el demandante de la nulidad.

§ V.—DEL RECURSO CONTRA LAS DELIBERACIONES.

Número 1. ¿Quién puede atacar la deliberación?

465. Toda deliberación del consejo de familia puede ser atacada ante los tribunales, sin distinguir si está ó nó sujeta á la homologación, y aun cuando haya sido homologada. El código civil no asienta el principio en esos términos generales, pero ello resulta del código de procedimientos (arts. 883 y 885), y de la naturaleza misma de la homologación. Por el interés del menor es por lo que la ley exige la intervención del consejo de familia; pero ella ha debido preveer que asambleas compuestas de hombres indoctos ó extraños á los negocios descuidarían las formalidades que deben proteger al menor; ha debido temer que

1 Gante, 27 de Marzo de 1857 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 200, y las observaciones del abogado general. Donay, en el sentido de la prescripción.