

ple en su calidad de vigilante. Por los términos del artículo 446, el juez de paz tiene el mismo poder. Como este magistrado puede ignorar los hechos que dan lugar á la destitución del tutor, la ley hace apelación á la solicitud de los parientes más próximos. El juez de paz debe convocar al consejo de familia para deliberar sobre la destitución del tutor, cuando á ello sea requerido por uno ó varios parientes ó afines del menor, en el grado de primo hermano ó en grados más próximos.

528. El tutor puede adherirse á la deliberación que lo destituye, y en tal caso la destitución es definitiva entrando inmediatamente el nuevo tutor á desempeñar sus funciones. Esto es lo que dice el art. 448. ¿Cuándo hay adhesión? La ley supone que el tutor, presente á la deliberación, asiente á ella expresamente, porque dice que de este asentimiento se hará mención. ¿Quiéne esto decir que la adhesión no pueda ser tácita? Ciertamente que nó. En primer lugar, posible es que el tutor no haya estado presente; en segundo lugar, aun presente, puede manifestar sus reservas. Luego la adhesión puede hacerse posteriormente á la deliberación del consejo. Ahora bien, toda voluntad se manifiesta, sea de una manera tácita, sea de una manera expresa. Este principio se aplica al tutor, supuesto que la ley no lo deroga. Se ha fallado que el tutor destituido se adhiere á la destitución, si escribe al nuevo tutor que no se ocupará más de sus menores (1). Si la adhesión puede ser tácita cuando el tutor no asiste á la deliberación, puede por la misma razón, ser tácita si el tutor está presente y si no reclama y no hace ninguna reserva, ni ninguna defensa. En semejantes circunstancias, el silencio equivale al asentimiento.

529. El art. 448 establece que si el tutor se adhiere á la

1 Rennes, 14 de Mayo de 1831 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 377, 2°).

deliberación, el nuevo tutor entrará en funciones inmediatamente. Esto supone que por una sola y misma deliberación, el consejo de familia puede destituir al antiguo tutor y nombrar á uno nuevo (1). En efecto, la tutela no puede quedar vacante. Pero también puede haber reclamación contra la deliberación del consejo. En vista de este recurso la ley quiere que la deliberación sea motivada, y añade que el tutor deberá ser escuchado ó citado (art. 447). Estas disposiciones son esenciales. La deliberación que destituye al tutor es un verdadero juicio, por tal razón debe ser motivada; es preciso que el tutor sepa los motivos por los cuales se le destituye, para que pueda reclamar si á ello hay lugar. Si la deliberación no fuese motivada, el tutor podría pedir su nulidad (2). Lo mismo sucedería si no hubiese sido oído. La destitución es una mancha, y no puede haber pena infligida sino cuando el acusado ha sido oído en defensa propia. Sin decirlo se comprende, que si el tutor es citado y no comparece, el consejo puede pasar adelante.

¿Quién administrará la tutela después que se haya pronunciado la destitución? Si el tutor asiente, el nuevo tutor será el que administre, el art. 448 lo dice; esto es de derecho común. El funcionario destituido no es ya funcionario, luego no puede obrar como tal. Pasa lo mismo con el tutor; cuando asiente, su destitución es definitiva; desde ese momento no tiene ya derecho á obrar (3). Si el tutor no asiste, la destitución no es definitiva, la deliberación del consejo deberá ser homologada por el tribunal; hasta ese momento no existe y no puede producir ningún efecto. Por

1 Lyon, 30 de Noviembre de 1837 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 244).

2 Lyon, 13 de Marzo de 1845 (Daloz, 1846, 2, 186).

3 Colmar, 25 de Julio de 1817 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 378).

lo mismo, el tutor destituido sigue siendo tutor y continúa su gestión (1). Esto no carece de riesgos. En derecho romano, el tutor cesaba de administrar desde el momento en que era provocada su destitución. Esto era una derogación del derecho común, que no podría ser admitida sino en virtud de un texto. Todo lo que nuestras leyes permiten es que el subrogado tutor pida en seguida la homologación de la deliberación y la ejecución provisional del juicio (código de procedimientos, art. 135, 60).

530. «Si hay reclamación, el subrogado tutor proseguirá la homologación de la deliberación ante el tribunal de primera instancia, el que pronunciará, salvo la apelación» (art. 448). El subrogado tutor puede desentenderse de proseguir la homologación. Se ha fallado que, en este caso, todo pariente tenía este derecho (2). Esto no ofrece duda alguna, según el código de procedimientos, que establece (art. 887): «Si el tutor ú otra persona encargada de tramitar la homologación, no lo hace en el plazo fijado por la deliberación, ó á falta de fijación, en el plazo de quince días, uno de los miembros de la asamblea podrá diligenciar la homologación contra el tutor.»

¿Podría el subrogado tutor desistirse de la tutela y transar con el tutor destituido? Ciertamente que sí, porque la tutela es de orden público; es verdad que el principio es controvertido, pero no podría haber duda en el caso, pronunciándose la destitución por causas graves y en el interés del menor. La cuestión ha sido resuelta en este sentido por las cortes de Bélgica (3).

1 Demante, t. 2º, p. 269, núm. 201, bis. Demolombe, t. 7º, p. 301 número 507.

2 Orleans, 18 pluvial, año XII (Daloz, en la palabra *minoría*, número 380).

3 Bruselas, 4 de Abril de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 2, 116). Sentencia de la corte de casación de Bruselas, de 13 de Marzo de 1841 (*Pasicrisia*, 1841, 1, 199), y sentencia de Bruselas de 6 de Abril de 1846

Se pregunta si el nuevo tutor ó el nuevo subrogado tutor nombrado por el consejo de familia puede diligenciar la homologación. La negativa es clara, porque no puede haber nuevo tutor ni nuevo subrogado tutor sino cuando se ha hecho definitiva la destitución del antiguo; ahora bien, en caso de reclamación, la deliberación del consejo debe ser homologada; luego hasta la homologación el antiguo tutor sigue en ejercicio, y el nuevo tutor así como el subrogado tutor no tienen calidad alguna. La cuestión ha sido resuelta en ese sentido por las cortes de Bruselas y de Grenoble; pero las dos cortes se dividen respecto á las consecuencias de los principios que ellas admiten. En los dos casos, el subrogado tutor era pariente; y como tal, tenía el derecho de tramitar la homologación: ¿la tramitación recibía validez por esta circunstancia? La corte de Grenoble vió un simple error en la calificación de subrogado tutor tomada por el actor, error que habría debido el demandado hacer notable; mientras que la corte de Bruselas anuló las diligencias como promovidas por persona sin calidad. Esta última decisión nos parece más conforme con el rigor de los principios. El que promueve como subrogado tutor no entiende promover como pariente; ahora bien, como subrogado tutor, él no tiene el derecho de promover, supuesto que todavía no es subrogado tutor; luego hace un acto nulo (1).

531. ¿El subrogado tutor debe poner al tutor en causa, sea por una citación, sea por una intimación? El art. 448 no lo exige; y hánse prevalido del silencio de la ley para

(*Pasicrisia*, 1848, 1, 246). Compárese la sentencia de la corte de casación de Francia, de 14 de Junio de 1842 (Daloz, en la palabra *interdicción*, núm. 244, 1º).

1 Bruselas, 12 de Noviembre de 1830 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 381, 1º). En la *Pasicrisia* (1830, p. 213, la sentencia lleva la fecha de 19 de Noviembre); Grenoble, 24 de Junio de 1845 (Daloz, 1746, 4, 504, núm. 10).

resolver que el tutor no puede ser puesto en causa (1). Pero el silencio del código no es decisivo en esta materia. Se trata de saber si tiene que aplicarse el derecho común, el cual exige que toda persona sea oída antes de que se le imponga una pena; ahora bien, el art. 447 prueba que el legislador quiere ceñirse á esta regla de derecho natural; él exige que el tutor sea oído por el consejo de familia ó citado. Si esto es así, cuando tiene lugar la deliberación del consejo que pronuncia la destitución, lo mismo debe ser, por identidad de motivos, cuando tiene lugar la homologación; porque la homologación y la deliberación no forman más que un solo y mismo acto. Esta es la opinión que generalmente se adopta (2).

Si el tutor no ha sido puesto en causa, el juicio de homologación no tendrá ningún efecto para él; puede, ó formular oposición, ó pedir por vía de acción directa, dirigida contra el subrogado tutor, que el tribunal lo mantenga en la tutela; el art. 448 le da este derecho, y el tutor puede emplearlo, sea que el subrogado tutor no prosiga la homologación, sea que la prosiga sin poner al tutor en causa. Esto no ofrece duda alguna, desde el momento en que se admite que el tutor debe ser citado (3).

Cuando el tutor promueve por vía directa, debe, según el art. 448, citar al subrogado tutor. El art. 883 del Código de procedimientos prescribe otra marcha; quiere que los que atacan una deliberación del consejo de familia formulen su acción contra los que hayan sido del parecer de la deliberación. Se pregunta si el código de procedimientos ha deregado al civil; nosotros hemos examinado la cuestión en el núm. 466.

1 Nîmes, 8 de Julio de 1834 (Daloz, en la palabra *minoría* número 384).

2 Aubry y Rau, t. 1º, p. 481, nota 11, y las sentencias en Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 383.

3 Orleans, 12 de Enero de 1850 (Daloz, 1850, 2, 60).

532. El art. 449 establece: «Los parientes ó afines que hayan requerido la convocación podrán intervenir en la causa, que será instruida y fallada como negocio urgente » Se pregunta si el nuevo tutor puede intervenir. De antemano hemos contestado á la cuestión. El nuevo tutor no es tutor, por todo el tiempo que no se haya homologado la deliberación; luego no tiene ninguna calidad para intervenir, como tampoco para promover (1).

533. La deliberación que pronuncia la destitución puede ser atacada por el fondo y por vicio de forma. Por el fondo, el art. 448 lo dice: el tutor destituido puede pedir que el tribunal lo mantenga en la tutela. Tal es, por otra parte, el derecho común respecto á los recursos dirigidos contra las deliberaciones del consejo de familia (núms. 467 y 468) (2). La deliberación puede, además, ser atacada por vicio de forma. En esto hay algo de especial: el tutor debe ser oído y la deliberación debe ser motivada. Como estas formas no se han establecido sino por interés del tutor, él sólo puede invocar la nulidad que resultaría de la inobservancia de la ley (3).

534. ¿Quién soporta los gastos de la instancia? El código civil no contiene ninguna disposición acerca de este punto, lo que equivale á decir que seguimos bajo el imperio del derecho común. El que pierde el pleito queda sentenciado á costas. Si es el tutor, no hay duda alguna; si es el subrogado tutor, también será condenado á costas, bien entendido que como representante del menor; por interés de éste se forma el proceso; luego él es el que debe sufragar los gastos. Se ha sostenido que los miembros del consejo de familia que han votado por la destitución pueden ser con-

1 Angers, 29 de Marzo de 1821 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 196, 1º).

2 Lieja, 7 de Julio de 1815 (*Pasicrisia*, 1815, p. 432).

3 Sentencia de la corte de casación, de 14 de Junio de 1842 (Daloz, en la palabra *interdicción*, núm. 244, 1º).

denados á costas, daños y perjuicios aun cuando no fueren partes en la causa. Esto es inadmisibile.

El tribunal no puede condenar á costas, daños y perjuicios sino á la parte que pierde; ahora bien, los miembros del consejo no son partes en la instancia de homologación sino cuando intervienen. Se objeta el art. 441, que permite al tribunal que condene á costas á aquellos que han rechazado la excusa propuesta por la tutela. La respuesta es fácil y perentoria: en el caso del art. 441, la instancia se formula contra los miembros del consejo que han desechado la excusa, mientras que en el caso del art. 448, la acción se intenta contra el subrogado tutor, y éste por más que promueva en nombre del consejo de familia, no tiene calidad ninguna para representar individualmente á los miembros del consejo que han estado en pró de la destitución (1).

Núm. 3. Efectos de la exclusión y de la destitución.

535. El art. 445 dice que todo individuo que haya sido excluido ó destituido de una tutela, no podrá ser miembro de un consejo de familia. La ley no dice que el tutor excluido ó destituido no pueda ser llamado á otra tutela; de aquí se concluye que la exclusión ó la destitución no implica de derecho la exclusión de una nueva tutela. No hay que aumentar el rigor de la ley dice Demante (2). El, no obstante, admite, y ello es evidente, que si la causa que ha hecho excluir al tutor de una primera tutela subsiste, esa causa debe separarlo de una nueva tutela. Tal es la condena á una pena afflictiva ó infamante, según el art. 443, con la restricción que pone el código penal: el sentenciado pue-

1 Demolombe, t. 7º, p. 299, núm. 505, Aubry y Rau, t. 1º, p. 482, nota 13. En sentido contrario, Durantón, t. 3º, núm. 515, y Zachariæ, t. 1º, pfo. 120, y nota 14 (p. 456, de la traducción de Massé y Vergé).

2 Demante, "Curso analítico", t. 2º, p. 266, núm. 196, bis 4º.

de ser llamado á la tutela de sus hijos por el consejo de familia. Si la interdicción del derecho de tutela no es más que temporal, es claro que cesando la causa cesa igualmente el efecto. Quedan en pie las causas de exclusión establecidas por el art. 444. Si el tutor ha sido destituido por incapacidad ó infidelidad, por esto mismo queda excluido de una nueva tutela; acerca de este punto el artículo 444 es formal. La cuestión no se presenta, pues, sino para la mala conducta notoria; si por esta causa es destituido un tutor ó es excluido, ¿podrá ser llamado á una nueva tutela? Nosotros no lo creemos. La mala conducta notoria, una vez que conste por una exclusión ó por una destitución, es una causa permanente de exclusión para toda tutela, lo mismo que la incapacidad y la infidelidad. Sin duda que el hombre, aun teniendo una mala conducta notoria, puede corregirse; pero no es lo mismo respecto del galeote en libertad, no es lo mismo respecto al tutor infiel ó incapaz. La deshonra de que ha sido objeto es lo que excluye al tutor de toda nueva tutela, porque la ley no puede tener confianza en un hombre que ha sido excluido ó destituido por mala conducta, incapacidad ó infidelidad. Por esto es que lo declara indigno de ser miembro de un consejo de familia. Y ¿se concibe que puede ser tutor quien no puede ser miembro de un consejo de familia, porque ha sido excluido ó destituido de una tutela? El buen sentido repele esta distinción, tanto como el texto (1). De aquí concluimos que el tutor destituido no puede ser reintegrado en la tutela, porque esto equivaldría á llamarlo á una tutela, y la destitución lo excluye de toda tutela. La jurisprudencia se halla, no obstante, en vacilación respecto de esta cuestión (2).

1 Demolombe, "Curso de Código Napoleón", t. 7º, p. 304, número 510.

2 Véanse los autores citados en Dalloz, en la palabra "minoría," números 365 y 366.

536. El tutor excluido no es tutor, y el destituido cesa de serlo desde el momento de la destitución. Desde dicho instante el tutor excluido ó destituido no puede ejecutar ningún acto de gestión. Hay que aceptar, sin embargo, una restricción al rigor de esta decisión. Del mismo modo que los notarios siguen desempeñando sus funciones hasta que se les notifica la suspensión ó la destitución (1), así el tutor no queda excluido ó destituido sino desde el día en que tiene conocimiento de la exclusión ó de la destitución. Si se halla presente á la deliberación y si se adhiere á ella, cesa inmediatamente de ser tutor. Si no está presente, se necesita que se le notifique el juicio de homologación. Si después de dicha notificación, continúa administrando, los actos que hiciere serían nulos. ¿Debe hacerse una excepción respecto á los terceros de buena fe? Más adelante insistiremos acerca de esta cuestión.

§ IV.—DE LAS CAUSAS DE EXCUSA, DE INCAPACIDAD,
DE EXCLUSION Y DE DESTITUCION, EN CUANTO AL CONSEJO DE
FAMILIA Y AL SUBROGADO TUTOR.

Núm. 1. De las causas de excusa.

537. La ley impone á los miembros del consejo de familia la obligación de comparecer, bajo pena de multa, á menos que tengan una excusa legítima (art. 443). ¿Cuáles son estas excusas? Son impedimentos de hecho que no permiten á los miembros convocados asistir á la deliberación. Puede suceder que las causas que dispensen de la tutela sean también una excusa legítima para los miembros del consejo: tal sería, por ejemplo, una enfermedad. Pero no toda causa que dispensa de la tutela es una causa para asistir al consejo. Y se concibe la razón. Un pariente, un afi-

1 Ley de 25 ventoso, año XI, art. 52.

ne, un amigo, puede invocar como excusa de la tutela el número de hijos, las tutelas que ya maneja, las funciones públicas que debe desempeñar; pero estas causas no le impiden que asista á las deliberaciones de un consejo de familia: éste es un servicio que nadie puede rehusar, á menos que hubiere un impedimento de hecho que el juez de paz apreciará.

En cuanto al subrogado tutor, el art. 426 declara que puede invocar las causas de excusa que la ley concede al tutor. La identidad es quizás demasiado absoluta; como el subrogado tutor no administra, sus funciones son más fáciles que las del tutor; pero siendo la ley general, no corresponde al intérprete introducir en ella distinciones.

Núm. 2. De las causas de incapacidad.

538. Las causas de incapacidad son comunes á la tutela, á la subrogada tutela y al consejo de familia (arts. 426 y 442). Se ha fallado, por aplicación de este principio, que el menor no podía ocupar asiento en el consejo como mandatario (1). Es verdad que el mandato puede darse á un menor (art. 1990); pero la razón es que el mandato se da, en general, por interés del mandante; mientras que en materia de tutela, el mandato se da por interés del menor; y cuando el mandato interesa, no al que lo otorga, sino á un tercero, el mandatario debe ser capaz. La ley aplica este principio al ejecutor testamentario (arts. 1028 y 1029). Por identidad de razón debe decirse que los menores y las mujeres no pueden formar parte del consejo como mandatarios.

Nosotros hemos enseñado que las personas colocadas bajo consejo judicial, pueden ser tutores; por la misma razón, pueden ser miembros de un consejo de familia. La

1 Orleans, 12 de Enero de 1850 (Dalloz, 1850, 2, 60).