

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.

la rivalidad de las familias, el conflicto de intereses y de pasiones que agitan á esas asambleas refluyesen en perjuicio de los menores. Luego debia abrir un recurso contra toda deliberación del consejo de familia.

La vía que haya de seguirse difiere según que la deliberación está ó no sujeta á ser homologada. Si no hay lugar á homologación, los que quieran atacar la deliberación deben proveerse por acción principal ó incidental ante el tribunal de primera instancia. Esto es el derecho común. Si la deliberación está sujeta á homologación, los que á ella quieren oponerse pueden declararlo por acto extrajudicial al que está encargado de proseguirla. En este caso ellos proceden, como acabamos de decirlo (núm. 462). Si no han significado oposición, pueden aún intervenir en la instancia, pero no debe citárseles en causa; de modo que si no son intervenidos, y si no son citados, no pueden formular oposición ni interponer apelación; mientras que lo pueden hacer si han formulado oposición, porque en este caso son partes en la causa (1).

466. ¿Se puede atacar la deliberación? Supongamos que no esté todavía ejecutada, y que el objeto del opositor es precisamente suspender su ejecución. Este es el caso previsto por el art. 883 del código de procedimientos, el cual dice: «Siempre que las deliberaciones del consejo de familia no sean unánimes, se hará mención en el acta, del parecer de cada uno de los miembros que lo componen. El tutor, el subrogado tutor y hasta los miembros de la asamblea podrán proveerse contra la deliberación; formularán su demanda contra los miembros que hayan estado en pró de la deliberación, sin que sea necesario citar á conclusión.»

El art. 883 nombra en primer lugar al tutor; supone

1 Véanse acerca de estos detalles de procedimiento, á los autores citados en Zachariæ, traducción de Massé y Vergé, t. 1°, página 402, nota 10.

naturalmente que éste es el tutor del menor cuyos intereses son objeto de la deliberación. Ha acontecido que habidos tutores nombrados, uno por un consejo de familia convocado en el domicilio primitivo de la tutela, el otro por un consejo de familia convocado en el domicilio del último tutor. Al tribunal corresponde decidir cuál de los dos ha sido nombrado legalmente (1).

El art. 883 da á los miembros de la asamblea el derecho de proveerse contra la deliberación. El artículo supone que los miembros opositores han sido convocados y han asistido á la reunión del consejo. Se reconoce el mismo derecho á los que no hubiesen sido citados, y pueden quejarse precisamente de no haberlo sido, y sostener, en consecuencia, que la composición del consejo es irregular, y por lo tanto nula la deliberación (2). Si han asistido á la deliberación y si han votado por la resolución que se ha adoptado ¿podían, no obstante, atacar la deliberación? La cuestión se ha controvertido, porque ofrece cierta duda. El art. 883 supone que el que se provee en contra de la deliberación es de parecer contrario á los que han votado la resolución, y esto parece muy racional, porque ¿puede uno arrepentirse de su primer dictamen y combatirle á sí mismo? No obstante, la opinión contraria es la que se adopta más generalmente (3).

Se hace á un lado el art. 883, porque no está concebido en términos restrictivos, y el espíritu de la ley exige una interpretación extensiva. Se trata de resguardar los intereses del menor, luego importa admitir el recurso de todos aquellos que tienen calidad para promover en nombre de

1 Sentencia de Gante, de 22 de Mayo de 1841, confirmada por sentencia de la corte de casación, de 27 de Julio de 1843 (*Pasicrisia*, 1841, 2, 295, y 1843, 1, 103).

2 Demolombe, "Curso de código Napoleón", t. 7°, p. 210, número 339.

3 Aubry y Rau, t. 1°, p. 382, nota 2, y los autores allí citados.

aquél: tales son ciertamente los miembros del consejo. Cier- to es que, en general, no se puede retroceder de su dicta- men, pero este adagio supone que el que cambia de opi- nión está personalmente interesado. Ahora bien, el miem- bro del consejo que ataca la deliberación, no lo hace por interés propio suyo, sino por interés del menor, y debe tener siempre derecho para ello. Este derecho casi no puede ponerse en duda cuando se ataca la deliberación por vicio de forma; el asentimiento dado á una deliberación nula, no puede darle validez. La jurisprudencia es de este autor (1). Nosotros creemos que es lo mismo cuando se ataque la de- liberación por el fondo. Se permite al tutor que demande la nulidad de los actos que él mismo ha ejecutado, porque obra por interés del menor. Hay identidad de razón para los miembros del consejo.

467. ¿El derecho de atacar las deliberaciones del conse- jo pertenece, además, á otras personas que no sean las men- cionadas en el art. 883? Lo que acabamos de decir parece prejuzgar la cuestión. La ley no es restrictiva ni en su tex- to, ni en su espíritu. ¿Pero no debe al menos exigirse que el que promueva tenga un interés? Puede decirse que es suficiente un interés moral, que los parientes casi no tienen otro, siendo el verdadero interesado el menor; que debe por lo mismo abrirse la acción para todos aquellos á quienes la ley encarga que velen por los intereses del pupilo. Tales son los parientes y afines, aun cuando no hubieran debido ser citados al consejo (2). Hay una sentencia en sentido contrario de la corte de Dijon (3). La es dudosa, en razón del principio de que no existe acción sin interés; cierto es

1 Lieja, 4 de Enero de 1811; Lyon, 15 de Febrero de 1812; Col- mar, 27 de Agosto de 1813, y Angers, 29 de Mayo de 1821 (Daloz, en la palabra *minoría*, núms. 171, 174, 1^o; 190, 196, 1^o).

2 Lieja, 25 de Julio de 1817 (*Pasicrisia*, 1817, p. 472), y Colmar 14 de Febrero de 1840 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 252).

3 Dijon, 13 de Enero de 1858 (Daloz, 1860, 2, 179).

que el legislador concede á veces el derecho de promover por un interés moral, pero ¿acaso no se necesita un texto para esto? Conforme al rigor del derecho cree nos que así debe decidirse.

La misma cuestión se presenta para el ministerio público. ¿Puede éste pedir la nulidad de una deliberación tomada por un consejo de familia en materia de tutela? De antema- no hemos contestado á la pregunta, rehusando al ministe- rio público el derecho de provocar la convocación del conse- jo de familia, porque no tiene derecho de obrar en esta materia por vía de acción directa y principal. En vano se invocaría el art. 46 de la ley de 20 de Abril de 1810, que le permite perseguir de oficio la ejecución de las leyes que interesan al orden público; hay una disposición especial del art. 883, que no comprende al ministerio público. Por la misma razón debe decidirse que el ministerio público no puede interponer apelación de los jueces que homologan deliberaciones del consejo de familia.

¿El juez de paz podrá preverse en contra de una delibe- ración del consejo? Hay un motivo para dudar. El art. 883 da este derecho á los miembros de la asamblea, y el juez es miembro nato. No obstante, él admite lo contrario. El juez de paz debe quedar fuera de estos debates irritantes á fin de conservar su papel y su influencia de indicador. Si se le permitiese promover, habría que permitirle también que dirigiese la acción contra él: lo que es inadmisibile (1).

468. ¿Contra quién debe intentarse la acción? El artí- culo 883 contesta que la demanda se formula contra los miembros que hayan estado en pró de la deliberación. No hay que distinguir, como se ha propuesto, si la delibera- ción es atacada por el fondo ó por un vicio de forma. Es- to sería introducir en la ley una distinción que en ella no

1 Aubry y Rau, t. 1^o, p. 389, nota 4, y p. 390, nota 7.

existe; por otra parte, la distinción no tiene razón de ser; atacar una deliberación por vicio de forma ¿acaso no es pedir que no produzca efecto alguno en el fondo? (1).

¿Debe seguirse la vía trazada por el art. 883, cuando el consejo de familia ha pronunciado la sentencia del tutor? El art. 448 del código civil quiere que en este caso, el tutor que reclame emplace al subrogado tutor. Nosotros creemos que es el código civil el que debe recibir aplicación; el art. 448 contiene una disposición especial, y es de principio que las leyes generales no derogan las especiales. Hay, además, una razón particular que justifica al art. 448; el código ha querido que los parientes llamados á deliberar sobre la destitución del tutor, tiene plena libertad para votar; y ciertamente que ya no tendrían esa libertad si pudiesen temer que se les envolviese en un litigio á causa de un voto (2).

Los autores están de acuerdo en enseñar que el art. 883 no permite que se dirija la acción contra el juez de paz. Este es más que un simple miembro del consejo, es magistrado, y con motivo de su misión de magistrado conciliador, es por lo que la ley lo ha encargado que presida el consejo de familia. Siguese de aquí, que él no puede ser puesto en causa, á menos que haya lugar á la toma de parte (3). No habría que concluir de esto que las deliberaciones del consejo de familia son juicios, y que en caso de recurso, el tribunal conoce como juez de apelación. El consejo cumple funciones de jurisdicción gratuita: únicamente los tribunales tienen una jurisdicción contenciosa. Así, pues,

1 Zachariæ hace la discusión. Véanse en sentido contrario los traductores Masse y Vergé, t. 1º, p. 403, nota 13.

2 Lieja, 17 de Mayo de 1831 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 385). Los autores están muy divididos (véase Zachariæ; traducción de Massé y Vergé t. 1º, p. 403, nota 13).

3 Sentencia de casación de 29 de Julio de 1812 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 257, y los autores que ahí se citan).

cuando se ataca una deliberación del consejo, el juez conoce de ello como juez de primera instancia (1).

Núm. 2. Del recurso de fondo.

469. La aplicación de los principios que acabaamos de exponer sufre grandes dificultades. Para simplificarlas, es por lo que distinguimos si el recurso contra una deliberación tiene por objeto el fondo de la resolución ó si se basa en un vicio de forma. La distinción resulta de la naturaleza de las cosas. Ciertamente es que las formas están íntimamente enlazadas en el fondo, porque se han establecido para la garantía del menor; si no se observan las formas, debe presumirse que los intereses del menor no han sido resguardados, no habiendo gozado el menor de la protección que la ley ha querido asegurarle. En cambio, las formas pueden haberse observado, pero el consejo se ha equivocado porque tomó una deliberación contraria á los intereses del menor. En uno y otro caso, debe tener recurso contra las deliberaciones del consejo. Pero el recurso está regido por principios diferentes, según se ataca el fondo ó la forma. Si se trata de formas, hay que ver cuáles son las formas, que se han observado y cuál su importancia. Si se trata del fondo, ya no hay que distinguir, el interés del menor exige que puede atacarse toda deliberación del consejo. Tal es, en efecto, el principio asentado por el art. 883 del código de procedimientos.

El texto parece limitar el derecho para atacar las deliberaciones del consejo al caso en que estas deliberaciones no sean unánimes. Es el primer inciso, se dice que siempre que no son unánimes las deliberaciones, el parecer de cada uno de los miembros se menciona en el acta. En seguida

1 Rennes, 13 de Agosto de 1818 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 260).

viene un segundo inciso que permite al tutor, al subrogado tutor y hasta á los miembros de proveerse contra la deliberación. Este segundo inciso que permite al tutor, al subrogado tutor y hasta á los miembros proveerse contra la deliberación. ¿Este segundo inciso es una dependencia del primero? es decir, ¿qué no abre el recurso sino en los casos en que las deliberaciones no son unánimes? El texto deja algunas dudas. Ciertamente es que el segundo inciso supone que no ha habido unanimidad porque agrega que la demanda se formulará contra los miembros que hayan estado en pró de la deliberación. No obstante, creemos nosotros que aún las deliberaciones unánimes pueden atacarse. El interés del menor lo exige. Una deliberación unánime puede lesionar á este trato como una deliberación en que los pareceres hayan estado divididos, luego precisa que se abra un concurso. El texto no es contrario; supone, á la verdad, que hay división, pues no hace de la diversidad de opinión una condición del recurso. Podría objetarse que los miembros del consejo habiendo votado todos por la deliberación, ya no pueden arrepentirse de su voto. Ya hemos contestado á la objeción (núm. 466). La doctrina se pronuncia en favor del recurso. La jurisprudencia está todavía en secreto (1).

El art. 883 no distingue si la deliberación está ó nó sujeta á homologación. Cuando hay lugar á homologación, el derecho de oposición no sufre duda alguna (art. 464). Si la deliberación no debe ser homologada, hay una razón de más para abrir un recurso ante los tribunales, porque el

1 Zachariae, traducción de Massé y Vergé, t. 1º, p. 402, nota 7. Delvincourt, t. 1º, p. 279. Aubry y Rau, t. 1º, p. 390, nota 8. Bruselas, 6 de Mayo de 1835 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 181). La corte de Tolosa (sentencia de 22 de Febrero de 1854) parece decidir la cuestión; la sentencia referida, en efecto, la que la deliberación acepta á la cual el tutor se había proveído no se había aceptado por unanimidad. (Dalloz, 1854, 2, 240). La mayor parte de las sentencias suponen igualmente que no hay lugar á recurso sino cuando la deliberación es unánime.

menor no tiene, en este caso, la garantía de un nuevo examen por el tribunal (1).

Una sola excepción existe á la regla establecida por el artículo 883, y resulta de la regla misma. El código de procedimientos habla de un recurso contra las deliberaciones del consejo, lo que supone que se trata de una verdadera deliberación, es decir, de una resolución adoptada por el consejo. Si el consejo ha sido simplemente consultado por el presidente de un tribunal, la opinión que dé no es una deliberación, porque no implica ninguna ejecución; el presidente la tendrá ó nó en cuenta; por lo tanto, no puede tratarse de un recurso (2).

470. ¿Hay excepciones que resultan de la naturaleza de las deliberaciones? La cuestión misma, á lo que creemos, implica la respuesta. No hay más excepciones que las que consagra el legislador. Invócanse en vano las mejores razones para justificar una derogación de la regla, estas razones se dirigen al legislador, el intérprete no debe tenerlas en cuenta, porque al derogar la ley, haría la ley, siendo así que su misión se limita á explicarla. Recorramos los diversos casos en los cuales se admite una excepción al principio estipulado por el art. 883, y veremos que las razones en que se fundan son menos que decisiones, es decir, que al legislador corresponde tomarlas en consideración.

El consejo otorga ó rehusa al menor la autorización de contraer matrimonio. ¿Es este un recurso contra semejante deliberación? Nó, dicese, porque en este caso, el consejo de familia ejerce un poder doméstico que el padre habría ejercido si hubiese sobrevivido; luego lo ejerce con la mis-

1 La doctrina y el principio se hallan en este sentido. (Aubry y Rau, t. 1º, p. 390, nota 9). Véase, en sentido contrario, Grenoble, 18 de Enero de 1854 (Dalloz, 1854, 2, 55). La sentencia no está motivada.

2 París, 22 de Marzo de 1824 (Dalloz, en la palabra *minoría*, número 248).