

tor, ¿sería éste un consejo de familia? La corte de Turín ha decidido que las deliberaciones acordadas por un consejo de familia convocado en lugar que no sea el domicilio del menor, son nulas, de una nulidad absoluta, y sin que el vicio pueda cubrirse por una confirmación, sea la que fuere (1). Esto equivale á decir que el consejo es inexistente. La cuestión es dudosa; ha sido resuelta en sentido contrario por la corte de Nancy (2). Puede decirse respecto á la opinión consagrada por la corte de Turín, que el consejo de familia debe ser el órgano de ésta y de sus diversos intereses; luego precisa que se forme allí en donde sea posible que se encuentren miembros de la familia en número suficiente para que el juez de paz pueda componer el consejo de parientes ó de afines tomados de las dos líneas. Si se forma en una comuna en donde no hay ni parientes ni afines, no puede darse á semejante asamblea el nombre de consejo de familia. El consejo de familia es una garantía para el menor. ¿En dónde está la garantía si el tutor puede convocar el consejo en donde se le ocurra, en un lugar en donde no haya una sola persona que tome en sus manos los intereses del menor?

Estas razones son poderosas. No obstante, preferimos la opinión contraria. Aquí no se trata, obsérvese bién, de declarar válida toda reunión del consejo de familia formado en una residencia cualquiera del tutor. La cuestión está en saber si hay existencia ó nulidad.

Ahora bien, precisamente para que la formación del consejo en el domicilio de la tutela sea una garantía para el menor, debe decidirse, á nuestro juicio, que únicamente hay nulidad. En efecto, un consejo, bien que formado en el lu-

1 Turín, 13 de Mayo de 1811 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 215).

2 Nancy, 28 de Julio de 1865 (Daloz, 1866, 5, 477). Compárese Demolombe, t. 7º, p. 158, núm. 250.

gar distinto del domicilio de la tutela, puede presentar todas las garantías posibles al menor. Puede suceder que en el domicilio de la tutela no haya parientes, mientras que en el domicilio del tutor, en donde suponemos que se ha convocado el consejo, se hallen algunos miembros de la familia. ¿No será contrario á los intereses del menor, en este caso, que se declara inexistente un consejo compuesto realmente de parientes y de afines? Esto prueba que la cuestión de garantía es cuestión de hecho que no puede resolverse *á priori*; luego la anulación resguardará mejor los intereses del menor de lo que lo hacía la doctrina de la inexistencia del consejo. Si el consejo presenta todas las garantías que el pupilo puede apetecer, como en el caso juzgado por la corte de Nancy, los tribunales mantendrán las deliberaciones que aquél haya acordado; será absurdo pronunciar una nulidad que convertiría en perjuicio del menor las formalidades destinadas á protegerlo. Pero si como se ha visto, el tutor convocase un consejo de familia, ora en esta comuna, ora en aquella, con el objeto de expeler al menor, componiendo el consejo de suerte que el menor no tenga en él ningún protector, los tribunales no vacilarían, como lo hizo la corte de Gante, en promover la nulidad de todo lo que el tutor ha hecho en virtud de las deliberaciones irregulares (1).

475. Supongamos que el consejo de familia esté regularmente formado, pero que no se presenten más que las tres cuartas partes de los miembros convocados; de seis no acuden más que cuatro; ¿cuatro miembros con el juez de paz forman un consejo? Nó, en todo cuerpo deliberante, se necesita el número de los miembros requeridos por la ley para que puedan deliberar. Si deliberase no teniendo el número exigido, la deliberación estaría viciada en su esencia. El código Napoleón se expresa en términos que

1 Gante, 5 de Mayo de 1854 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 310).

no dejan duda alguna. «La presencia de las tres cuartas partes de los miembros será necesaria para que la asamblea delibere.» Luego no hay deliberación cuando no están presentes las tres cuartas partes.

476. Están presentes las tres cuartas partes, pero no hay mayoría absoluta. Si se admite que es necesaria la mayoría absoluta para que pueda acordarse una resolución, debe admitirse como consecuencia que si no existe dicha mayoría, no hay resolución. Este es el derecho común de todo cuerpo deliberante. El principio no es dudoso. Únicamente la aplicación es la dudosa, en razón del silencio de la ley sobre la mayoría que se requiere. Nosotros ya hemos examinado la cuestión (núm. 461).

II. De las formas no substanciales.

477. Acabamos de enumerar las formas que la doctrina considera como substanciales. Cuando falta una de esas formas, se aplican los principios que rigen los actos inexistentes; no hay consejo de familia, ni deliberación, y toda persona puede prevalerse siempre de esta inexistencia. Las demás formas no son substanciales; ¿qué debe resolverse si no se ha observado una de estas formas? El código civil no pronuncia nulidad, luego hay que aplicar el principio general que la jurisprudencia tanto como los autores siguen en materia de nulidad, es decir, examinar si hay nulidad virtual. Admitese que hay nulidad virtual cuando en razón de la importancia de una forma prescrita por la ley, la voluntad tácita del legislador es que la violación de la ley sea sancionada por la nulidad (1).

Siendo general este principio, debe aplicarse á las deliberaciones de los consejos de familia. Sufre, sin embargo,

1 Véase el tomo 1º de mis *principios*, núm. 45.

una modificación importante. En general, es en razón de la naturaleza de una disposición legal por lo que el intérprete decide si su inobservancia debe ó no debe acarrear la nulidad. No sucede lo mismo con las reglas que el código prescribe para la composición del consejo de familia. No puede decidirse á priori que tales de estas reglas tengan una importancia que tales otras; todas no son más que un medio de alcanzar el objeto que el legislador se ha propuesto. Este objeto es evidente, es el interés del menor. Ahora bien, puede suceder que tal forma que, en teoría, debiera considerarse como de una importancia mayor, no haya sido observada, y que, no obstante, el interés del menor no haya sufrido por ella. ¿Se anulará, en este caso, la deliberación? Esto equivaldría á pronunciar una nulidad contra la intención del legislador, y las nulidades virtuales se fundan precisamente en esta intención y no tienen otra base. Luego hay que concluir que el interés del menor será lo que decida si la deliberación debe ó nó anularse á causa de una irregularidad de forma, cuando esta forma es substancial, en el sentido de que debe cumplirse para que el consejo exista. El principio formulado de este modo, está aceptado por la doctrina (1) y por la jurisprudencia. La corte de casación ha resuelto «que las reglas trazadas por los arts. 407 y 409, no están prescritas como pena de nulidad; que toca á los tribunales investigar y apreciar las circunstancias que han podido ser la causa de la desviación de estas reglas en la composición del consejo de familia; que si reconocen que la familia, sea del lado paterno, sea del lado materno, ha estado realmente representada, y que la persona á quien había que proveer de un tutor ha hallado en dicho consejo la garantía que la ley había querido ase-

1 Toullier, t. 2º, núm. 1119; Demolombe, t. 1º, p. 392, nota 21; Marcadé, t. 2º, p. 207, art. 410, núm. 4º

gurarle, deben mantener su composición y la deliberación acordada (1).

Agreguemos con la corte de Lieja «que las prescripciones de la ley, en lo que concierne á la composición de los consejos de familia, son todas en interés de los menores, y que sería ir derechamente contra el interés de éstos, pronunciar la nulidad, siendo así que no se alega ni dolo, ni fraude, ni lesión de que haya sido víctima el menor» (2).

478. La jurisprudencia admite una excepción al principio que rige en materia de nulidad de las deliberaciones acordadas por un consejo de familia irregularmente compuesto. Si ha habido fraude ó dolo, es decir, si un tutor ó un miembro del consejo ha separado de éste á parientes que hubieran debido ser citados, este fraude vicia la composición del consejo sin que sea necesario probar que se han lesionado los intereses del menor. A decir verdad, la excepción no es más que la aplicación del principio. El principio quiere que haya nulidad desde el momento en que está vulnerado el interés del menor; lo general, la lesión no resulta de la sola inobservancia de la ley; pero si no se ha observado por dolo, hay por este mismo hecho, lesión, porque el dolo implica que el menor no ha gozado de las garantías que la ley ha querido asegurarle (3). El perjuicio resulta del dolo mismo. Así es como se ha fallado que la deliberación de un consejo de familia es nula cuando el marido de una prima hermana no ha sido citado, y cuando no se le citó porque se preveía que su dictamen sería contrario á la deliberación que se iba á adoptar (4).

1 Sentencia de denegada apelación, de 1º de Abril de 1850 (Dalloz, 1850, 1, 291). Nosotros no citamos más que las sentencias más recientes, y las que tienen fundado el principio en términos formales.

2 Lieja, 9 de Mayo de 1850 (*Pasicrisia*, 1850, 2, 131). Compárese, Burdeos, 9 de Julio de 1851, (*Pasicrisia*, 1852, 2, 251).

3 Demolombe, t. 7º, p. 202, núm. 330.

4 Lyon, 13 de Marzo de 1845 (Dalloz, 1846, 2, 186), y 14 de Julio de 1853 (Dalloz, 1854, 2, 33).

Ha sucedido que los que pedían la convocación de un consejo de familia dejaron que el juez de paz ignorase que en el lugar había parientes, á fin de hacerlos á un lado en la asamblea, reemplazándolos por amigos; la corte de Orleans anuló la deliberación. Ella dice muy bien que el fraude vicia todos los actos jurídicos en que interviene, y que por si solo es una causa de nulidad (1). El fraude, dice la corte de Montpellier, es siempre una excepción. Un consejo de familia nombró tutor al primo viniendo de primo hermano del menor; se había tenido cuidado de no citarlo á la asamblea, compuesta de parientes más próximos, los cuales se habían puesto de inteligencia para descargarse de la tutela. Se anuló la deliberación, y se mantuvo la sentencia en el recurso de casación (2).

479. La aplicación del principio no carece de dificultad, porque á veces es difícil distinguir la forma substancial que acarrea la inexistencia del acto y la forma que acarrea la nulidad. Nosotros hemos enseñado que el consejo debe estar formado en el domicilio de la tutela, que, según nuestra opinión, es del menor. Si se admite que el consejo debe estar siempre reunido en el domicilio en donde se ha abierto la tutela por la defunción de uno de los padres ¿qué se resolvería si el consejo está reunido en otra parte? Acabamos de examinar la cuestión (núm. 474). Ella es dudosa, las incertidumbres de la jurisprudencia deben imputarse al legislador, supuesto que los mismos principios son inciertos; y se concibe que los tribunales decidan de hecho más bien que de derecho, cuando esto es dudoso.

1 Orleans, 14 de Noviembre de 1850 (Dalloz, 1851, 2, 72). El principio que el dolo vicia las deliberaciones del consejo está formulado en un gran número de sentencias, creemos inútil citarlas, supuesto que el principio no es dudoso. La jurisprudencia de las cortes de Bélgica está conforme. Lieja, 12 de Agosto de 1837 (*Pasicrisia*, 1837, 2, 216), y Bruselas, 12 de Agosto, de 1848, (*Pasicrisia*, 1848, 2, 356).

2 Sentencia de la corte de casación, de 1º de Febrero de 1825 (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 177).

480. La formación de la lista es regular; todos los parientes que allí se encuentran son convocados, pero no se ha observado el plazo de las distancias prescrito por el art. 411. ¿Habrá nulidad de derecho? La corte de Caen ha fallado en este sentido (1).

A primer a vista, esta decisión parece estar en combinación abierta en el principio admitido por la jurisprudencia. Hay, sin embargo, un motivo para dudar. Hemos enseñado que si uno de los miembros no era convocado, siendo el número más de seis, no habrá consejo (núm. 473). ¿No debe decirse que un miembro convocado irregularmente no está realmente convocado? Tal vez esta consideración es la que ha determinado á la corte de Caen. ¿Pero no es esto llevar demasiado lejos el rigor? ¿No hay en este caso, una cuestión de hecho que examinar? Si el miembro convocado irregularmente ha recibido la citación, desde ese momento queda convocado y puede presentarse á la asamblea; ahora bien, desde el momento en que los seis miembros convocados tienen el derecho de asistencia ¿puede decirse que no hay consejo? ¿No es esto más bien una de esas irregularidades que no acarrear la nulidad sino cuando el interés del menor ha sido vulnerado? Esta es nuestra opinión. Otra cosa sería si la convocación se hubiese hecho amistosamente, porque esto no es una convocación, y en consecuencia, no hay consejo, si los miembros no convocados no se presentan.

Distinta es la cuestión de saber si la deliberación sería nula en el caso en que los miembros convocados por cartas misivas y sin observación del plazo se reuniesen, no obstante, la convocación ha tenido lugar en la mañana y la reunión al mediodía. En derecho, la cuestión no es dudosa. Desde el momento en que los parientes que deben com-

1 Caen, 30 de Agosto de 1847 (Daloz, 1848, 2, 189).

poner el consejo se congregan, es válida la deliberación, y poco importa que se hayan reunido sin plazo ninguno. Así se ha fallado por la corte de casación (1). De hecho, la deliberación del consejo era escandalosa; había consentido en un matrimonio que á costa ninguna apetecía la jóven, y cuya nulidad en vano pedia. Otra prueba casi necesaria es la intervención de los tribunales.

481. La ley quiere que el juez de paz, al escoger á los parientes que forman el consejo, siga el orden de la proximidad de grado. ¿Si hace á un lado á parientes más próximos, para tomar parientes más lejanos, habría nulidad de derecho? Ciertamente es que se trata aquí de una condición requerida para la existencia misma del consejo. La proximidad de grado es una garantía para el menor, pero esta garantía no reposa sino en una probabilidad, es una razón de cariño y por consiguiente una razón de preferencia. Pero si la presunción está en oposición con la realidad de las cosas, ¿será, no obstante, necesario que el juez de paz tome á los parientes más próximos aunque sean los menos dignos? Esto equivaldría á que la garantía se tomase contra el menor, y á aplicar en su perjuicio una regla que se estableció en su favor. Puede suceder también que el juez de paz no conozca á los más próximos parientes, él convoca á los que conoce; la composición, es irregular. ¿Habrá nulidad? Si no se han vulnerado los intereses del menor ninguna razón hay para anular la deliberación (2). Los tribunales tienen,

1 Sentencia de denegada apelación, de 22 de Julio de 1807 (Daloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 556).

2 Bruselas, 15 de Marzo de 1806; Turín, 10 de Abril de 1811; Rouen, 25 de Noviembre de 1828 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 175, 1º y 2º). Estas sentencias mantienen la deliberación sin invocar siquiera el interés del menor. Compárese, sentencia de Lyon, de 6 de Mayo de 1868, (*Pasicrisia*, 1869, 2, 264), de 13 Febrero de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, p. 216), y de 19 de Enero de 1842 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 332).