

ma plenitud, es decir, sin recurso (1). ¿Quién es el que no ve la diferencia que existe entre el padre y el consejo de familia? El mismo legislador no tiene tanta confianza en el consejo como en el padre y no le concede la misma autoridad; á los veintiún años el hijo de familia puede casarse sin la intervención del consejo, mientras que todavía necesita el consentimiento del padre. La jurisprudencia se halla en este sentido (2).

El consejo admite ó rechaza la emancipación. ¿Hay lugar al recurso? Se niega por la misma razón. Aquí también negamos que haya analogía entre el padre y el consejo. La ley da al padre una potestad mucho mayor que al consejo de familia; el primero puede emancipar al hijo de diez y ocho años; el primero obra en la plenitud de la patria potestad mientras que el consejo no tiene ninguna potestad sobre el menor, emancipa á éste, porque lo juzga capaz de administrar su persona y sus bienes. Y ni siquiera es él quien pronuncia la emancipación, sino el juez de paz (artículos 477 y 478). Es una opinión la que él emite, y precisa que, por interés del menor, esta opinión pueda combatirse. Tal es también la jurisprudencia (3).

El consejo nombra ó destituye á un tutor. ¿Puede atacarse esta deliberación? La cuestión está vivamente controvertida. Nosotros la decidimos en el mismo sentido que las cuestiones precedentes, y por los mismos motivos. El artículo 883 es general, no hace distinción, y ni razón tiene para hacerla, entre las diversas deliberaciones. ¿Cuál es el objeto de esta disposición? La de dar una garantía al menor contra las deliberaciones del consejo de familia que las-

1 Aubry y Rau, t. 1<sup>o</sup>, p. 390, de la cuarta edición. Demolombe, t. 3<sup>o</sup>, número 86.

2 Véase una sentencia muy bien motivada de Bruselas de 3 de Febrero de 1824 y una de París de 24 de Abril de 1837 (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 250, 1<sup>o</sup> y 3<sup>o</sup>).

3 Tolosa, 22 de Febrero de 1854 (Dalloz, 1854, 2, 339).

tima sus intereses, y ¿es concebible que inicie un recurso contra tales deliberaciones y que no lo inicie contra las otras? ¡Cómo! permitiría proveerse contra la deliberación que autoriza la venta de un rincón de tierra, y no permitiría atacar la deliberación que nombra á un tutor ó que lo destituye?

Así, pues, el espíritu de la ley es tan general como su texto. Hay más: el orador del Tribunado dijo en términos formales que el objeto de la ley es resguardar todos los intereses y sobre todo colocar siempre los del menor bajo la vigilancia convocada de la familia y de la justicia; y menoraría expresamente la deliberación sobre el nombramiento de un tutor (1) Para admitir una excepción á una ley general en su letra y en su espíritu ¿no se necesitaría de un texto, de una declaración positiva de la voluntad del legislador? Para la opinión contraria, no se invocan más que consideraciones morales. Se dice que habiendo atribuido el código civil al consejo de familia el nombramiento del tutor, debe inferirse que este nombramiento no puede ser censurado, lo mismo que la elección que hiciese el último de los padres que muere (2). La respuesta es fácil y nos parece perentoria. Para toda deliberación del consejo de familia está abierto un recurso á toda parte interesada, sobre todo por interés del menor; las deliberaciones sobre el personal de la tutela están comprendidas en esta regla, por

1 Discurso de Mourcault, núm. 5, (Loché, t. X, p. 361). Véanse en este sentido, las sentencias de Angers, de 6 de Agosto de 1819 (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 59, 2<sup>o</sup>), de Nancy, de 3 de Abril de 1857 (Dalloz, 1857, 2, 175), y de Dijon, de 14 de Mayo de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 121). Compárense los autores citados por Dalloz, 1862, p. 121, y 1868, p. 162.

2 Demolombe, t. 7<sup>o</sup>, p. 204, núms. 335, 336. La corte de Montpellier ha reproducido bajo otra forma el argumento, (sentencia de 13 de Junio de 1866, Dalloz, 1868, 2, 162). Compárense en el mismo sentido, sentencias de París, de 6 de Octubre de 1814 (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 241), y de Grenoble, de 18 de Enero de 1854 (Dalloz, 1854, 2, 55).



el hecho mismo de que la ley no hace excepción, mientras que no abre recurso contra los actos ejecutados por el último de los padres que muere. Se dice que habría inconvenientes en someter las deliberaciones sobre el personal de la tutela á una discusión pública, irritante. Nosotros contestamos con el tribunal del Sena, cuya decisión reformó la corte de París, que, en materia de tutela, el interés del menor domina todas las consideraciones, y que si hubiese duda, habría que interpretarla siempre en favor del menor. ¿Qué inconveniente es mayor, tener un tutor malo ó ser anulado su nombramiento? Por otra parte, engañase el que crea que los debates son siempre ultrajantes para el tutor. En el caso juzgado por la corte de Nancy se ha separado á un tutor muy honorable, pero que no convenía en razón de las circunstancias. Por último, se teme un nuevo conflicto entre los tribunales y el consejo de familia. El tribunal que reforma una deliberación no puede nombrar al tutor, es verdad; preciso será que decline el nombramiento en el consejo, y ¿qué sucederá si éste persiste en su elección? Esta colisión que se teme, no se ha presentada todavía, y si aconteciere que un consejo de familia se obstinase en nombrar á un tutor que la justicia repele, el tribunal ordenaría la convocación de un nuevo consejo; así es que la fuerza seguiría siendo de la ley.

Una cuestión análoga se ha presentado para la madre nuevamente casada y que no ha sido conservada en la tutela. ¿Puede proveerse contra la deliberación que la despoja de aquella? La corte de Agen ha admitido el recurso por una sentencia muy bien motivada. Bajo el punto de vista de los principios de derecho, la cuestión es idéntica á la que acabamos de citar. Pero aquí las consideraciones morales que la han hecho valer en la opinión contraria, se levantan con fuerza en favor del recurso. ¿No es acaso el in-

terés del menor el objeto de toda tutela? ¿y no puede suceder que el consejo de familia, en caso de nuevas nupcias de la madre, obre bajo el imperio de un justo resentimiento contra la madre ó de prevenciones contra el nuevo marido? ¿No exige el interés del hijo que se deje la tutela á la que le ha dado el sér si no ha demeritado en nada? ¿No sería una verdadera denegación de justicia que una madre herida en sus más caros afectos, lastimada en su honra, no pudiese apelar á una jurisdicción más ilustrada y más desinteresada? El interés del menor se confunde aquí con el de la tutora y exige imperiosamente que el tribunal pueda enmendar los errores del consejo de familia (1).

Se presenta una postrera cuestión, y la más grave é interesante de todas. ¿Pueden atacarse las deliberaciones del consejo de familia cuando arreglan intereses morales y religiosos? En derecho, no nos parece dudosa la cuestión. El art. 883 no hace distinción entre los diversos intereses del menor; y en verdad que si hubiese motivo para distinguir, habría que decir que teniendo mayor importancia los intereses morales y religiosos que los materiales, hay una razón de más para someter las deliberaciones del consejo al examen de los tribunales. Un judío se convierte á la religión cristiana protestante. Muere, dejando cinco hijos menores. El consejo de familia así como el tutor estiman que hay lugar á crear á los hijos en la religión en que nacieron. El subrogado tutor, que es protestante, opone la intención formalmente expresada por el padre de que sus hijos se criasen en la religión cristiana; él se provee ante el tribunal. Oponésele un fin de no-recibir, no hay lugar á recurso, se le dice, cuando se trata de intereses morales y religiosos. El tribunal rechaza esta singular defensa é invoca el texto del art. 883, concebido en los términos los más generales;

1 Agen, 24 de Diciembre de 1860 (Dalloz. 1861, 2, 20).



el espíritu de la ley que es igualmente general. ¿Se concibe, dicen los jueces, que una deliberación que tiene por objeto un préstamo escaso, una enagenación sin importancia, se somete á la sanción de los tribunales mientras que deliberaciones que se refieren á los más nobles intereses, se escapan del examen de la justicia? El tribunal ordenó una investigación, y quedó probado hasta la evidencia que la voluntad seria perseverante del padre habia sido que sus hijos se creasen en la religión cristiana. La voluntad del padre debía ser superior á las pasiones de la familia. El fallo fué confirmado por la corte de Colmar (1).

*Núm. 3. Del recurso por vicio de forma.*

*I. De las formas substanciales.*

471. ¿Existen formas y condiciones prescritas para que el consejo de familia exista y pueda tomar deliberaciones? La cuestión es muy grave. Si se resuelve afirmativamente, resulta la importante consecuencia de que las deliberaciones emanadas de un consejo que no tiene existencia legal estarían, por esto mismo, afectadas de nulidad, ó por mejor decir, no existirían tanto como el consejo. De aquí se seguiría que el menor y toda persona interesada podrían oponer la nulidad, y que semejante deliberación jamás produciría efecto alguno. En una sola palabra, habría que aplicar los principios sobre los actos no existentes. La deducción que la doctrina admite entre los actos inexistentes y los nulos, recibe su aplicación en la composición y en las deliberaciones del consejo de familia. Nosotros creemos que la cuestión debe decidirse afirmativamente (2). No hay razón para que la teoría de los actos no existentes no se

1 Colmar, 19 de Noviembre de 1857 (Dalloz, 1859, 2, 36.) En sentido contrario Aubry y Rau, t. 1º, p. 391, y nota 13.

2 Aubry y Rau, 4ª edición, t. 1º, ps. 391 y siguientes.

aplique en materia de tutela; aquella es general por naturaleza, y en consecuencia, debe tener aplicación á todos los hechos jurídicos. La única dificultad es la de determinar cuáles son las condiciones que se requieren para que haya un consejo y una deliberación á los ojos de la ley. Hay que resolver la cuestión conforme los principios generales, porque no tenemos texto.

472. Hay una primera condición respecto á la cual no podría haber duda alguna. Si el juez de paz no hubiese presidido el consejo de familia, no habrá consejo. No hay cuerpo deliberante sin presidente, y éste es el que constituye el lazo jurídico de la asamblea y el que hace de ella un cuerpo; ahora bien, la ley da exclusivamente al juez de paz el derecho para que presida el consejo (art. 428); luego en su ausencia no hay consejo, y por consiguiente, toda deliberación es imposible; y si se acuerda alguna resolución, será como no ocurrida, más que nula, inexistente (1).

No basta que el juez de paz esté presente y que presida para que haya consejo, pues se necesita también que tome parte en la deliberación, si quedase extraño á ella, es como si no hubiese asistido; ahora bien, él es el alma del consejo; en su experiencia, su imparcialidad, su carácter conciliador descansa la ley para que las deliberaciones refluyan en bien del menor. La abstención del juez de paz equivaldría á su ausencia, y en consecuencia no habría consejo. Se ha fallado que la deliberación es nula cuando el juez de paz no ha tomado parte en ella (2); debe entenderse que es nula en el sentido de que es inexistente, que no tiene ningún efecto.

¿Precisa también que en el acta conste que el juez de paz tomó parte en la deliberación? Es verdad que en el ac-

1 Lieja, 26 de Julio de 1823 (*Pasicrisia*, 1823, p. 485).

2 Burdeos, 21 de Julio de 1808 (Dalloz, en la palabra *minoría*, número 226).



ta debe constar el hecho, pero la ley no exige más para el juez de paz que para los otros miembros del consejo, que se haga mención expresa y especial del voto; cuando hay unanimidad y consta la presencia del juez de paz, con esto mismo queda probado que concurrió á la deliberación y al voto. Igualmente, si el acta dice que el consejo deliberó y votó, esta enunciación se refiere al juez tanto como á los demás miembros del consejo (1).

473. Se necesitan seis miembros para que haya un consejo de familia; si no hay seis, no hay consejo de familia á los ojos de la ley. El espíritu de la ley no permite duda alguna acerca de este punto; desde el momento en que hay menos de seis miembros, las dos líneas estarán desigualmente representadas, ahora bien, es de la estancia del consejo que las dos líneas tengan un número igual de representantes, si no no hay asamblea de familia. Cierto es que pudiera ser que hubiese ciertos miembros, dos por cada línea; pero al conformarse con cuatro miembros ¿por qué no conformarse con dos? Esto equivale á decir que debe uno ajustarse á la cifra legal y que abajo de esta cifra ya no hay consejo.

Pasaría lo mismo si el juez de paz hubiese convocado á seis miembros pero que uno de ellos tuviese incapacidad legal, por ser un menor, un incapacitado ó una mujer. El miembro que no puede asistir á las sesiones no se cuenta; luego habría menos de seis miembros, y en consecuencia, no habría consejo (2).

Igualmente, si el juez de paz hubiese formado una lista de seis miembros, y uno de ellos no hubiese sido convocado. No es la formación de la lista lo que constituye el consejo, sino la convocación; los parientes no convocados no

1 Lyon, 30 de Noviembre de 1821, y Turín, 5 de Mayo de 1810 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 237, 1.º, y 198).

2 Aubry y Rau, t. 1.º, p. 392, nota 16, y las sentencias que él cita.

tienen el derecho de asistir, por lo tanto no son contados, y esto resuelve la cuestión. Una convocación oral ó por carta no sería suficiente; el pariente convocado de tal suerte puede asistir, es cierto, á las deliberaciones, pero no está obligado á ello, y por lo mismo no puede ser condenado á la multa, ó lo que es lo mismo, está legalmente no convocado; luego no hay que computarlo.

Si el número de los miembros convocados excediese de la cifra de seis ¿habría consejo legal? Hay duda en esto (1). El consejo que comprendiese siete ú ocho miembros estaría ilegalmente compuesto, esto es claro; pero ¿esta irregularidad vicia al consejo en su esencia? Nosotros así lo creemos. Si una asamblea compuesta de cuatro parientes no es un consejo de familia ¿por qué una reunión de ocho parientes había de formar un consejo? Desde el momento en que la cifra de seis se considera como esencial, debe decidirse que no hay consejo cuando se excede esta cifra. Así se resolvería, y sin vacilar, por un consejo comunal. La misma razón hay para decidir respecto á todo cuerpo deliberante, cuando el número seis está fijado por la ley. La jurisprudencia se halla en este sentido (2).

474. ¿Basta que haya seis miembros y el juez de paz para que exista el consejo de familia? Nosotros hemos expuesto la doctrina y la jurisprudencia acerca del domicilio de la tutela. Cualquiera que sea la divergencia de las opiniones, una cosa es cierta, y es que el consejo de familia no puede formarse indiferentemente en todo lugar en un domicilio cualquiera. Supongamos que el tutor lo convoca en su residencia, y en una residencia pasajera, en una comuna en donde no se encuentran ni parientes ni amigos del tu-

1 Aubry y Rau, dicen que simplemente hay regularidad, (t. 1.º, p. 394), Tremonville se pronuncia por la nulidad, (t. 1.º, núm. 85).

2 Bourges, 2 fructidor, año XIII, y Amiens, 11 fructidor, año XIII (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 172).