

3, título 19, Instituciones, y así se ha practicado constantemente entre nosotros por ser de absoluta necesidad.

En todos los casos. Sea cualquiera la especie de tutela; y los padres no podrán dispensar ó prohibir este nombramiento, aunque se les permite que ellos mismos lo hagan: la tutela en cuanto á su objeto, tiene mucho de derecho público, que no se altera por la voluntad de los particulares, artículo 11.

ARTICULO 186.

En el caso de tutela dativa, el consejo de familia nombrará el pro-tutor en la misma sesión en que nombre el tutor.

422 Frances que dice: "Inmediatamente despues del nombramiento del tutor;" 344 Napolitano, 281 Sardo, 424 Holandes.

El nombramiento de protutor, aunque en la misma sesión, debe hacerse despues de el del tutor para que este, si es miembro del consejo de familia, pueda abstenerse de votarlo; á mas de que está en el orden natural de las ideas nombrar primero al principal que á su segundo ó vigilante.

En la misma línea: sin embargo, podrá ser nombrado un hermano entero, ó carnal, porque abraza las dos líneas.

ARTICULO 187.

El tutor testamentario y el legítimo no pueden empezar á ejercer sus cargos, sin hacer que antes se convoque el consejo de familia para el reconocimiento de su cargo y nombramiento de protutor.

El tutor que no llena este formalidad, será responsable de los daños que vengán al menor, y además será separado de la tutela.

En el caso de que el tutor sea pariente del menor, no podrá ser nombrado el protutor de la misma línea.

Los dos primeros párrafos son el 421 Frances, y el tercero el 423 Frances que exceptúa el caso de hermanos carnales; 343 y 345 Napolitanos, 280 y 283 Sardos, 423 Holandes.

Para el reconocimiento de su cargo: porque son tutores de pleno derecho, y no nece-

sitan la confirmación del consejo de familia, que al contrario habrá de reconocerlos por tales, si no tienen impedimento de ley.

Será separado. El artículo 421 Frances, dice: "Podrá si ha habido dolo;" el nuestro supone tambien dolo ó malicia en el tutor, y bajo esta suposición es imperativo, porque nada bueno puede esperarse del que comienza con tan malos auspicios. Otra cosa sería en el caso de simple error ó negligencia; y de todos modos, el conflicto entre el tutor y el consejo, habrá de ser dirimido por el juez.

En la misma línea. Tomándose el tutor y pro-tutor en una misma línea, podría temerse la preponderancia ó conclusión en ella. Si en el consejo no hubiera sino de la línea en que ha sido escogido el tutor, sería preciso nombrar protutor á un extraño.

ARTICULO 188.

El pro-tutor está obligado:

1º *A sustentar los derechos del menor en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los del tutor.*

2º *A vigilar la conducta del tutor y poner en conocimiento del Consejo de familia cuanto crea que pueda ser dañoso al huérfano en su educación y en sus intereses.*

3º *A promover la reunión del Consejo de familia para el nombramiento de otro tutor, siempre que la tutela quede vacante ó abandonada.*

4º *A ejercer las demás obligaciones que especialmente le señala la ley.*

El artículo 420 Frances impone al protutor la obligación de obrar por los intereses del menor cuando estén en oposición con los del tutor y el 424, la obligación especial de nuestro número 3. Le siguen los artículos extranjeros citados en el nuestro 186, y además el 346 Napolitano, 431 Holandes, 303 de la Luisiana y 278 Sardo.

En oposición con los del tutor: pero en este caso el pro-tutor, aunque sea miembro del Consejo de familia, no tendrá en él voto deliberativo, y el juez le hará reemplazar por otra persona capaz de hacer parte (artículo 282 Sardo).

La reunión del consejo: porque él no reemplaza al tutor; las obligaciones y repre-

sentación de uno y otro son absolutamente incompatibles: pero es interés del huérfano que la tutela no quede abandonada.

Número 4: como en los casos del artículo 242 y 258:

ARTICULO 189.

El pro-tutor que no llene las obligaciones prescritas en el artículo anterior, es responsable de los daños y perjuicios que por ello resultaren al menor.

Toda la culpa ó negligencia lleva la responsabilidad civil de daños y perjuicios, artículo 1900.

CAPITULO VI.

DEL CONSEJO DE FAMILIA (1).

Vé lo espuesto sobre esta innovación en el artículo 172.

ARTICULO 190

Se procederá á la formación del Consejo de familia siempre que haya que nombrar tutor ó pro-tutor, y en los demás casos en que la ley requiere reunión.

Vé los artículos 183 al 187 inclusive, y lo en ellos espuesto.

Tutor: como en los de tutela dativa, según los artículos 183 y 184.

O pro-tutor: y como este ha de ser nombrado en todos los casos de tutela según el artículo 185, se sigue que en todos ellos se ha de proceder á la formación del Consejo de familia.

La ley requiere su reunión: como en el caso del artículo 168.

ARTICULO 191.

Compondrán el consejo de familia el alcalde del domicilio del huérfano, y los cuatro parientes mas allegados de este; dos de la línea paterna y dos de la materna, que estén vecindados en el mismo pueblo ó en otro que no diste mas de seis leguas.

1. A fojas 139 de este tomo está una nota en la que hemos espuesto las razones que la comisión tuvo para no adoptar el consejo de familia: de donde resulta que el presente capítulo no está en práctica entre nosotros. Véase la espresada nota.—N. de los EE.

Entre los parientes se comprenderán los maridos de las hermanas del menor, mientras estas vivan.

407 Frances que habla de parientes, ó afines, *allies*, aunque en igualdad de grado da la preferencia á los primeros: exige el número de seis, y señala la distancia de dos miriámetros: nuestro artículo reduce á cuatro el número de seis, y alarga un tanto la distancia por estar el país menos poblado; en cuanto á los afines, vé el final del artículo 328 Napolitano, 262 Sardo: los 290, 221 y 300 de la Luisiana, y el 388 Holandes varían algo: el de la Luisiana exige por lo menos cinco parientes ó amigos residentes en la parroquia del juez: el Holandes reduce tambien á cuatro el número de parientes ó afines.

El alcalde: ó el que haga sus veces, y así ha de entenderse esta palabra en todo el capítulo.

Cuatro parientes: He dado la razón de haber reducido á cuatro los seis del artículo Frances; el Código Holandes adoptó lo mismo que el nuestro, sin poder alegar la misma razón; tambien el artículo 263 Sardo; y nuestras leyes patrias solo exigían en casos parecidos uno ó dos parientes de cada línea.

El consejo con los cuatro parientes y el alcalde se compondrá de cinco, número impar, con lo que se evitarán los empates en la votación.

Dos de la línea paterna, etc. Así se evitará la influencia, ó preponderancia de una de ellas; y las dos tienen la misma presunción de interés y cariño por el huérfano.

Mas de seis leguas. Una distancia mayor acarrearía grandes molestias á los parientes y retardos en la reunión del consejo, con perjuicio del mismo huérfano, pues le interesa que el consejo pueda reunirse fácilmente y vigilar de cerca al tutor.

Los maridos de las hermanas, etc. La afinidad es siempre vínculo mas débil que el del parentesco de sangre: por esto el artículo se limita á los cuñados, y mientras vivan sus mugeres hermanas del huérfano. Síguese de este párrafo y del artículo 192 que

los parientes han de ser varones, y no es necesario espresar que han de ser mayores de edad, ó emancipados.

Este artículo y los siguientes, que hablan también de la organización del consejo de familia, no declaran espresamente la nulidad de sus deliberaciones para el caso de no haberse observado lo dispuesto en ellos. De consiguiente, queda á la sabiduría y prudencia de los tribunales el cuidado de apreciar las circunstancias particulares que pueden excusar, bajo este aspecto, algunas irregularidades, exentas de toda sospecha de dolo ó connivencia, y que no han acarreado perjuicios al huérfano. No será, pues, absoluta y general la nulidad de las deliberaciones del consejo por la mencionada inobservancia, si no concurren para lo contrario circunstancias especiales al prudente é ilustrado arbitrio de los tribunales.

ARTICULO 192.

En igualdad de grados será preferido el pariente de mas edad al mas joven.

Los ascendientes varones de cualquier grado serán preferidos á las abuelas.

La primera parte es el final del artículo 407 Frances y demas citados en el artículo anterior: en igualdad de grado la edad es una circunstancia preferente, como en el caso del artículo 293 y otros, por la presunción de mayor experiencia; además si entrarán todos los de un mismo grado, no se verificará la igualdad del artículo 191 en ambas líneas.

A las abuelas. Repítese aquí la escepcion que en el número 3 del artículo 182 se hace á favor de ellas para la tutela; pero se da preferencia á los varones para evitar las molestias de viages en el caso muy posible de no residir en el domicilio del huérfano.

ARTICULO 193.

Sin embargo de lo dispuesto en el artículo 191, todos los hermanos carnales y los maridos de las hermanas carnales serán vocales natos del consejo de familia, y si son tres ó mas, no se les agregará ningun otro pariente.

El tutor no puede ser vocal del consejo de familia.

El primer párrafo es casi idéntico al artículo 408 Francés, 329 Napolitano, 263 Sardo.

Todos los hermanos carnales: estos reúnen la ventaja de pertenecer igualmente á las dos líneas, y de representarlas. De consiguiente, el de mas edad no será preferido al mas joven; y entrarán todos, aun cuando concurren con ascendientes.

De las hermanas: entiéndese carnales; de otro modo solo serán llamados, cuando haya lugar, en la respectiva línea de aquellas: entiéndese también que han de vivir sus mugeres por la dispuesto al fin del artículo 191.

Si son cuatro ó mas: porque todos deben serlo, y representan las dos líneas: hay, pues, un caso en que el consejo á pesar de lo dispuesto en el artículo 191 puede constar de mas de cuatro: si son menos, se completará el número hasta cuatro; pero supongamos que por ser tres haya de nombrarse uno solo: yo creo que habrá de serlo por la línea paterna, y si por ser uno solo el hermano ó cuñado, han de ser nombrados tres, habrán de tomarse dos de la misma línea, y uno de la materna. Esto es de necesidad, si el consejo no ha de pasar de cuatro: además, la doble representación de los hermanos viene á conservar la igualdad en ambas líneas; y de la preferencia de la paterna hay ya un ejemplo en el artículo 182.

He puesto *cuatro ó mas* á pesar de que el artículo impreso dice *tres*, porque en mi ejemplar, sobre el que se hizo la última revisión, dice *cuatro*; y en este supuesto ó sentido, conforme por otra parte con el artículo 408 Francés, hice yo este comentario que fué aprobado espresamente por la Sección: *sirva esto de advertencia para cuando se fije definitivamente la suerte del Código.*

El tutor: porque no puede tener voto en causa propia, y la institución del consejo tiene por objeto intervenir las operaciones, y velar sobre la conducta del tutor.

ARTICULO 194.

El alcalde tiene obligacion de cumplir con lo dispuesto en el artículo 190 en el termino de

seis dias, á contar desde la muerte del padre ó madre, sea de oficio, ó por accion fiscal ó popular.

406 Frances, que no señala dias, y añade (en mi concepto sin necesidad) que pueden pedir la convocacion los parientes del menor, sus acreedores, ú otras personas interesadas. —327 Napolitano, 261 Sardo, 417 Holandes.

Seis dias: pero sin perjuicio de proveer entretanto segun lo dispuesto en el artículo 174.

Desde la muerte: desde que de cualquier modo la supo, y á esto se refieren las siguientes palabras, *sea de oficio:* sin saberla, es imposible que cumpla con este artículo, ni con el 174.

Sea de oficio, ó popular: como sucede en el caso del artículo 1843: el interés del huérfano es *quasi publicum*, párrafo 3, título 26, libro 1, Instituciones, y ley 2, título 16, Partida 6: excusado es con esto advertir, que podrán pedir la convocacion los que tengan interés personal por cualquier concepto.

ARTICULO 195.

Cuando los parientes mas cercanos del menor tengan su domicilio en un pueblo que diste mas de seis leguas del domicilio del huérfano, los convocará el alcalde, pero no los podrá compeler contra su voluntad á la aceptación del cargo de vocal del consejo de familia.

El 410 Frances hace esto facultativo en el juez, y comprende también el caso de ser parientes, en el mismo grado los domiciliados á mas de dos miriámetros (tres leguas y un quinto); 331 Napolitano, 265 Sardo; en el artículo 192 he notado que el 300 de la Luisiana habla de parientes, ó amigos residentes en la parroquia del Juez: el 388 Holandes no señala distancia y da á entender, que se han de buscar los parientes ó afines en todo el reino.

Mas cercanos: el derecho de estos es preferente, y mayor la presunción de su cariño é interés por el menor: deben pues ser convocados por si quieren admitir. Sin embargo, la distancia puede ser tan grande que

haga evidentemente imposible la asistencia del pariente mas cercano al consejo de familia; y en este caso, todo de prudencia, yo no culparia al Alcalde por no haberle convocado. Entre parientes de un mismo grado no median las consideraciones de mejor derecho y mayor cariño que hacen excusables las dilaciones consiguientes á la mayor distancia.

No podrá compeler: es decir, que por esto solo podrá el pariente excusarse de aceptar.

ARTICULO 196.

Si en el domicilio del huérfano y á seis leguas de distancia no se encuentra suficiente número de parientes para componer el consejo de familia, y los que vivan en pueblos mas distantes no se prestan á aceptar este cargo, se completará el consejo con vecinos honrados que elegirá el alcalde entre los que hayan sido amigos de los padres del menor.

El 409 Frances dice, que el Juez llame á los parientes ó afines domiciliados á mayores distancias ó á los amigos etc., que tengan el mismo domicilio del menor: 330 Napolitano, 264 Sardo.

Nuestro artículo no adopta lo de los parientes, salvo lo dispuesto para los mas cercanos en el artículo anterior, porque las mayores distancias son casi incompatibles con la asistencia puntual al consejo, que reclaman los intereses del menor.

Suficiente número: y bastará que no se encuentre en una sola de las líneas, por ejemplo la materna, aunque en la otra haya cuatro ó mas; porque las dos deben estar representadas por mitad para evitar la preponderancia de la mayor representación.

Entre los que hayan sido amigos: y tengan el mismo domicilio que el menor, porque no deben exigirse de estraños las molestias y sacrificios que de los parientes: así se dispone en el artículo 268 para un caso casi idéntico, ó muy parecido.

ARTICULO 197.

El alcalde señalará un término breve, en proporcion á las distancias, para que los lla-

mados comparezcan personalmente ó por apoderado especial, que no podrá representar mas que uno solo.

El artículo 411 Frances fija términos según que los convocados se hallen domiciliados á menor ó mayor distancia de dos miriámetros: 332 Napolitano, 266 Sardo: en nuestro artículo se deja esto á la prudencia del Alcalde, porque los términos no deben ajustarse exactamente á la materialidad de las distancias, y deben ser tomadas en cuenta la localidad, la estación, las comunicaciones, etc.

Personalmente, etc.: Esta parte del artículo hasta el fin es el 412 Frances, 333 Napolitano, 267 Sardo.

Apoderado especial: para que le represente en el consejo y haga sus veces; pero no será necesario que en el poder se designe la persona del tutor, ó protutor, y antes bien convendrá no designarla, porque la libre discusión entre todos puede contribuir al acierto.

Mas que uno solo. Esta parte es el final del artículo 412 Frances, 333 Napolitano, 267 Sardo. Si uno solo pudiera representar á dos, no habria los cuatro votantes que requiere el artículo 191, y uno solo bastaria por lo menos para empatar las resoluciones.

ARTICULO 198.

El alcalde puede multar hasta en cantidad de diez duros al pariente que no comparezca en el término que se le prefijó.

Sin embargo, cuando la no comparecencia proceda de justa causa, y el alcalde estime útil al menos que se aguarde al ausente, podrá deferir la reunion. Igual multa podrá imponer el alcalde á los que dejen de concurrir á cualquiera otra reunion del consejo de familia.

Los dos primeros párrafos son los artículos 413 y 414 Franceses, 334 y 335 Napolitanos, 268 y 269 Sardos.

Puede multar: porque según el artículo 194 tiene obligación de proceder á la formación del consejo de familia, y *cui jurisdictio data est, ea quoque concissa esse videtur sine quibus jurisdictio explicari non potuit*, ley 2, título 1, libro 2 del Digesto.

De esta imposición de multa no hay apelación ni otro recurso, que esponer ante el mismo escusa legitima, ó imposibilidad de comparecer por sí y por apoderado especial: aun en este caso ha debido ponerlo en noticia del alcalde antes de espirar el término señalado para la comparecencia: en el caso del artículo 195, deberá avisar que no acepta el cargo.

Deferir la reunion: si lo hace sin señalamiento de día, será necesaria nueva convocación; de otro modo no.

Igual multa: este caso es idéntico al del párrafo 1: de nada serviría la formación del consejo sin la asistencia posterior á sus sesiones.

ARTICULO 199.

Esta reunion y todas las demas del consejo de familia se celebrarán en la casa morada del alcalde; si este no designa otro local; y deliberar y acordar bastará la mayoría de los convocados.

415. Frances que en lugar de *mayoría* exige las tres cuartas partes; y debiendo, según el 407 Frances, componerse el consejo de seis, es imposible en tal caso ajustar ó sacar exactamente las tres cuartas partes, y será necesaria la asistencia de cinco. Nuestro artículo es mas sencillo y practicable en todos casos, bien se componga el consejo de solos cuatro ó de mas, por lo dispuesto en el artículo 193: será, pues, necesaria la mitad mas uno de los convocados, sin contar con el alcalde, porque convoca y no es convocado: siguen al artículo Frances, el 336 Napolitano y el 270 Sardo.

ARTICULO 200.

El alcalde presidirá siempre el consejo de familia: tendrá en el voto consultivo, y, en caso de empate, decisivo.

Es el 416 Frances, 337 Napolitano y 271 Sardo; pero dan al juez voto *deliberativo*, no simplemente *consultivo*, como nuestro artículo.

El voto *consultivo*, como el que aquí se da al alcalde, no tiene otro objeto que ilustrar pero no se cuenta para formar mayoría y resolución; el voto *deliberativo* sí, y lo tie-

nen todos los parientes vocales del consejo. De consiguiente, siendo estos cinco, si tres votan en un sentido y dos en otro, aunque el alcalde opine con los dos, los tres formarán mayoría y resolución, porque su voto ó voz, como puramente consultiva, no se cuenta: si el alcalde tuviera voto deliberativo, resultaria en este mismo caso empate, y se dirimiría por la calidad de decisivo, que en tal caso tiene el voto del alcalde. Pero supongamos que son seis, y resulta empate de tres contra tres en la votación, el alcalde tendrá voto decisivo: por manera, que el voto ó voz del alcalde no se cuenta para formar empate, pero lo dirime ó decide cuando lo han formado los parientes: en materias puramente judiciales no se conoce voto decisivo; en las gubernativas y económicas sí: la escepcion hecha en la ley orgánica de los Consejos provinciales de 2 de abril de 1845 á favor del voto del gefe político para formar *sentencia*, tiene de absurdo todo lo que aquella palabra tiene de judicial.

El voto desivo dado al alcalde nace de la necesidad, y tiene por objeto evitar dilaciones y entorpecimientos perjudiciales al huérano: si no, se le da voto deliberativo.

Pero téngase presente que, según el artículo anterior, para formar el consejo, y poder este deliberar y acordar ha de concurrir la mayoría de los convocados: esta es una regla general, y comun á toda corporación.

Para formar acuerdo ó resolucón, ¿será necesaria la pluralidad absoluta ó la mitad mas uno de los asistentes, ó bastará la relativa? Esta duda, atendido nuestro artículo 191, solo podría ocurrir en el caso del artículo 193, porque en él solo pueden formar el consejo y asistir mas de cuatro parientes.

Supongamos, pues, que asisten siete: tres de ellos eligen por tutor á Pedro, dos á Juan, otros dos á Pablo. No habrá acuerdo ni nombramiento, á pesar de la pluralidad relativa á favor de Pedro, porque resultaria nombrado este contra cuatro, que espresamente no le quieren: es, pues, necesaria la pluralidad absoluta, es decir, que una sola opinion reu-

na mas votos que las otras juntas. Esta doctrina es respectivamente aplicable para decidir cuando hay ó no empate: para que lo haya es preciso que la totalidad de los asistentes se divida por mitades iguales en dos opiniones, lo que solo puede acontecer siendo aquellos en número par; por ejemplo, cuatro, seis, etc.: así; en el caso arriba propuesto, si tres eligieran á Pedro, tres á Juan y uno á Pablo, no habria empate, ni lo habria siendo seis los asistentes, si los votos se dividieran por terceras partes iguales: la razon es la misma del párrafo anterior; no puede haber verdadero empate, cuando cada uno de los votados es rechazado por el mayor número de votantes.

Cierto es que la doctrina contraria tendria la ventaja de la facilidad y rapidez en las resoluciones, pero estas saldrian desautorizadas, por tener contra sí la realidad del menor número, y seria ocasion de nuevas discordias en el consejo.

Será por lo tanto preciso en tales casos, á fin de obtener pluralidad absoluta; llamar para este solo efecto un nuevo miembro al consejo, si alguno de los disidentes no prefiriere adherirse á una de las opiniones emitidas por el mayor número: advierto, sin embargo, que el artículo 272 Sardo se decide por la mayoría ó pluralidad relativa.

ARTICULO 201.

Ningun individuo del consejo de familia tendrá voto, ni asistirá á sus reuniones, cuando se trate de negocio en que tenga interes propio ó de sus hijos; pero podrá ser oido, si el consejo lo estima conveniente.

La justicia de este artículo es evidente y deberá estenderse al caso de atravesarse interés de su muger.

Ser oido: y séalo ó no, tendrá siempre espedido su derecho, y podrá hacerlo valer en juicio.