

pués, en este caso, un poder discrecional como en todas las cuestiones de hecho: la corte de casación mantiene las sentencias que deciden que la deliberación, aunque emanada de un consejo irregularmente formado, no ha causado ningún perjuicio al menor (1).

Hay sentencias que mantienen ó que anulan las deliberaciones acordadas por consejos irregulares (2). Estas son resoluciones que se justifican sin duda por las circunstancias de la causa; pero que no tienen ningún valor doctrinal. No puede inferirse de esto que jamás haya nulidad, ni que siempre haya nulidad, porque esto equivaldría á sobrepasar el pensamiento de las cortes; en todo caso, semejante doctrina sería inadmisibile.

482. Hay un vicio más grave, y es cuando los miembros del consejo no pueden pertenecer por mitad á cada una de las dos líneas; el juez de paz toma cuatro parientes de la línea paterna y dos de la materna. La corte de Lieja ha fallado que el consejo de familia compuesto de tal manera estaba viciado en su esencia, y por tanto era nulo, y que todas sus deliberaciones eran igualmente nulas (3). ¿Quiere decir esto que haya nulidad de derecho? Los términos de la sentencia implican que hay nulidad por el hecho mismo de que la disposición del art. 407 fué violada. Nos parece que esto es desconocer el principio de la nulidad virtual. No pronunciando la ley la nulidad, debe verse cuál es el pensamiento del legislador. El ha querido garantizar el interés del menor, ha temido que si las dos ramas de la familia no estaban igualmente representadas, este interés queda-

1 Sentencias de 30 de Abril de 1834 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 175, 3°); París, 13 de Octubre de 1856 (Dallóz, *ibid.*, número 175, 6°); Rouen, 30 de Mayo de 1844 (Daloz, *ibid.*, núm. 322, 2°).

2 Lyon, 15 de Febrero de 1812 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 174), y Rouen, 7 de Abril de 1827 (Daloz, *ibid.*, núm. 206).

3 Lieja, 4 de Enero de 1811 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 171).

se comprometido. ¿Pero puede decirse que el interés del menor esté necesariamente vulnerado cuando hay cuatro parientes y dos maternos? Ciertamente que nó, porque puede suceder que no haya ninguna oposición de intereses entre las dos ramas, que los parientes estén unánimes y que por lo menos la deliberación no acarree ningún perjuicio al menor, ¿por qué en este caso se habría de anular la deliberación?

483. El art. 408 quiere que los primos hermanos y los maridos de las primas hermanas sean todos citados al consejo. Un consejo de familia se formó con seis primos hermanos; omitióse citar al marido de una prima hermana. La corte de Lyon declaró que el consejo estaba ilegalmente compuesto, y anuló la deliberación; pero la sentencia agrega, que con intención no se había convocado al marido de la prima hermana, porque había motivo para creer que su parecer sería contrario á la deliberación que los primos hermanos se iban á tomar (1). Luego había una especie de fraude, lo que era suficiente para viciar la deliberación. La sola irregularidad no había sido una causa de nulidad, á menos que constase que el interés del menor se había vulnerado. Hay que aplicar aquí *á fortiori* lo que acabamos de decir de la violación del art. 407, porque la irregularidad que resulta de la violación del art. 408 es mucho menos grave.

484. Un afine ha sido citado al consejo, de preferencia á un pariente del mismo grado, mientras que la ley quiere que el pariente sea preferido al afine (art. 407). La corte de Bruselas resolvió que esta condición es substancial para la existencia de los consejos de familia y que su inobservancia los vuelve nulos y de ningún efecto; la sentencia no dice que el interés del menor haya sido vulnerado por semejante irregularidad; á atenerse á los términos de la decisión,

1 Lyon, 13 de Marzo de 1845 (Daloz, 1846, 2, 186). Compárese, sentencia de Gante, de 5 de Marzo de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, p. 86).

ella implica que hay nulidad de derecho; más que esto todavía, la inexistencia del consejo (1). Esto es inadmisibile. El afine tiene calidad para asistir al consejo, y aun puede convenir mejor que el pariente del mismo grado. La corte dice en vano que el acta no da razón ninguna por la cual el afine habia sido escogido en lugar del pariente; ningún texto obliga al juez de paz á motivar las elecciones que hace. Supongamos aun que no haya razón ninguna, habria irregularidad, ¿pero toda irregularidad constituye una nulidad? Nó, y mucho menos puede ocasionar la inexistencia del consejo. No habrá nulidad sino cuando la irregularidad vulnerase el interés del menor, ó cuando fuese el efecto de un dolo.

485. La irregularidad es más grave cuando los amigos han sido citados al consejo, cuando habia parientes en el lugar. Hay cortes que han considerado esta irregularidad como substancial y de orden público, y á primera vista se vería uno tentado á creerlo. ¿Puede decirse que haya un consejo de familia, cuando los miembros de ésta no concurren? Pero esta consideración no es decisiva. ¿Por qué la ley cita al consejo á los parientes? Porque supone que tienen cariño al menor y que cuidarán sus intereses mejor de lo que lo harían los extraños. ¿Pero quién se atreverá á decir que esta presunción sea siempre la expresión de la verdad? ¿No debe preferirse un amigo adicto á un pariente indiferente? La misma ley permite al juez de paz que tome amigos en el lugar, por más que haya parientes más allá de la distancia de dos miriámetros (art. 409). Esto nos parece decisivo, contra la opinión que considera la presencia de los parientes como una regla de orden público. La cuestión debe resolverse por consideraciones de hecho. Luego volvemos á entrar al principio general que domina esta materia, el inte-

1 Burdeos, 24 de Noviembre de de 1829 (*Pasicrisia*, 1829, p. 76).

rés del menor. La jurisprudencia se pronuncia en este sentido (1). Ella invoca, además, ótras razones que nos parece difícil aceptar. Se lee en la sentencia de la corte de casación, que la madre tutora no tiene el derecho de atacar como irregular la composición de un consejo de familia cuyos miembros ella misma ha indicado al juez de paz. En otra sentencia se lee, que la composición, aunque irregular, no puede criticarse, ignorando el juez de paz la existencia de los parientes que no ha citado (2). ¿Estas consideraciones podrían dar validez á una deliberación acordada por un consejo irregularmente compuesto, que probase qué ellas han vulnerado los intereses del menor? Ciertamente que nó, y la misma corte de casación no dice eso; luego la buena fe del juez de paz y el consentimiento del que provoca la convocación del consejo de familia no pueden influir en la cuestión de validez ó de nulidad del consejo; hay que hacerlo á un lado para fijarse exclusivamente en el interés del menor.

486. La citación de los amigos ha dado margen á una dificultad muy rara. Según el art. 409, los amigos no pueden formar parte del consejo de familia sino bajo dos condiciones establecidas por la ley: es necesario desde luego que hayan tenido relaciones habituales de amistad con el padre ó la madre del difunto: se necesita en seguida que se tomen en la comuna en dondè se abre la tutela. ¿Es esta una disposición substancial, en el sentido de que fuera de una de estas condiciones, ya no hay amigos, como no habria electores si no se reunieran las condiciones de elegibilidad? La corte de casación así lo ha fallado: una senten-

1 Aix, 19 de Marzo de 1835 (Dalloz, en la palabra "Interdicción" núm. 78), y 7 de Mayo de 1846 (Dalloz, 1846, 2, 171).

2 Sentencia, de denegada apelacion, de 3 de Marzo de 1856, y de 1º de Abril de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 291). Compárense, sentencias de Gante, de 22 de Mayo de 1841 ("*Pasicrisia*", 1842, 2, 293); de Bruselas, de 27 de Enero de 1843 ("*Pasicrisia*", 1843, 2, 103), y de 6 de Julio de 1857 ("*Pasicrisia*", 1857, 2, 269).

cia de París había declarado válida la composición del consejo, aunque irregular, fundándose en que no había ni dolo ni connivencia en la omisión de los parientes. La corte suprema casó esta decisión; á la vez que ella reconoció que las reglas sobre la composición del consejo de familia no tenían por sanción necesaria y absoluta la pena de nulidad, la corte resolvió que el poder de los tribunales no podría llegar á conferir á extraños, fuera de las condiciones de aptitud legalmente determinadas, una misión que la ley atribuye á los miembros de la familia (1).

Esta resolución nos parece de un rigor excesivo. No vacilamos en decir que ella viola el espíritu de la ley. Sin duda que el primer advenedizo no es un amigo, ¿pero un amigo cesaría de serlo cuando viva fuera de la distancia legal de dos miriámetros? ¡Cómo! ¡Hay una persona que vive en el campo, y que era el amigo de corazón del padre difunto, nadie se interesa por los huérfanos más que él; se prohibirá al juez de paz que lo cite al consejo de familia! Por esta vez Pascaal tendrá razón de burlarse de nuestras leyes y de nuestra justicia: amigo más acá de dos miriámetros, es indiferente más allá. La residencia en la comuna en donde se abre la tutela se exige menos por interés del menor que por el de las personas, ni parientes, ni afines que el juez de paz quisiera citar al consejo; es una especie de excusa que le concede la ley y es imposible que esto sea una incapacidad. Las cortes de apelación se han pronunciado en este sentido (2).

La cuestión es más delicada para la otra condición exigida por la ley. Se supone que las personas que el juez de

1 Sentencia de casación, de 19 de Agosto de 1850 (Daloz, 1850, 1, 281.)

2 Bruselas, 29 de Diciembre de 1838 ("Pasicrisia," 1838, 2, 282). Lyon 14 de Julio de 1853, (Daloz, 1854, 2, 23). Douai 4 de Julio de 1855, (Daloz, 1856, 2, 47).

paz llama á título de amigos no hayan tenido relaciones habituales de amistad con el padre ó la madre del menor. ¿Su presencia viciará la composición del consejo? Si se contesta que sí, con la corte de casación, hay que llegar hasta decir que el vicio es substancial, en el sentido de que no teniendo esos pretendidos amigos la aptitud legal para concurrir, son incapaces, y por consiguiente no se computan para hacer *quorum*, de donde se seguiría que el consejo de familia no tendría existencia legal. Nosotros creemos que esa interpretación es inadmisibile. La cuestión de saber quién es amigo es evidentemente una cuestión de hecho, cuya aplicación pertenece al juez de paz: luego basta que él haya designado á extraños á título de amigos para que ellos sean capaces de asistir á las sesiones, salvo el ver si la presencia de estos extraños ha causado un perjuicio al menor. Esta también es una cuestión de hecho. Supongamos que el padre difunto no haya tenido amigos, y si se quiere ajustarse á la realidad de las cosas, nuestra suposición sería la verdad las más de las veces. ¿Qué hará el juez de paz si no hay parientes? En el sistema de la corte de casación, la composición del consejo de familia se haría imposible. Luego debe permitirse al juez de paz que elija personas que no sean precisamente amigos. En definitiva, quedamos bajo el imperio del principio general: no hay nulidad, al menos que el interés del menor lo exija (1). La misma corte de casación ha retrocedido frente á la aplicación rigurosa del principio que dejó establecido en su sentencia de 1850. Una persona fué citada al consejo á título de amigo, y en seguida se reconoció que no había tenido relaciones de amistad con el padre difunto. La corte de Nimes hizo válida la deliberación, fundándose en que había habido un simple error, sin dolo ni fraude. Este moti-

1 Sentencia precitada de Douai, de 4 de Julio de 1855.

vo fué precisamente el que la corte de casación rechazó en 1850. Ella lo admitió en 1852 (1). ¿Y qué importa la buena fe? ¿qué importa, además, que ese pretendido amigo haya sido designado por la misma tutora? si no tiene la aptitud legal ¿la designación de la madre puede dársele? ¿acaso el consentimiento de los particulares puede modificar las leyes de orden público?

*Núm. 4. De los derechos de los terceros para atacar las deliberaciones del consejo.*

487. ¿Tienen los terceros el derecho de atacar las deliberaciones del consejo de familia? Hay mucha incertidumbre acerca de esta cuestión, en la doctrina y en la jurisprudencia. Nosotros creemos que debe distinguirse, si se ataca la deliberación por su fondo ó á causa de un vicio de forma. Si se trata del fondo de la deliberación, se permanece bajo el imperio del derecho común. El consejo de familia no puede ciertamente vulnerar los derechos de los terceros, y si los vulnerara, los terceros tendrían el derecho de mantener sus derechos atacando la deliberación que los ha vulnerado. No puede haber duda acerca de este principio, queda por saber quiénes son estos terceros cuyos derechos ha vulnerado el consejo. No hay más que los tutores que se hallan en el caso de ser vulnerados por una deliberación del consejo de familia. El código civil prevee la dificultad, y naturalmente la resuelve en favor del tutor. El tutor nombrado por el consejo de familia propone excusas que no son aceptadas; puede reclamar contra la resolución del consejo (art. 440). Es restituido ó excluido ha causa legítima: él podía proveerse contra la deliberación que lo calumnias en su honra (art. 448). El consejo admite las excu-

1 Sentencia de denegada apelación, de 19 de Julio de 1858 (Dalloz, 1859, 1, 13).

sas del tutor que ha nombrado y elige á otro, éste puede reclamar y sostener que el tutor excusado no era excusable, y que, en consecuencia, debe mantenerse el primer nombramiento. Acerca de este punto no hay texto formal, pero los principios son suficientes para resolver la cuestión en favor del tutor; él tiene interés en reclamar, luego tiene acción y tiene un derecho que hacer valer, porque no puede ser llamado á la tutela sino cuando caduca el primer nombramiento; ahora bien, éste debe mantenerse si el tutor nombrado no fuese excusable (1). Lo mismo sucede en todos los casos en que el tutor en ejercicio pretende que una deliberación del consejo de familia lastima sus derechos. La ley determina las atribuciones del tutor y define la intervención del consejo de familia. Si el consejo se sale de los límites de su competencia usurpando los poderes del tutor, éste puede ciertamente reclamar; y lo puede aún en el caso en que esté obligado á dirigirse al consejo, si éste toma una determinación que lastime sus intereses. El tutor pide al consejo la facultad de ayudarse con un administrador asalariado; si el consejo rehusa, el tutor podrá reclamar (2).

488. ¿Pueden los terceros atacar también las deliberaciones del consejo de familia por vicios de formas? Hay que distinguir si el vicio de formas es substancial, en el sentido de que afecte la existencia misma del consejo, ó si el vicio produce una simple irregularidad que, según las circunstancias, pueda dar lugar á la nulidad de la deliberación. Cuando á éste le falta una condición requerida para la existencia misma del consejo, debe resolverse, por aplicación de los principios que rigen los actos inexistentes (3), que toda persona interesada puede oponer la no-

1 Aubry y Rau, t. 1º, p. 422, nota 6.

2 Aubry y Rau, t. 1º, p. 394, de la 4ª edición.

3 Véase el núm. 471 de este tomo.