

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 (Daloz, 1850, 2, 60).

corte de casación así lo ha resuelto en un caso singular. Un consejo de familia fué convocado para deliberar acerca de una demanda de interdicción; en este consejo ocupaban asientos dos parientes proveídos de un consejo judicial. La corte de casación resolvió que eran capaces por el hecho solo de que la ley no los declaraba incapaces. Nada más jurídico (1). Pero también nada más contrario al buen sentido. Se trataba de dar un dictamen sobre el estado mental del individuo cuya interdicción se provocaba y se citaron al consejo personas cuyo estado mental estaba más ó menos alterado, supuesto que había sido preciso darles un consejo. Aquí evidentemente hay un vacío de la ley.

539. El art. 442 declara incapaces de asistir al consejo de familia á los que tienen con el menor un pleito judicial en el cual se hallan comprometidos el estado ó la fortuna del menor. ¿Debe hacerse de esta disposición una regla general, y admitir que no pueden formar parte del consejo los que están interesados en las deliberaciones? Zachariæ asienta este principio, y Demolombe lo aprueba, porque está razonablemente fundado (2). ¿Pero basta que sea racional una causa de incapacidad para que se deba admitirla? La cuestión sola implica una herejía jurídica. ¿Acaso las incapacidades no son de estricta interpretación? ¿Se la puede extender por vía de analogía? No insistimos, puesto que ya hemos examinado la cuestión en lo concerniente á la tutela (núm. 513).

Si ha de decirse la verdad, no se trata de incapacidad, sino de recusación, y la diferencia es grande (3). La inca-

1 Sentencia de denegada apelación, de 21 de Noviembre de 1848 (Daloz, 1848, 1, 230).

2 Zachariæ, traducción de Massé y Vergé, t. 1.º, p. 393, Demolombe, t. 7.º, p. 308, núm. 516. Hay una sentencia en este sentido de Aix, 3 de Febrero de 1832 (Daloz, en la palabra "minoría", núm. 180).

3 Esta es la observación de los traductores de Zachariæ, Massé y Vergé, p. 393, nota 25.

pacidad es un defecto de calidad; el incapaz no puede formar parte de ningún consejo, en tanto que la incapacidad subsista, mientras que la oposición de intereses sólo es concerniente á una deliberación particular. Hay casos en los cuales la misma ley pronuncia una recusación. El art. 423 dice que el tutor no puede votar en pró del nombramiento del subrogado tutor; el art. 495 establece que los que provoquen la interdicción no pueden formar parte del consejo de familia. Fuera de estos casos de recusación legal, la recusación debe ser provocada, y como es el juez de paz el que compone el consejo, él también es el que decidirá si debe admitirse la recusación.

Se pregunta si la deliberación será válida en el caso en que el miembro del consejo que tenía intereses opuestos no ha sido recusado ó no se ha abstenido. La corte de Caen ha fallado que la deliberación era nula, por más que no se hubiese pedido la recusación. Se funda la corte en el interés del menor: sería posible que la deliberación del consejo de familia, que debe ser una garantía para él, se convirtiese en riesgo y en un lazo, si los que tienen interés contrarios á los del pupilo son convocados (1). Sin duda alguna que el legislador habría debido tener en cuenta la oposición de intereses para hacer de ella una causa legal de recusación; pero en el silencio de la ley, no puede decidirse que la deliberación sea nula por el hecho solo de que existe la oposición de intereses. Supuesto que no hay ley, quedamos bajo el imperio de los principios generales. La deliberación podrá ser atacada, y será anulada si se prueba que en razón de esta oposición de intereses, la decisión del consejo es perjudicial al menor (2).

540. Hay mucha incertidumbre sobre estas cuestiones

1 Caen, 29 de Diciembre de 1855 (Daloz, 1856, 2, 291).

2 Burdeos, 9 de Julio de 1845 (Daloz, 1845, 4, 323).

en la doctrina y en la jurisprudencia. Se pregunta si el tutor puede concurrir al consejo de familia. La corte de Bruselas ha resuelto que cuando un miembro del consejo es nombrado tutor, no puede ser ya miembro del consejo; ella ha anulado, en consecuencia, una deliberación en la cual el tutor había tomado parte (1). Hay excelentes razones, en teoría, en apoyo de esta opinión. El consejo de familia se convoca para que examine la gestión de la tutela: ¿se concibe que el tutor se inspeccione á sí mismo? Pero este argumento se dirige al legislador; las mejores razones del mundo no son suficientes para establecer una incapacidad. Por esto los autores están acordes en enseñar que el tutor sigue siendo miembro del consejo de familia; el nuevo texto del código lo supone. El art. 423 dice que el tutor no puede votar por el nombramiento del subrogado tutor; el art. 426 agrega que no puede votar en los consejos de familia que deliberen sobre la destitución del subrogado tutor. Estas disposiciones no tendrían ningún sentido si el tutor no formase parte del consejo. Hay más: no tendrían igualmente sentido si el tutor no pudiese votar nunca, cuando es así que está interesado en la deliberación. Todo lo que pudiera decirse es que el tutor no puede tomar parte en la deliberación, cuando tiene intereses opuestos á los del menor en el asunto que se somete al consejo (2). Esto vuelve á entrar á la cuestión general que acabamos de tratar.

Menos dificultad hay para el subrogado tutor. Este puede ser miembro del consejo de familia y hasta votar en pró las medidas propuestas. Así es que puede votar sobre su destitución del tutor que aquel consejo está encargado de provocar. Esto es el derecho común; en toda asamblea de-

1 Bruselas, 25 de Marzo de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, p. 67).

2 Esta es la opinión de Demante, t. 2º, p. 249, núm. 173, bis 1. Compárese, Marcade, t. 2º, 219, art. 423, núm. 2.

liberante, los autores de una proposición votan sobre la adopción. No puede decirse que el subrogado tutor se inspecciona á sí mismo tomando parte en la deliberación, porque nunca es él quien administra; cuando él provoca la destitución del tutor, obra por interés del menor. La jurisprudencia se halla en este sentido, y no hay duda alguna (1). Y si el subrogado tutor tiene un interés en una deliberación, interés opuesto al del menor, se vuelve á entrar á la cuestión general de la recusación (2).

Cuando el subrogado tutor es llamado á intervenir, y sus intereses están en oposición con los del menor, hay lugar para nombrar un subrogado tutor *ad hoc*. ¿El subrogado tutor puede votar en pró de dicho nombramiento? La corte de Grenoble ha fallado con mucha sensatez que ninguna ley se oponía á que él tomase parte en la votación; que, por otra parte, habiéndose adoptado la deliberación por unanimidad, no había lugar á anularla, probando la unanimidad que los intereses del menor habían quedado completamente resguardados (3).

Lo que acabamos de decir del tutor y del subrogado tutor recibe su aplicación á los miembros del consejo de familia. Se ha fallado que los que provocan la destitución del tutor pueden tomar parte en la deliberación; la corte de casación da una razón decisiva, y es que ninguna ley los excluye del consejo ni les veda votar (4).

Núm. 5. De las causas de exclusión y de destitución.

541. Por los terminos del art. 445, los que han sido excluidos de una tutela no pueden ser miembros de un con-

1 Véase la jurisprudencia en Dalloz, en la palabra *minoría*, número 372.

2 La corte de Lieja ha fallado que el subrogado tutor no puede concurrir cuando está interesado en la deliberación (sentencia de 13 de Febrero de 1822, *Pasicrisia*, 1822, p. 61).

3 Grenoble, 11 de Enero de 1864 (Dalloz, 1865, 2, 57).

4 Sentencia de denegada apelación, de 12 de Mayo de 1830 (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 356).

sejo de familia. Esta disposición se aplica sin dificultad alguna cuando un juicio criminal ó correccional pronuncia la interdicción del derecho de tutela, porque estos juicios privan al mismo tiempo al sentenciado del derecho de ser miembro de un consejo de familia (núm. 522). Tampoco hay duda cuando un tutor ha sido excluido por el consejo de familia ó por el tribunal, por mala conducta notoria, incapacidad ó infidelidad: esto es lo que supone el art. 445; excluido ó destituido de la tutela, el tutor queda, en consecuencia, excluido de todo consejo de familia. La ignominia que se ha infligido explica esa indignidad. Pero ¿qué debe decidirse si no hay ninguna deliberación que pronuncie la exclusión ó la destitución? En este caso, el art. 445 no puede aplicarse, y en consecuencia, no habrá lugar á la exclusión del consejo de familia, ni por mala conducta notoria, ni por incapacidad, ni por infidelidad.

En efecto, el art. 446 excluye de la tutela á las personas de una mala conducta notoria y no las excluye del consejo de familia. Sucede lo mismo con aquellos cuya gestión manifiesta la incapacidad ó la infidelidad; para que la mala conducta, la incapacidad ó la infidelidad excluyan á una persona del consejo de familia, se necesita que haya sido excluida ó destituida de la tutela por una de esas causas (art. 445). En la opinión que hemos enseñado nosotros sobre el sentido del art. 444, núm. 2, la cuestión ni siquiera puede plantearse, supuesto que, á nuestro juicio, se necesita también una sentencia del consejo ó del tribunal para que haya lugar á la exclusión de la tutela, por el capítulo de incapacidad ó de infidelidad. Luego la cuestión no puede presentarse sino para la mala conducta notoria, y el texto de los arts. 444 y 445 la decide. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo sobre este punto. El legislador permite excluir de la tutela á personas de una mala con-

ducta notoria, porque el interés del menor domina cualquiera otra consideración. No permite excluir del consejo de familia á los parientes ó afines de mala conducta notoria, porque el interés del menor no es tan considerable, mientras que hay un grave inconveniente en escudriñar la vida privada de los ciudadanos, y en hacer una averiguación sobre su conducta. Por otra parte, de hecho, el interés del menor puede quedar resguardado: estando encargado el juez de paz de componer el consejo de familia, podrá separar á las personas cuya mala conducta sea notoria. Y si por casualidad, citara al consejo á un pariente ó afine de una mala conducta, los tribunales podrían siempre anular la deliberación, si se hubieran vulnerado los intereses del menor (1).

542. En la aplicación del art. 445, no hay que perder de vista que las causas que excluyen del consejo de familia son de estricta interpretación tanto como las que excluyen de la tutela. No hay exclusión sin texto. Si un tutor amenazado de destitución presenta su dimisión, y el consejo la acepta ¿se reputaría destituido en el sentido del art. 445? Ciertamente que nó. Cualquiera que sea la causa de la dimisión, no se la puede poner en la misma línea que la destitución, luego el art. 445 no es ya aplicable; ahora bien no hay exclusión sin texto.

El tutor es destituido por haberse ingerido en la tutela antes de haber hecho nombrar á un subrogado tutor (artículo 421). ¿Será también excluido del consejo de familia? Se dice que no había exclusión, porque el art. 421 no se sirve de la palabra *destitución*, él establece que se *retirará la tutela* al tutor; ahora bien, el art. 445 no declara excluido al tutor del consejo de familia sino cuando ha sido

1 Sentencia de casación, de 13 de Octubre de 1807 (Daloz, en la palabra *interdicción*, núm. 154, 1°). Valette sobre Proudhon, t. 2°, p. 308, seguido por todos los autores.

destituido. Nos parece que esto es llevar demasiado lejos el principio de la interpretación restrictiva. Realmente hay destitución en el caso del art. 421, supuesto que se le retira al tutor la tutela por causa de dolo.

La madre tutora se casa por segunda vez sin convocar al consejo de familia: con esto pierde la tutela de pleno derecho (art. 395). ¿Esta pérdida es una *destitución* en el sentido del art. 445? Aquí tiene que aplicarse el principio de la interpretación restrictiva. La madre pierde la tutela en virtud de la ley; ahora bien, la destitución implica que ha pronunciado una sentencia contra el tutor culpable. Y ¿en este caso hay realmente un culpable? Las más de las veces hay simple negligencia é ignorancia y aun cuando la madre á sabiendas no convoque al consejo, es por no exponer la unión que ella contrae á las críticas de la familia. Porque es importante hacerlo notar, si la madre está obligada á dirigirse al consejo para ser mantenida en la tutela, no es para un hecho que le sea personal, no es porque sea indigna de conservarla, sino á causa de su nuevo marido. En cuanto á ella, no hay ninguna causa de indignidad, luego no puede decirse que haya destitución. La cuestión, no obstante, es controvertida; pero á nuestro juicio no es dudosa (1).

543 ¿Qué debe decidirse si un pariente incapáz ó excluido, toma parte en la deliberación? Se ha fallado que la deliberación queda viciada con su presencia, y por lo mismo, es nula (2). Esto nos parece demasiado absoluto. La ley no pronuncia la nulidad por tal capítulo; quedamos, pues,

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

2 La jurisprudencia de las cortes de Bélgica está conforme con nuestra opinión. Sentencia de Bruselas, de 30 de Mayo de 1810 (Dalloz, en la palabra *minoría* núm. 367, 5º), de 23 de Junio de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, p. 24); y de Lieja, de 29 de Junio de 1819 (*Pasicrisia*, 1819, p. 413). Esta es la opinión de la mayor parte de los autores (Dalloz, *ibid*). Véase, en sentido contrario, una sentencia de Aix, de 7 de Marzo de 1846 (Dalloz, 1846, 2, 171), y Delvincourt, t. 1º, página 277, nota 8.

bajo el imperio del derecho común, es decir, de la nulidad virtual. El tribunal, según las circunstancias, resolverá si la presencia de un incapáz, ha causado daño al menor. El interés del menor es lo decisivo en esta materia.



FIN DEL TOMO CUARTO.