

# El contrato de educación

POR EL

DR. JUAN GARCIA ABELLAN

*Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho*

## I

### CONSIDERACIONES PRELIMINARES: INSTRUCCIÓN Y EDUCACIÓN

1. *La educación, problema jurídico.*
2. *Instruir y educar.*

## II

### REFERENCIAS HISTÓRICAS

1. *La educación en las culturas clásicas.*
  - A. Antiguo Oriente.
  - B. Grecia.
  - C. Roma.
2. *La potestad paterna en su desenvolvimiento.*
  - A. La potestad desde Egipto a Roma.
  - B. El influjo del cristianismo.
3. *La intervención del Estado.*
  - A. Planteamiento del problema.
  - B. Los precedentes ideológicos de la intervención.
  - C. La intervención en España.
  - D. Tendencias modernas.



## III

## FAMILIA Y EDUCACIÓN

1. *La familia y sus fines: educación.*
  - A. Derecho y familia.
  - B. La educación como carga del matrimonio.
2. *La jerarquía familiar del padre.*
  - A. Límites: los cónyuges y la educación.
  - B. Potestad como función: la obligación paterna de educar.
3. *Relación jurídica paterno-filial de educación.*
  - A. La relación como causa del deber de educar.
  - B. Elementos de la relación paterno-filial o tutelar de educación.

## IV

## ANÁLISIS DE LAS FACULTADES DEL PADRE

1. *Generalidades y enumeración.*
2. *Derecho a elección del educador.*
3. *Derecho a determinar el sistema pedagógico.*
4. *Derecho a determinar el carácter y tendencia de la formación intelectual del educando.*
5. *Derecho a elegir la religión en que el niño deba ser educado.*
6. *Derecho a determinar la profesión, arte u oficio en que haya de ser instruído el hijo.*

## V

## CONCEPTO Y NATURALEZA DEL CONTRATO DE EDUCACIÓN

1. *Concepto del contrato.*
2. *Naturaleza jurídica.*
3. *El contrato de educación y otras figuras de contrato.*
  - A. Necesidad de la distinción.
  - B. El contrato de mandato.
  - C. El contrato de arrendamiento de servicios.
  - D. El contrato de trabajo.
4. *Referencia al contrato en favor de tercero.*

## VI

## LA RELACIÓN CONTRACTUAL DE ENSEÑANZA

1. *La relación de enseñanza y su nacimiento: naturaleza pública o privada.*
2. *Los sujetos del contrato: el elemento activo de la educación.*
  - A. Educadores.
  - B. La figura jurídica del educador.
  - C. Especies de educadores.
  - E. Aptitud legal de los educadores.
  - E. ¿El educador es un representante del padre?
  - F. La sustitución personal del educador.
3. *Los sujetos del contrato: el elemento pasivo.*
  - A. Especial referencia a los padres.
  - B. Situación del emancipado.

## VII

## CONTENIDO DEL CONTRATO: FACULTADES

1. *Generalidades.*
2. *Facultades atribuidas al educador.*
  - A. Respecto de la persona del educando.
    - a) Facultad educadora.
    - b) Facultad correctora.
    - c) Facultades derivadas del cuidado material del menor.
  - B. Frente al contratante de la educación.
    - a) Pago de los honorarios pactados.
    - b) Pago del material utilizado para la enseñanza.
    - c) Exigibilidad de indemnización por actos del educando.
    - d) Reenvío del educando en supuestos de enfermedad.
    - e) Rescisión del contrato en casos de anormalidad, u otra causa de origen psíquico.
3. *Facultades atribuidas al representante del educando.*

## VIII

## CONTENIDO DEL CONTRATO: OBLIGACIONES

1. *Consideraciones previas.*
2. *Responsabilidades exigibles al educador. Medios de exigibilidad.*
  - A. Naturaleza de la responsabilidad.
  - B. Responsabilidad del educador por actos propios.

- C. Responsabilidad del educador por actos del educando.
  - D. Referencia a responsabilidad objetiva de carácter extracontractual.
  - E. Responsabilidad penal.
3. *El seguro de accidentes escolares.*
  4. *Las prestaciones del representante del educando.*
    - A. Generalidades
    - B. Examen del pago de la educación.
      - a) Educandos sin patrimonio propio.
      - b) Educandos con bienes propios: cuestiones.
      - c) Acciones.

## I X

### EXTINCIÓN DEL CONTRATO

1. *El desistimiento.*
2. *Otros casos de extinción.*
3. *Suspensión temporal.*

## I

CONSIDERACIONES PRELIMINARES:  
INSTRUCCION Y EDUCACION1. **La educación, problema jurídico**

En un inicial planteamiento, se nos muestra la *educación* como actividad humana que la ley traduce en obligación de los padres y guardadores de menores o incapaces, de formar la personalidad de éstos según dictados de cultura adecuada al medio social y de familia en que el educando se desenvuelve.

Lo complejo de la *educación* se traduce en la dificultad de aprehender, para una síntesis jurídica, sus elementos constitutivos a fin de determinar su posible tránsito desde la persona del padre o representante, a la del educador, a quien, en todo o en parte podrán aquéllos encargar la tarea que por ley les viene impuesta.

De otro lado, el considerar la educación como derecho concedido a la paternidad plantea, a su vez, el problema, previo a su ejercicio, de su contenido y de sus posibles limitaciones.

Puede concebirse la educación como un desenvolvimiento del ser humano, en el ambiente social, hacia formas determinadas de cultura.

Esta premisa da idea de las repercusiones que sobre el cuerpo social produce la función educadora, a través de un imperativo legal atribuida a los padres y guardadores, y de ordinario encomendada por ellos a los profesionales de la misma (1). Puede decirse que la propia norma de de-

(1) Por la abundancia abrumadora de bibliografía sobre la educación, en cuanto problema sociológico, decidimos prescindir de su reseña y sólo utilizar, circunstancialmente y a lo largo de este estudio aquellas referencias concretas que la contemplación jurídica de la enseñanza exija.

recho encuentra su continuidad en la educación. AZEVEDO ha puesto de relieve la importancia de este aserto: «las normas fijas a que obedecen los animales gregarios para vivir juntos, están predeterminadas por su constitución orgánica y se transmiten de generación en generación por medio de la herencia biológica, mientras que las normas que rigen la vida de los grupos humanos—normas sociales, objetivas y exteriores a los individuos—se transmiten por vía social, externa. La lengua, la moral, la religión, la ciencia, todo lo que integra la cultura de un grupo, es producto social, obra colectiva, y en su conjunto lo que forma el *ser social*; constituir y organizar ese ser en cada uno de nosotros es el objetivo concreto de la educación (2)». Esta idea ha sido utópicamente superada por el sociólogo norteamericano LESTER F. WARD, quien considerando la educación como certeza de cosas esperadas, al entender que debía ser valorada en la proporción en que se confieren a su poseedor concepciones correctas de vida, en sus relaciones con la sociedad y con la naturaleza, ha llegado a sostener en su *Dynamic Sociology* que, en un futuro remoto, con la protección del intelecto y del conocimiento y la intervención de los maestros, el Estado y el gobierno podrán desaparecer (3).

## 2. Instruir y educar

De cuanto llevamos dicho, queda advertida la amplitud conceptual del término *educación*. Y de ahí el interés de pretender una diferenciación entre *instruir* y *educar*. Cabe, frente al significado de estos vocablos, admitir su similitud, conexión, subordinación y aún diferencias específicas.

Parece que en el orden jurídico positivo, el esclarecimiento carece de trascendencia (4), toda vez que las legislaciones vienen a utilizar, simultaneándolas, ambas palabras, o si manejan una de ellas, la *mens legis* no ha desplazado la otra. Pero ello no obsta a que se indague primeramente el correcto valor del vocablo para una mejor inteligencia.

Según el Diccionario de la Real Academia española, educar es tanto como «dirigir, encaminar, doctrinar. Desarrollar o perfeccionar las facultades intelectuales del niño o joven por medio de preceptos, ejem-

(2) En su op. *Sociología de la Educación*, 2.<sup>a</sup> ed. española, México, 1946, pág. 88.

(3) Vid. HARRY ELMER-HOWARD BELSER, *Historia del pensamiento social*, 2.<sup>a</sup> ed., México, 1945, t. II, pág. 172.

(4) Se hace preciso advertir que lo que sigue, queda escrito teniendo presente, tan sólo, el orden jurídico privado. Queda, por tanto, desplazada, la cuestión del campo del Derecho público, en donde la distinción conceptual quizá pueda tener relevancia en orden a los fines del Estado. (Recuérdese la *Kulturweek*, de HOLTZENBORFF, por ej.).

plos, etc.», e instruir, «enseñar, doctrinar. Comunicar sistemáticamente ideas, conocimientos o doctrinas».

Sin embargo, substancialmente habrá de concederse al vocablo *educar*, sentido genérico, toda vez que indica una total movilización de potencias humanas en función de un fin. O por decirlo con el rigor filosófico que, desde su concepción idealista utiliza HERMAN H. HORNE, la educación debe pensarse como el proceso de ajuste recíproco del hombre con la naturaleza, con sus congéneres y con la naturaleza última del cosmos (5).

ODONNE, haciendo referencia a los posibles derechos que pueden asistir al Estado en materia de educación, alude a la pretendidas soluciones con las que ha querido dejar resuelta la cuestión, destacando aquella por la que se atribuye al padre el derecho de educar, y al Estado el de instruir, decidiendo el autor citado que educación e instrucción no pueden ser razonablemente separadas ya que la instrucción es una parte no pequeña de la educación, y un medio eficaz para realizarla. De ello se concluye, muy acertadamente a nuestro juicio, que ambas están íntimamente conexas, hasta el punto de que junto al deber y derecho de educar existe el derecho y deber de instruir (6).

CICU entiende que educación, en el sentido más amplio de la palabra, comprende igualmente a instrucción (7). Por ello podría preguntarse si, en realidad, existe un concepto restringido de educación comprensivo de una actividad desmenuada sobre un campo limitado. Y también si sería posible pensar la educación como una generalidad abstracta que se concreta, en cada caso, mediante una atribución de funciones determinadas que se actúan a través de la instrucción.

Esta afirmación parece quedar reiterada por ROSSIGNOLI cuando escribe coincidente con CICU, que en el uso corriente y aplicado al hombre, la palabra *educación* tiene dos sentidos. En sentido estricto se entiende como «el arte de dirigir la voluntad del niño hacia el bien honesto». Pero en sentido más amplio la educación puede definirse como «el arte por el cual los padres o los que los representan coadyuvan a que la actividad física y psíquica de los niños se desarrolle gradual y armónicamente, en orden a su bien hasta que estén en condiciones de proveerse por sí mismos» (8).

(5) Vid. en el volumen que la «Biblioteca pedagógica» dedica a W. H. KILPATRICK, F. S. BREED, H. H. HORNE y M. J. ADLER, titulado *Filosofía de la Educación*, la exposición de HORNE, *Una filosofía idealista de la educación*, en especial, pág. 157. Edit. Losada, Buenos Aires, 1946.

(6) Vid. *Principi cristiani per lo studio della sociologia*, Roma, 1945, págs. 65-66.

(7) CICU, *Filiazioni*, en VASALLI: *Trattato di Diritto civile*, «La filiazioni gli alimenti», t. III, pág. 220, Torino, 1939.

(8) ROSSIGNOLI, *La familia, el trabajo y la propiedad en el Estado moderno*, trad. D. Isern. Barcelona, 1941, pág. 286.

Este concepto, con la amplitud que le confiere ROSIGNOLI, es congruente con la intención contenida en los preceptos legales que a la educación hacen referencia, en orden a su atribución a la potestad o tutela. El que sea comprensiva de la instrucción es evidente, toda vez que el mero «arte de dirigir la voluntad del niño hacia el bien honesto» no podrá realizarse tan sólo con una recta intención ética, sin ingrediente alguno de dación de conocimientos más o menos prácticos y sistemáticos y de aplicabilidad a las diferentes circunstancias de la vida.

Desde otro punto de vista, y abundando en la distinción, entendemos que no se puede hablar de instrucción en términos generales; en todo caso serán *instrucciones* nacidas de la complejidad irradiante de la educación y que alcanzan al hombre en cualquiera de sus edades. En razón a las relaciones que ligan a padres, tutores y educandos, y por las subsiguientes consecuencias jurídicas que de las mismas pueden deducirse, decidimos utilizar el vocablo *educación* como denominador de la actividad magistral referida exclusivamente a la persona de menores o incapaces. Ello nos lleva a estimar incompleta la definición que del concepto debatido—y con la mente puesta en un precepto positivo, el 1631, ap. 1 del Código civil alemán—ofrecen KIPP y WOLFF al considerar la educación como «influencia psíquica (aunque se ejercite con ayuda de medios físicos) con el fin de formar el carácter y espíritu» (9). Preferimos, sin dar a la afirmación otro alcance que el suficiente a justificar nuestra actitud en orden a la construcción que pretendemos a lo largo de este estudio, concluir que la educación comprende en su seno la instrucción. Que la formación completa, *humana* del niño, requiere una total educación pues así como la instrucción por sí sola produce un conocimiento objetivo y libre de cualquier presión moral, el educar ya implica la dación de enseñanzas sobre la idea de trascendencia ética. Por ello la actividad operativa del docente no es, por lo general, meramente instructiva; de ordinario recibe el encargo—más o menos expreso—de formar, en un todo, la personalidad del alumno. Las repercusiones jurídicas de estas consideraciones, irán siendo apreciadas más adelante.

(9) «Derecho de familia», v. 2, págs. 49-50, en *Tratado de Derecho civil*, de ENNECIBUS-KIPP-WOLFF, Barcelona, 1946.

## II

## REFERENCIAS HISTORICAS

## 1. La educación en las culturas clásicas

A. *Antiguo Oriente*.—De entre los pueblos primitivos, el hindú ofrece una compendiosa muestra de cómo la educación de los niños hubo de ser entendida. La educación se organiza en la India mediante la obra de los legisladores reflejada, especialmente, en las *Instituciones* de Narada, en donde, partiendo de la clasificación de personas que deben obediencia, agrupa entre los *servidores libres* al *discípulo-aprendiz*. Precisamente esta diferenciación *discípulo-aprendiz*, atribuyendo a cada una de las categorías un determinado y específico conocimiento, es un argumento suficiente para entender que en la India no se produce un propósito educador tal y como con posterioridad, y hasta hoy, se ha venido entendiendo. Discípulos y aprendices, precisamente por su concepción de servidores de aquel que los inicia en conocimientos parciales y concretos, no reciben en realidad la instrucción en propio beneficio, puesto que, los primeros, son instruídos, a través de la institución del *Noviciado*, hasta adquirir idea de los dogmas sagrados, al objeto de que éstos tengan asegurada su transmisión y, de consiguiente, persistan en el tiempo a través de las generaciones que se sucedan. Esta enseñanza de las ciencias y de las cosas divinas se reserva especialmente a los *Bramatchari*. Durante el período del *Noviciado*, el discípulo reside con el preceptor a quien, sobre todo, debe profundo respeto y obediencia, hasta el punto de que, según se lee en el *Libro de las Leyes de Manú*, la afeción religiosa es más considerada que la filial.

El aprendiz, por su parte, observa el mismo régimen de vida que el novicio en sus relaciones con el maestro. El niño es iniciado en el trabajo o arte para que se le destina mediante su previa entrega al iniciador, lo que provoca el nacimiento de singulares relaciones entre ambos, y de las que merece ser destacada la nota de que el maestro no puede utilizar la actividad material del aprendiz en labor alguna que no sea aquella para la que se inicia, bajo la pena de multa y rescisión del contrato (10). Por lo demás la afección del novicio y del aprendiz a la persona del preceptor o maestro, es tan profunda que con él viven, son estimados como hijos propios y aún llamados a sucesión hereditaria, por causa de muerte, según las prelacións determinadas por la ley.

No se produce en la India, tan interesante por lo demás en estas cuestiones de enseñanza, un entendimiento o concepción teórica de la actividad educadora; se instruye a los niños en conocimientos especiales y con el propósito de dotarlos, bien de una competencia utilitaria, bien de una sabiduría esotérica, religiosa y moral con destino a la persistencia y guarda de los dogmas más que a la propia idea de formar al hombre. Sin embargo, algo muy importante, la regulación de las relaciones entre preceptor y discípulo, dará origen a la beneficiosa comunicación entre los mismos establecida, y que se habrá de extender, en posteriores y más perfectos estadios culturales, a la confección de sistemas pedagógicos determinados, en esencia, por la afección casi absoluta del discípulo al maestro por dilatados períodos de tiempo.

B. *Grecia*.—Cuanto anteriormente queda dicho, en orden a la relación entre el docente y el iniciado, adquiere en Grecia extraordinaria relevancia, pues la cultura helénica se produce, en gran parte, instrumentando el saber sobre este sistema, sobre esta a modo de afección paternal, desde entonces consagrada como teoría pedagógica.

Y esta relación de enseñanza habida entre discípulo y maestro, al hallar su más alta expresión en la sabiduría griega produce, de consuno, el entendimiento de lo que sea, deba o haya de ser la educación. La crianza o cuidado del menor, como contenido específico de la función educadora, es significación atribuida por ESQUILLO a la *Paideia*. Constituye, pues, en primera instancia, una atribución genérica de la paternidad, configurada del modo que ha pasado a nuestros días, precisamente en la antigua Grecia. La dignidad de la función educadora con trascendencia—por humanística—política, monta sobre el concepto de *Areté* (ἀρετή), irradiando desde él un haz que ha de producir la integración del hombre en la sabiduría. Por ello Grecia, al instalar en la mente de los hombres la preocupación educadora conjuga, armoniosamente, la

(10) Vid. GIBELIN, *Etudes sur le droit civil des hindous; Recherches de legislation comparée*, París, 1846, t. I, págs. 118 y sigs.; t. II, págs. 117 y sigs.

enseñanza de un conocimiento moral—por esencia coercitivo—con una formación científica de finalidad utilitaria, peculiarizada—Techné (τέχνη)—y mediante la cual se dan al educador normas de conocimientos, de actividad concreta en orden a su desenvolvimiento profesional.

Es, según se puede observar, el intento de ofrecer al hombre cuantos instrumentos intelectuales precise para el desarrollo de su razón conforme al medio social de su propia existencia. Esta fué, en definitiva, la gran intención helénica puesta de relieve por JAEGER en sus apreciaciones de que la edad áurea de Grecia es origen del gran movimiento educador desde el cual mana la idea occidental de cultura, sobre la base de una intencionalidad político-pedagógica (11).

He aquí, abundando en nuestra consideración apuntada al principio, cómo una actividad educadora origina un amplio sistema cultural. Educación es, en cierto modo, causa eficiente de cultura. Por ello, en la Hélade los escalones educativos se van formando por el cuidado paterno, los adoctrinamientos de ayos y nodrizas, la asistencia a la escuela, la frecuentación de los gimnasios, etc., constituyendo, en definitiva, el concepto tal y como hoy se nos hace usual. Todo futuro humanismo—escribe JAEGER—debe estar esencialmente orientado en el hecho fundamental de la educación griega (12), es decir, en el hecho de que la humanidad, el ser del hombre, se halla vinculado estrechamente a la característica de politicidad.

C. Roma.—La cultura latina, que hubo de recoger de modo inmediato y directo las esencias intelectuales helénicas, apeló a su concepción de la sociedad, organizada mediante la norma de derecho, para obtener consecuencias aplicables a la educación. Por ello, la estructura de la familia, trazada por el orden jurídico y comúnmente admitida por la civilización latina, dió lugar a que, inscribiendo en torno al *pater familiae* la actividad toda de la comunidad doméstica, quedase atribuída al mismo, y con la consideración de honor, la educación de los hijos. Como ha observado HUGH LAST, la base de la educación romana fué la autoridad paterna, pues en los grandes días de Roma la educación comenzaba en el hogar, y en lo que tenía de valor permanente, en él terminaba (13). De esta consideración se deduce el alto aprecio en que la educación era tenida por los padres quienes, por muy cargadas que tuviesen sus actividades en la política, el gobierno o los negocios, no prescindían, como Catón el Viejo y Paulo Emilio, de enseñar el alfabeto a sus hijos (14). Por cuan-

(11) Vid. *Paidéia*, 2.ª ed. castellana, México, 1948, t. I, pág. 305.

(12) Op. cit., t. I, pág. 13.

(13) Vid. *La familia y la vida social*, en *El legado de Roma*. Ed. Pegaso, Madrid, págs. 280-5.

(14) Vid. G. PAOLI, *Urbs*, ed. española, pág. 185.

to queda observado se advierte que, en cierto modo, la relación educativa no se produce en la época clásica de Roma en el sentido que la realizara Grecia. Si bien existían escuelas públicas de carácter particular, a ellas tan sólo concurrían, como observa MADVING (15), los niños del pueblo, según testimonio de Tito Livio. No obstante, el *ludi magister* daba sus lecciones, con carácter privado, por una modesta retribución. Y aún han recogido los historiadores quejas de pedagogos motivadas por causa de padres que exigían demasiado y pagaban poco.

Este concepto cerrado de la educación, cambia en Roma al compás que varía la estructura política. Ya a fines de la República los padres confiaban sus hijos a un maestro, o lo mandaban a la escuela (16). Y con la conmoción social a que dió origen el gobierno de César, la *patria potestas*, en opinión de DU PLESSIS sufre, con la propia institución de la familia, los primeros síntomas de relajamiento; con el tiempo, el cuidado de la educación es abandonado a los esclavos (17).

Puede concluirse, en lo que a Roma se refiere, observando que si bien la educación es técnicamente configurada en términos semejantes a los de nuestros días, por dimanar del concepto de familia y de la paternidad, el contenido de la misma se nutre, casi exclusivamente, de la idea de inculcar al niño hábitos, actitudes y modos útiles a la convivencia social. La duplicidad de elementos integrantes de la educación, que con claridad se advirtiera en Grecia, no es hallada en la fuente romana.

## 2. La potestad paterna en su desenvolvimiento

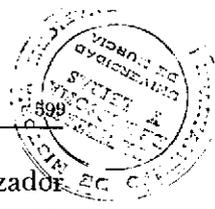
Se han seguido, en lo histórico, distintos modos de configurar la agrupación familiar y, por consecuencia, de alcanzar un orden determinado en las relaciones que le dan vida. La dirección del grupo doméstico resulta de esencia para la configuración de la familia. Y en esta dirección, el poder de los padres con respecto de los hijos marca el más significativo grado del orden antes aludido. Esta es la razón por la cual creemos preciso, a los efectos de nuestro estudio, recoger algunos datos, los que en especial afectan a nuestro propósito, sobre estos poderes paternos, desde el punto de vista histórico.

A. *La potestad desde Egipto a Roma.*—De lo que queda dicho hacen fe las propias civilizaciones. Según datos que nos muestran dos documentos estudiados por J. PIRENNE, con referencia al derecho familiar

(15) En su op. *Le Etat romain, sa constitution et son administration*, París, 1883, F. Viegweg lib.-edit., t. V, pág. 178.

(16) PAOLI, op. cit.

(17) Vid. DU PLESSIS DE GRENEGAN, *Histoire de la autorité paternelle et de la société familiale en France avant 1789*, París, 1900, Arthur Rousseau, ed. pág. 50.



egipcio (18), puede destacarse el carácter individualista, singularizador de la persona que matizara las relaciones familiares en el antiguo imperio faraónico: es en el orden de los patrimonios donde se patentiza la libertad de disposición del miembro del grupo familiar, puesto que padre, madre e hijos cuentan, bajo las III y IV Dinastías, con peculios propios y pleno derecho sobre ellos. Natural es, pues, que esta actividad ordenadora de la entidad familiar presuponga, para cónyuges e hijos, la existencia de capacidades jurídicas independientes y sin distinciones por razón de primogenitura o sexo. Y tal es la singularización de la persona que se ha descubierto la existencia, en el remoto derecho egipcio, de una potestad materna sobre el hijo en caso de filiación ilegítima o premoriencia del padre. Esta, que ARANCIO-RUIZ ha denominado potestad subrogada, atribuída a la mujer, aunque susceptible de discutir su efectividad de mero hecho, es una muestra valiosa sobre el matiz natural que diferencia la concepción greco-egipcia respecto de la romana (19).

Porque el derecho clásico romano introdujo, en la unidad natural que es la familia, su propio sentido absorbente del Estado, mediante la institución de la *manus*, conferida al *pater* o jefe. Se advierte, sin embargo, que el poder atribuído al jefe de la entidad familiar sobre los miembros de la misma surge—y aquí una vez más puesto de relieve el fino instinto jurídico de Roma—del derecho civil, a diferencia de aquel otro que posee sobre los esclavos, determinado por el *ius gentium* (20). Con todo, el derecho romano, como aprecia SUMMER MAINE, consigue especializar nombres y conceptos, llamando al poder sobre los bienes y esclavos, *dominio*; sobre los hijos, *potestas*; sobre las personas cuyo servicio ha transmitido el ascendiente, *mancipium*; sobre la esposa, *manus*, todavía (21).

La idea mantenida la confirma LONGO quien, reconstruyendo el grupo familiar romano, a partir del concepto unitario que de éste ofreciera ULPIANO (22), traza un esquema paralelo del orgánico estatal del que, necesariamente, había de deducir, como fin de la familia, la idea de poder (23). En definitiva, la *manus ac potestas*, no podrá implicar el enten-

(18) Vid. *Essai sur l'évolution du droit de famille en Egypte sous l'ancien empire*, en *Mélanges Paul Fournier*, París, R. Sirey, 1929.

(19) ARANCIO-RUIZ, *Personae e famiglia nel Diritto dei papiri*, Milano, 1930, pág. 46. (Para un estudio más detenido, vid. REVILLOUT, *Cours de Droit égyptien*, 2 v. París, 1884, en especial, *Les puissances et mandat legaux dans la famille*, t. I, págs. 159 y sigts., y *La situation legale de la femme*, mismo v., págs. 169 y sigts.

(20) D. I, VI, 1. *Igitur in potestate sunt servi dominorum. Quae quidem potestas iuris gentium est. Item in potestate nostrae sunt liberi nostri, quos ex iustis nuptiis procreaverimus: quod ius proprium civium romanorum est* (D. I, VI, 3). Gayo, Inst. I.

(21) Vid. *El Derecho antiguo*, parte especial, Madrid, 1893.

(22) D. 50, 16; 195, 2.

(23) Vid. LONGO, *Corso di Diritto romano, Diritto di famiglia*, Milano, 1946, págs. 5 y sigts.



dimiento en el seno de la familia y con respecto al padre, no ya de obligaciones, sino de funciones en orden a la paternidad cuando ésta se instala sobre un *jus vitae nactusque*. La *potestas* romana ha de ser entendida instrumento propio de dominación para culminar el singular objeto de la familia, asentada esta última sobre la idea de *poder*, como ha puesto de relieve ORTOLÁN (24); «poder omnímodo», que no es precisamente omnímoda dominación, propia de cosas y esclavos. Atendiendo a esto estimamos excesivo el juicio de VOCE cuando valora la *potestas* como análoga a la propiedad, tanto por su estructura como por su carácter permanente (25).

La institución familiar romana, sin embargo, deviene con el tiempo más flexible merced especialmente a las constituciones de los emperadores. En este pequeño mundo, pequeño estado, pequeño reino donde impera la voluntad de uno solo (NANI), opera un cambio radical la legislación justiniana consiguiendo, al seguir la obra ya iniciada por el Pretor en favor del vínculo cognaticio, el definitivo triunfo de la familia que el *ius gentium* configurará (26).

Y así, por lo que a la educación y elección de profesión se refiere, ha podido destacar COSTA cómo, implícitamente, dos textos justinianos (27) hacen posibles tales facultades, restringiendo el absoluto poder paterno al prescribir que la asunción de órdenes eclesiásticas o entrada en la vida monástica, no pueden ser motivo legítimo de *ex-hereditio*, ni tampoco objeto de prohibición por parte de los padres (28). Lo cierto es que la práctica y el progreso de las costumbres introdujeron en el ejercicio de la potestad paterna restricciones que fueron expresamente consagradas por el Imperio, hasta el punto de que el empleo abusivo por el padre de castigos (D. XXXVII, 12, 5) provocaba como sanción la emancipación de los hijos (29).

B. *El influjo del cristianismo*.—Y es que, la influencia de las predicaciones cristianas se hace decisiva para la regulación de la familia y de los fines jurídicos atribuidos a dicha institución. Sin embargo, tales conquistas no se alcanzaron con facilidad; la religión cristiana hubo de abrirse paso en un orden de vida que CHARPENTIER recuerda con las siguientes palabras: «Antes de Jesucristo—en tiempos de Jesucristo y aún después de Jesucristo—en una palabra, bajo el imperio de los paganos

(24) Vid. *Compendio de Derecho romano*, Buenos Aires, 1947, pág. 55.

(25) Su op. *Il diritto romano*, V. III, *Diritto privato*, Milano, 1946, pág. 229.

(26) CÉSAR NANI, *Storia del Diritto privato italiano*, pág. 85 y nota, Torino. Bocca, 1902.

(27) Cod. 1, 3, 55; Nov. 123, 41.

(28) COSTA, *Storia del Diritto romano privato. Dalle origine alle compilazione giustiniana*, 2.<sup>a</sup> ed., Torino, 1925, pág. 85 y nota.

(29) Cf. MADRING, *L'Etat romain, sa constitution et son administration*, París, 1883, v. III, pág. 100.

hasta el advenimiento del cristianismo inclusive, los padres podían matar impunemente a sus propios hijos, hasta una cierta edad», e insiste en el consagrado derecho de muerte (30).

En este orden, como en tantos otros, es el cristianismo quien transforma un vasto sistema de vida sancionado por el derecho. Una nueva concepción cosmogónica—e insistimos en ella por saberla fundamento único de toda ulterior cultura política, aún de aquella que, de modo explícito, hiciera pronunciamiento de libre aconfesionalidad—opera influyente sobre la vida misma. Concretamente la potestad paterna va a quedar desarticulada por la destrucción, no ya de sus radicalismos, sino de sus propias bases conceptuales. Siguiendo las ideas de Orígenes, a cuyo influjo ha dedicado MASSART un detenido estudio, queda de manifiesto que en el sistema de potestad paterna cristiana, el padre representa a Dios, mas como el dios del temor ha sido sustituido por el del amor, así al temor paterno lo sustituye el amor por el cual el padre se convierte en «el buen maestro del individuo» (31). Este punto inicial ya anuncia la comprensión de un amplio fin atribuido a la familia; el principio de protección del menor, su educación, en propio beneficio y también en el de la sociedad, y aún la ayuda que ésta debe a los fines de protección y educación del menor, son ideas que, desde entonces, por obra del cristianismo primitivo y hasta hoy, mantienen plena vigencia. El contraste con la organización paterna romana y sus propias líneas determinadoras, es destacado por MASSART: «Para el Estado romano, la patria potestad constituía especialmente una prerrogativa de la que el ascendiente era investido. La idea de protección del hijo apenas ocupaba un lugar secundario y casi evanescente en el ordenamiento de la familia; en la concepción origeniana, como en el resto de la cristiana, la patria potestad ofrece un carácter totalmente opuesto. No representa un fin egoísta u opresivo; es más bien un poder tutorio establecido en interés del protegido y no en función del interés de quien lo ejerce, establecido en beneficio del hijo como medio saludable para su represión» (32).

Esta idea ha de influir decisivamente en el posterior sentido de las relaciones familiares (33), al ser la educación de la prole el objeto y justificación, a la vez, de la familia, ya que su institucionalidad divina se halla teológicamente razonada en función del doble fin de procreación y educación de la descendencia (34).

(30) Vid. *Le Droit païen et le droit chrétien*, v. II, pág. 24. París, 1886.

(31) Vid. *Società e stato nel cristianesimo primitivo. La concezione di Origene*, pág. 285.

(32) Op. cit., pág. 286.

(33) En contra, impugnando la pretendida influencia del cristianismo en la estructura de la potestad, y con la afirmación de que los principios clásicos romanos con respecto de ella subsisten en los países de derecho escrito, vid. LAURENT, *Principes de Droit civil*, v. IV, pág. 343.

(34) Encíclica *Divini Illius*, 43.

En la dirección señalada ha podido advertir BESTA que, en tanto desde el punto de vista naturalista la familia propendió a la mera crianza del hijo, esta crianza, con el tiempo, devino *educación*, adquiriendo la familia con ello una función ética, esencial al bienestar de la sociedad (35). Puede ésta ser tomada como aseveración genérica de una evolución que la cultura cristiana provoca en el orden jurídico privado, pues desde ella queda, y para siempre, destacado en la familia como uno de sus fines esenciales, el de la educación de los hijos.

Por todo cuanto queda dicho es oportuno recoger, como síntesis actual y permanente del pensamiento cristiano, la definición de ODONNE, para quien la sociedad familiar es la unión de padres e hijos establecida por la naturaleza para la educación de éstos y para el bien común de la familia, radicando, por tanto en la familia el centro de la educación (36).

### 3. La intervención del Estado

*A. Planteamiento del problema.*—En realidad, no corresponde a este epígrafe el estudiar las motivaciones por las cuales se produce una transferencia de atribuciones paternas a un tercero, determinantes del encargo de educar. Ello tendrá lugar en otra parte del presente estudio. Sin embargo, es preciso partir del hecho indudable y generalizado según el cual los padres encomiendan la educación de sus hijos a terceras personas.

Por otra parte, como la relación educacional existe, tanto si es actualada la enseñanza por entidades privadas como por el Estado, en su momento será ello objeto de atención. Por ahora sólo interesa advertir que los padres, mediante actos de atribución que revisten carácter jurídico, pueden encomendar el cuidado intelectual, moral y físico de sus hijos—salvo limitaciones que, por lo que a España se refiere son tan sólo de carácter administrativo—a la persona que tengan por conveniente. Sin embargo el Estado, por su parte y con referencia a la instrucción de sus ciudadanos, arbitra medios idóneos para realizarla. Ello plantea una cuestión de atribuciones que no es posible pasar por alto, ya que de su resultado se deducirá la facultad del padre para pactar libremente en materia de enseñanza.

Puede actuarse la educación mediante contrato privado; por él se prevé, en lo futuro, la continuidad de una función educadora de carácter intelectual, corporal también en muchos casos, atribuída por la ley a los padres y representantes del educando, y transferida a su vez por

(35) Vid. *La famiglia nella storia del Diritto italiano*, Padova, 1933.

(36) Op. cit., pág. 54.

aquéllos a los maestros mediante manifestación contractual de voluntad.

*B. Los precedentes ideológicos de la intervención.*—De la relevancia social de la enseñanza, latente en todo tiempo, se produce la atribución al Estado de la educación como actividad fundamental.

En efecto, la Revolución francesa, precedente ideológico inmediato del Código civil galo, puso cerco a la autoridad de los padres, «a los derechos que son conocidos con el nombre usurpador de vigilancia paterna» (BERLIER), y ello, en nombre del revolucionario concepto matriarcal de la nación, no del Estado. Se pretendía transferir, con carácter obligatorio y permanente, los derechos del padre sobre el hijo a la soberanía popular para que ésta, utilizando sus instrumentos orgánicos, educase a los niños en el espíritu de las nuevas ideas, en especial, la de igualdad. De ahí el establecimiento, con carácter obligatorio, de la enseñanza gratuita la cual, en definitiva, nace con la intención teórica de arrancar al padre los derechos que le son inherentes. Bajo el régimen liberal—ha escrito REBORA—y tal vez por causa de la redención por la enseñanza, surgen las escuelas del Estado y la obligación de frecuentarlas, y aún cuando se siga afirmando libertad en la formación del hombre, el hecho es que un funcionario público se interpone entre el padre y el hijo, para actuar sobre uno de los más preciados atributos de la patria potestad (37).

Era este un decisivo y violento ataque a la potestad paterna para el cual se arbitraron medios legales, tal el Decreto de 26 frimaire, año II, y el segundo proyecto de Código. Ambos sancionan pecuniariamente, y aún arrebatan la autoridad, al padre que rehusa enviar a sus hijos a los maestros del Estado o, lo que al parecer era más grave, confían su educación a personas que no cuentan con la confianza del Régimen.

Sin que nuestras palabras puedan tomarse, en todo caso, como críticas de los sistemas de enseñanza obligatoria y dirigida por el Estado, pues no es del caso entrar siquiera en su propio examen, admitamos sin embargo que, desde el punto de vista histórico se advierte una doble intención operante en la actividad revolucionaria reseñada. De una parte el ataque directo a la familia, pretendiendo sustituir su justificación social misma y hasta jurídica, por la de la nación; de otra, el principio de igualdad, causa eficiente de la Revolución. Ambos fueron proclamados por ROBESPIERRE al defender la proposición formulada por él y por LEPPELLETIER a la Convención y por la que se pretendía separar a los niños de sus padres desde la edad de siete años llevándolos, lejos de sus familias, a residir en escuelas del Estado para formarlos en común con las nuevas ideas. En defensa de tales propósitos hacía ROBESPIERRE la si-

(37) *Instituciones de la familia*, t. I, pág. 306. Buenos Aires, 1946.

guiente declaración: «La patria tiene el derecho de educar a sus hijos; no puede confiar este depósito al orgullo de la familia. Sostenemos que la educación es común e igual para todos los franceses».

Se había producido un movimiento en pro de la enseñanza justificable en principio por cuanto generalizaba el sistema de instrucción gratuita. Mas su obligatoriedad absoluta, así como el excluyente poder del Estado en materia de educación rozaban, lesionando sus puntos más vitales, los derechos paternos. Posteriormente, sin embargo, la sedimentación de las ideas, una estructura si bien de tendencia liberal en todo caso moderada, determina la función social de la educación. En Francia —país al que aludimos con exclusividad por ser típico en el tema que nos ocupa—escalones de esta tendencia son, en lo fundamental, la ley de 28 de marzo de 1882, la cual, aun obligando a los padres a dar a sus hijos instrucción primaria, les faculta para designar, a tales efectos, el establecimiento privado que estimen oportuno; más tarde, la ley de 29 de julio de 1899 establece, entre otras disposiciones, un sistema de decadencia de la potestad paterna en orden a las cargas de la educación, y finalmente, la ley de 9 de octubre de 1936 que fija el límite obligatorio de la instrucción primaria en la edad de catorce años (38).

C. *La intervención en España.*—En nuestra patria, el movimiento estatal en lo que a la enseñanza se refiere y por lo que a nuestro objeto interesa, cabe referirlo a la ley de 9 de septiembre de 1857, base orgánica para la enseñanza pública obligatoria, principio ratificado, con posterioridad, por la ley de 23 de mayo de 1909 cuyos preceptos imponían a los padres, protectores o encargados de niños que se encontrasen en edad de seis a doce años, la obligación de enviarlos a las escuelas públicas, a no ser que les proporcionasen suficiente instrucción. Con el transcurso del tiempo la legislación española sobre la materia, dictada en una gran parte con referencia a cuestiones meramente administrativas, es abundante. Por último, la ley de 17 de julio de 1945 refunde, ordena y aún modifica, dentro de un sistema orgánico y comprensivo, las distintas normas reguladoras de la enseñanza primaria en España.

D. *Tendencias modernas.*—Puede afirmarse que la inicial actitud del liberalismo político ha sido superada por los generales sistemas de enseñanza obligatoria y gratuita introducida, podriase decir, con carácter subsidiario para aquellos supuestos en que el padre haga dejación del

(38) Similar es la ley belga de 12 de mayo de 1912. Los presupuestos teóricos sobre los que la Revolución francesa constituyó el derecho de familia, instituyéndola como entidad natural con fines exclusivamente materiales, así como la regresión que con respecto a tales ideas supone el Código de Napoleón, han sido advertidos por SOLARI en su *Filosofía del Diritto Privato*, I, ver, en especial, págs. 147 y sigs. y 180 y sigs.

En sentido similar, LEBROUERS-PIGEONNIERE, en el estudio sobre *La famille et le Code civil*, en *Libre du centenaire Code civil*, v. I, pág. 167.

ejercicio de sus derechos o muestre indiferencia por la efectividad de los mismos.

Los sistemas políticos totalitarios han cuidado en extremo sus leyes sobre el particular. Sin embargo, regímenes como el desaparecido fascista italiano respetaron las prerrogativas familiares en orden a la educación. Si bien en el plano de lo ideológico el Fascismo tenía establecido un nexo cooperador entre Estado y familia (BARASSI) (39), la libertad de esta última, concretamente las facultades y obligaciones del padre con respecto a la educación de sus hijos, quedaban enunciadas en el artículo 147 del Código civil, aunque esta libertad estuvo limitada por un tiempo al costreñir la dación de enseñanza a los principios del régimen nacional fascista (40).

Actitud radicalmente distinta es la observada por el sistema soviético quien, mediante una imperativa sustitución del concepto *nación* por el de *Estado* concibe, en términos similares y tan enérgicos como los de la Convención francesa, el principio de la total educación realizada por el Estado con exclusividad, subvirtiendo de esta suerte los derechos inherentes a la potestad paterna (41).

---

(39) Vid. *La famiglia legittima nel nuovo codice civile*, 2.<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 1941.

(40) Ver, más adelante, la supresión de este sentido totalitario en el texto del artículo citado y que, sin embargo, era contenido en el art. 145 según fué publicado en el Libro I del Código, en 1939. Posteriormente, en 1942, al publicarse el texto refundido del Código civil italiano, se introduce la modificación aludida.

(41) Más adelante, quedan sometidos a consideración los principios del derecho soviético en orden a este tema.



## III

## FAMILIA Y EDUCACION

## 1. La familia y sus fines: educación

*A. Derecho y familia.*—Entendido el derecho, como norma de convivencia humana, su efectividad reclama los instrumentos suficientes para coordinar las distintas posibilidades que configuran la vida social. Para ello arranca del ser humano como realidad ontológica inserta en las categorías de tiempo y espacio, con vivencia histórica y de relación trascendente a lo metafísico. Y sobre esta actitud configura en lo jurídico a ese *ser de fines*. Tal concepción finalista que informa la propia organización social humana—ha observado DARBELLAY—hace del fin la causa, dando razón de ser al propio derecho, y en suma, al orden jurídico (42). Por ello el hombre, teleológicamente considerado, halla en el Derecho las garantías suficientes para cumplir la tendencia moral y racional a que se sabe predispuesto.

Institución esencial para el ordenamiento de la comunidad y, por consecuencia, ordenación finalista del hombre, es la familia. Contemplada desde el plano natural, se muestra institución de derecho divino, medio necesario para que la especie humana alcance la razón y realización de su existencia.

En lo político la familia constituye unidad esencial integrada en la sociedad. Sin embargo, a esta estructura política se llega tras haber operado, en el hombre mismo, la actitud necesaria en el sentido de predisponerle al cumplimiento de una finalidad política—de ciudadanía— y

(42) Vid. *La règle juridique, son fondement moral et social*, Ed. L'oeuvre St. Augustin. 1945, pág. 186.

trascendente —de eternidad—. Y ello es posible mediante la orientación intelectual de quienes comienzan a vivir. La educación, en este sentido, es resultado de un orden de derecho establecido, y condición a su vez para asegurar la continuidad del mismo.

*B. La educación como carga del matrimonio.*—Se observa, según acabamos de indicar, que la familia tiene atribuída, como finalidad esencial, la de educar a la prole. En el Derecho romano el concepto de la sociedad matrimonial implicaba la unión del hombre y la mujer, consentida mutuamente y con el fin de propagar y conservar la especie humana (43). No aparecen pues, delimitados en la legislación justiniana, los fines de la sociedad familiar con la misma concreción que, más tarde y a impulso del cristianismo, impregnará el pensamiento jurídico de grandes sectores.

Para la Iglesia, la finalidad matrimonial queda formalmente establecida en su triple carácter con la solemne declaración de GREGORIO IX (44) cuya vigencia recoge el *Codex iuris canonici* en el Canon 1013, en el que se determina como fin primario del matrimonio, la procreación y educación de la prole, y fin secundario, el mutuo auxilio y el remedio contra la concupiscencia. Y si se ha podido determinar que *Prolem concipere, parere, educare, matris munus est* (45), corresponde tal apreciación a una exaltación de la función eminentemente doméstica de la madre, sin que ello suponga un desgajamiento siquiera ideológico, de la unidad institucional que constituye el matrimonio, regido por el marido como jefe de la familia, con obligaciones para con sus miembros y, más aún, para con la comunidad política, en función, tanto de fines humanos, como de los que impone el destino ulterior del hombre.

## 2. La jerarquía familiar del padre

*A. Límites; los cónyuges y la educación.*—Centrando en torno a la figura del padre cuanto llevamos dicho es evidente que éste, por causa de la configuración del grupo familiar, juega un papel preeminente en la educación de los hijos.

Las sociedades de signo matriarcal habrán de ser consideradas, en esta ocasión, como mera hipótesis histórica sin trascendencia de presente (46).

(43) *Nuptiae sunt viri et mulieris conjunctio individuum vitae consuetudinem continens* (Inst. I, I, D).

(44) Decretales, L. IV.

(45) Catecismo de Pío V.

(46) No se nos oculta, sin embargo, la interesante investigación de MALINOWSKI en torno al régimen familiar orgánico de las islas Trobriand, instalado hoy todavía bajo la autoridad absoluta de la madre, como jefe de clan. Este dato no podría modificar, en absoluto, la significación, generalmente vigente, de la institución familiar. Vid. del autor citado, sus valiosos *Estudios de psicología primitiva*.

Por ello el padre resulta considerado como el centro rector de la familia, y con jerarquía propia atribuída por el derecho, al objeto de que el régimen familiar se desenvuelva por cauces de autoridad y responsabilidad, si bien paliado en atención al fin social que al grupo doméstico le viene impuesto. Tales limitaciones, al restringir la autoridad paterna darán lugar, como hemos de ver, a la actual concepción teórica de la misma, caracterizada por la preponderancia de deberes para con los hijos.

Esta autoridad del jefe de familia no implica exclusión de la madre con respecto de la educación de su prole. Por lo pronto tiene, por su subordinación al marido, una función supletoria; ejerce los poderes de potestad en defecto del padre. Mas, en rigor, no se puede negar la actividad de la madre en orden a las tareas educativas. Ciertamente que el art. 154 del Código civil atribuye primeramente al padre el *deber*, entre otros, de educar al hijo, pero la norma legal ha sido ampliamente interpretada al respecto por el Tribunal Supremo quien, en Sentencia de 13 de diciembre de 1909 entiende que la reserva que de la patria potestad hace al padre el artículo antes citado, no excluye la *autoridad* de la madre para ejercer todos aquellos actos conducentes a la educación y formación de los hijos aunque, en todo caso la potestad, jurídicamente entendida, no puede ser ejercitada simultáneamente por ambos cónyuges. Este pronunciamiento jurisprudencial nos evita, para cuanto posteriormente hayamos de ir entendiendo, el hacer discriminaciones en cada caso; desde ahora queda advertida, a efectos del contrato de educación, la situación de los cónyuges respecto del ejercicio de derechos en orden al encargo, hecho a tercero, de la educación de los hijos.

*B. Potestad como función; la obligación paterna de educar.*—Desde un plano rigurosamente doctrinal hemos de precisar si la educación de los hijos, encomendada al padre, reviste carácter de simple derecho atribuído a éste, de deber exigible jurídicamente o, en fin, de derecho y deber especialmente condicionados.

Para ello se hace imprescindible inquirir, una vez más, en torno a la naturaleza de la patria potestad, pues de ella derivan los poderes de educación, custodia y corrección sobre los hijos (47). Modernamente la elaboración jurídica doctrinal en orden a la patria potestad, difiere mucho de la clásica romana a que antes hicimos alusión. Al configurarla—Dusi por ejemplo—como *derecho-deber*, se la ha relacionado más bien con la tutela clásica que con la patria potestad (48). Hacia su entendimiento como deber, catalogación de capital importancia en nuestra consideración, a efectos de la actividad del padre en el pacto con el educador de su hijo, se ha polarizado la actividad de la mayoría de los juristas con-

(47) Vid. AZARITI, *Diritto civile secondo il nuovo codice*, v. I, Napoli, 1940, pág. 959.

(48) Dusi, *Istituciones di Diritto civile*, Torino, t. I, pág. 241.

temporáneos. Y aún se llega, sobre la base conceptual de los denominados *derechos-función*, a proponer la transformación de la potestad en *función* a realizar mediante la protección y educación; tal *función* actúa mediante *poderes funcionales* o de gobierno, los cuales configuran tanto el cumplimiento de la obligación de proteger y educar como la autoridad de quien realice dichas funciones. REBORA, al definir la patria potestad, la considera como «conjunto de derechos y deberes», con lo cual parece quedar desplazada la idea de *función* concebida de modo absoluto por cuanto ésta representase, normalmente, como ejercicio estricto de un órgano sometido a influjo directo y permanente. Quizá, en el sentido absoluto, la *función paterna* se adecuaría, como término técnico, en una posición socializadora del derecho de familia (49).

Admitida la potestad o función paterna en su consideración doble de derecho-deber, hemos optado por entender la educación como una obligación unilateral jurídicamente exigible a los padres, cuyo cumplimiento se refiere al ámbito familiar, tanto en el orden económico como en el personal.

Al entenderla como obligación, tratamos de razonar esta actitud teniendo en cuenta que, así como la corrección, por ejemplo, es un evidente derecho atribuido al padre, bien que limitado a términos que garantizan su lícito y cabal entendimiento y empleo, así la educación, con el mantenimiento del menor, constituye obligación en todo caso, si bien para el ordenado cumplimiento de la misma, la ley dota a los padres de facultades que hagan posible que la obligación impuesta—educar—fructifique en la persona del hijo.

Impuesta al padre la carga, habrá de atenderla dentro de los límites que la propia ley, la moral y los imperativos religiosos le impongan. En verdad, el padre se obliga a educar y, dentro de esta carga genérica le está permitido, frente a una amplia representación de posibilidades, elegir la educación que ha de dar a su hijo. Mas, en todo caso, no puede dejar de procurarla, bien por sí mismo, bien enviando al menor a entidades privadas o del Estado que dediquen sus actividades a tal fin. Ad-

(49) Vid. REBORA, *Instituciones de la familia*, t. I, pág. 241. Salvamos aquí nuestra discrepancia con el autor citado en un punto concreto de sus apreciaciones: en la obra referida, REBORA advierte, como base histórica para concepluar la potestad en obligación, la ofrecida por las Leyes 1 y 3 del Título XVII de la Partida cuarta «en cuyo sentido se manifiesta el movimiento del *derecho* hacia la *obligación*...». La realidad es que las leyes citadas por REBORA no dan razón para entender así; *Patria potestad*—copiamos la Ley 1—*tanto quiere dezir en romance como poder que han los padres sobre los hijos. E este poder es un derecho atal...*. Y la glosa de LÓPEZ es concluyente al respecto, *Patria potestas es jus...*. En cuanto a la Ley 3 del mismo Tit. y Partida, en ella se advierte, tras destacar cómo en las distintas acepciones de la palabra *Potestas* ésta supone la idea de poder, que *En las vegadas se toma esta palabra Potestas por ligamiento de reuerencia, e de subiecion, e de castigamiento, que deve auer el padre sobre su fijo. E desta postrimera manera fablan las leyes deste titulo*. De la misma lectura del texto se alcanza que, para el Rey Sabio, potestad, en el orden filial, era tanto como *reuerencia, correctione, et subiectione fili erga parentem* (G. LÓPEZ).



mitida esta advertencia, ¿podría considerarse la educación como un derecho del padre, cuando se le coacciona para que obligatoriamente la realice? Los derechos civiles son atribuidos como titularidades a las personas, si bien su ejercicio queda exclusivamente entregado a la voluntad del sujeto. Un padre puede o no ejercitar el derecho de corregir al hijo díscolo; la ley le hace jurídicamente viable la posibilidad. Por el contrario, un padre queda obligado, por causa de la jerarquía familiar que ostenta, a educar, con riesgo de ser subrogado en esta función obligacional mediante otras entidades jurídicas, si no cumple la carga que, en beneficio esencial del hijo, de la propia familia y, en definitiva, de la sociedad, le impone la ley.

### 3. Relación jurídica paterno-filial de educación

A. *La relación como causa del deber de educar.*—Señalado lo anterior, ¿es correcto afirmar la existencia de una relación jurídica de educación entre padres e hijos? (50). El *status familiae*, generador de la relación paterno-filial atribuye al padre, por razón de potestad, el deber de educar a los hijos (51). La exigencia de este deber jurídico hace que la educación sea pensada como efecto de la realidad obligatoria originada por la carga que a los padres imponen las leyes; en consecuencia la educación podrá ser tratada como objeto jurídico. Ello presupone una previa relación jurídica que habría de quedar planteada entre padres e hijos. Veamos si la existencia de ésta es posible.

Toda norma, al contemplar una relación previéndola—opina DE BUEN—, le atribuye el carácter de jurídica (52). Sin llevar la construcción del profesor citado a sus últimas consecuencias hemos de admitir, en principio, la existencia de una relación jurídica de potestad. Mas esta actitud es tan sólo provisional. Entendida la potestad como instituto jurídico, en el sentido de JUNQUEIRO, es posible considerarla en cuanto complejo de normas que regulan una determinada relación jurídica—las nacidas del poder paterno en este caso. El instituto jurídico de la potestad implica la reglamentación de un conjunto de relaciones o actos liga-

(50) Creemos obvio advertir que, en todos estos enunciados, el carácter de generalidad que en los mismos campos hace innecesaria la alusión, junto con padres e hijos, a tutores y pupilos. El sobreentendido habrá de producirse, relevando de repeticiones fatigosas.

(51) «El padre, y en su defecto la madre, tienen, respecto de los hijos no emancipados: 1.º el deber de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos con arreglo a su fortuna» (Código civil español, art. 155); en sentido idéntico o similar: arts. 1627 y 1631 del Código alemán; art. 275 del Código suizo; art. 203 del Código francés; art. 174 del italiano, etc.

(52) Vid. *La teoría de la relación jurídica en el derecho civil*, en *Libro-homenaje al profesor Clemente de Diego*, Madrid, 1940.



dos entre sí, pues la relación viene a ser la propia regulación jurídica de ese objeto (53).

Toda la institución de la potestad paterna intégrase de una pluralidad de relaciones creadas por la ley entre padres e hijos cuales son los llamados deberes de educación, instrucción, corrección, mantenimientto, etc. (54). Por ello, estudiada la educación a la luz del derecho de familia e impuesta su titularidad al padre por la relación paterno-filial, es de observar, con FERRARA, cómo una vez más en la relación jurídica de educación se cumple la premisa establecida por dicho tratadista de que aquella supone un poder y un deber jurídicos, siendo, de entre ambos elementos, insoslayable el deber, dada su esencialidad absoluta en el orden del derecho (55).

*B. Elementos de la relación paterno-filial, o tutelar, de educación.*— En la relación jurídica de educación aparecen, como elementos subjetivos, los padres o tutores, de una parte, y los hijos o menores sujetos a tutela, de otra. Unos y otros, con atribución de poderes o facultades y obligaciones que hacen posible la educación, en la que el elemento objetivo es la dación de enseñanza, constituyendo la señalada, una de las denominadas «relaciones jurídicas familiares» (56), por razón del ámbito donde se genera y desenvuelve.

(53) PORFIRIO AUGUSTO JUNQUEIRO, *Direito civil (Teoria general de la relação jurídica)*. Coimbra, 1944, v. I, págs. 5 y sigts.

(54) La evolución de las relaciones de familia hacia un sentido obligacional ha sido advertida por THON, en su obra *Rechtsnorm und subjektive Recht*, trad. italiana; *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Cedam, Padova, 1939, págs. 182 y sigts.

(55) Cf. *Trattato di Diritto Civile italiano*, pág. 305.

(56) F. DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, parte general, v. I, t. I, libro preliminar, 1.ª ed., pág. 469.

## IV

## ANALISIS DE LAS FACULTADES DEL PADRE

## 1. Generalidades y enumeración

La idea que de la educación como deber dejamos apuntada anteriormente, deber a cuyo cumplimiento compele la ley dotando al obligado de medios—facultades—, la hallamos más o menos perfilada, latente siempre, en diversos autores. La naturaleza ética del deber—término en el cual coinciden el mundo de la moralidad y el de la juridicidad (57)—de educar, ha sido subrayada por GÜELFI, quien considera que el hombre no nace *vero uomo*; lo es merced a la educación que el padre está obligado a procurarle. Considerada la educación como deber ético, el cumplimiento del mismo queda garantizado, en opinión de GÜELFI, por la patria potestad (58). Y se hace exigible jurídicamente porque se educa por una actividad exógena para cuya realización se atribuyen facultades que hacen posible su cumplimiento.

DU PLESSIS ha determinado, concretamente, los derechos que asisten al padre para cumplir el deber de dar educación al hijo, señalando como tales los de guarda, corrección y mando (59); éstos no pueden ser usados, según dicho autor, para fin distinto del propuesto, ni esgrimidos en puro interés particular. Si, ciertamente es concreta y definida la finalidad que les hace nacer, habremos de concluir sin embargo, que su concreción misma exige, a efectos del contrato de enseñanza, la búsqueda de elementos que, de modo terminante, configuran a aquellos dere-

(57) Vid. TESTA, *Introduzione all'etica sociale*. Cedam, Padova, 1942, pág. 27.

(58) Vid. FILOMUSI GUBELFI, *Enciclop. giuridica*, 7.ª ed. Napoli, 1917, págs. 409-10.

(59) Op .cit., pág. 8.

chos hasta el punto de precisarlos cuando de los mismos se haga transmisión al educador.

PLANIOL, sobre el conjunto de derechos que DU PLESSIS señala, sutaliza más al distinguir los de guarda, vigilancia, dirección y corrección; con ello advierte que el cuidado de dirigir la educación del hijo, siendo tarea esencial encomendada a los padres, constituye un *deber moral*, difícil de transformar en obligación jurídica concreta (60). No participamos de esta opinión por entender que la exigibilidad de la obligación de educar es realizable al amparo de los ordenamientos legales, y como tal *deber legal* ha sido entendida por CHIRONI (61) y STOLFI, entre otros. El último de los autores citados, advirtiendo la existencia y carácter de dicha obligación en los preceptos de la Ley de educación primaria italiana la trataba como deber legal, si bien, a efectos de exigibilidad, escribía que «la obligación discutida no está provista de acción civil, pero el padre que la viole puede ser privado de la patria potestad (62). Por otra parte, habrá de concederse que, si no como obligación técnicamente entendida sí que es determinable la de educar como *deber jurídico*; esto es, y utilizando la expresión de SÁNCHEZ ROMÁN, concebirla, no como obligación nacida de la voluntad, sino nacida del orden general del derecho (63).

Concretados en principio, y siguiendo a PLANIOL, los derechos del padre referidos a hacer posible el cumplimiento de la obligación de educar, y concretados así mismo en las facultades de guarda, dirección, vigilancia y corrección, hemos de intentar una especificación más detallada y fecunda para dar expresión jurídica a un conjunto de facultades, de hecho manejadas a través de los múltiples pactos que, en materia de enseñanza, se producen cada día. Constituyen por lo demás, otro grupo de facultades, si bien, a diferencia de las enumeradas, sólo se actúan en su casi totalidad frente al tercero con quien se pacta la educación del niño. Por otra parte, el padre tiene la titularidad de estos derechos que, a diferencia de los también directamente reconocidos en los códigos como derivados de la potestad, no son susceptibles de transmisión, unos por propia naturaleza, otros por nacidos en función precisamente de la persona. Todos ellos, unidos a los de guarda, corrección, vigilancia, etc., constituyen especies derivadas de la potestad y son:

- a) Derecho a determinar la elección de educador.
- b) Derecho a determinar el sistema pedagógico por el que habrá de regirse la enseñanza del educando.

(60) Vid *Traité élémentaire du Droit civil*, t. I, pág. 647.

(61) *Elementi di Diritto civile*, Milano, Torino, Roma, 1914, pág. 88.

(62) Vid en *Diritto Civile*, v. 5, *Diritto di famiglia*, Torino, 1921, pág. 554 y nota.

(63) Muy puntualizada la clasificación, al respecto, de CUNHA GONÇALVES, en su *Tratado de Direito civil em comentario ao Código civil português*, Coimbra, 1930, v. II, págs. 364 y sigts.

c) Derecho a determinar el carácter y tendencia de la formación intelectual del educando.

d) Derecho a elegir la confesionalidad religiosa en la que el educando deba ser educado o, en otro caso, derecho a excluir de la educación la formación confesional.

e) Derecho a determinar la profesión, arte u oficio en que haya de ser instruído el niño.

Todos y cada uno de estos derechos tienen sus propias limitaciones que, en unión de los caracteres que los configuran, pasamos a determinar (64).

## 2. Derecho a elección del educador

Refiriéndonos tan sólo al orden jurídico privado, el padre puede, libremente, entregar los cuidados de la educación de su hijo a la persona que estime conveniente, siempre que para el ejercicio de determinada instrucción no se exijan por la ley al educador peculiares requisitos, o que los resultados de la enseñanza se pretendan con titularidad oficial. Determinado lo que antecede sigue la afirmación de que este derecho a elegir educador sufre los límites que la propia conducta y personalidad del maestro, y aún del padre mismo, impongan. En aquellos casos en que por el padre se encomiende la educación a personas de manifiesta irregularidad moral o que por su concepto tendencioso de la educación o conducta privada puedan lesionar la formación del niño, o siquiera ponerla en riesgo, es posible la supresión del encargo de educar, por analogía con el supuesto del art. 171 del Código civil (65).

En el Derecho canónico estas limitaciones se puntualizan con sanción adecuada al cónyuge que educa acatólicamente a su hijo. La actitud en contrario del padre le haría caer en una transgresión—desde el plano del derecho eclesiástico—del sistema de límites que perfila este derecho, y que provoca junto a la separación del cónyuge inocente y de sus hijos (cánones 1131 y 1132) la excomunión *latae sententiae* de aquellos pa-

(64) En cierto modo, FERNÁNDEZ CLÉRICO ha hecho alusión a estas potestades, si bien centra la cuestión en torno a la patria potestad, haciendo derivar de ella relaciones de tipo personal, entre las que enumera las concernientes a educación e instrucción, profesión y enseñanza religiosa. Ver su op. *El Derecho de familia en la legislación comparada*, México, 1947, pág. 293

(65) El conocimiento judicial de tal ejercicio abusivo, corresponderá a los Tribunales tutelares de menores, ya que según la Ley orgánica de 13 de diciembre de 1940, es competencia de los mismos el conocer, entre otros, de los casos previstos en el Código civil por malos tratos, órdenes, consejos o ejemplos corruptores a menores de dieciséis años (art. 9, 3.º A), con facultad de suspender el derecho de guarda y educación de los menores de dieciséis años, arrogándose, en tal caso, la acción tutelar sobre las personas de menores protegidos por dicha suspensión (art. 13).

dres que entregan a sabiendas sus hijos para que sean educados o instruídos en alguna religión acatólica (canon 2319, 4.º).

Queda con esto determinada la doble coerción, civil y canónica, con las sanciones legales, para aquellas extralimitaciones en el ejercicio del derecho a elegir la persona del educador.

### **3. Derecho a determinar el sistema pedagógico por el que regir la enseñanza del educando**

Hecha excepción de aquellos casos en que, por entrega del menor a entidades educadoras de carácter público, la educación del mismo—en cuanto al sistema didáctico—se ajusta a los reglamentos orgánicos sancionados por la Administración pública, en los demás supuestos, la libertad del padre en cuanto a tal determinación es incuestionable y, de hecho, la esgrime cuando estipula las condiciones mediante las cuales se producirá la educación de su hijo, entregado al maestro. Por lo demás, el niño puede ser educado mediante los más variados sistemas pedagógicos siempre que, como ya apuntábamos al reseñar el derecho anterior, no sufra menoscabo su moralidad.

La singularidad de este derecho, con respecto al recogido en el epígrafe anterior, queda destacada si se advierte que, en este último caso recogéanse las posibilidades adjetivas de actuación sobre el niño, para dotarle de conocimientos, mientras que, en el derecho a elección de educador, no juegan consideraciones de método sino las subjetivas en referencia a la persona misma del maestro.

### **4. Derecho a determinar el carácter y tendencia de la formación intelectual del educando**

Esta facultad atribuída al padre, tiene indudable vigencia, si bien su delimitación jurídica resulta difícil.

Descartamos el aspecto religioso, pues, aunque esté comprendido en la formación intelectual, por su importancia lo desglosamos para tratarlo en otra parte.

Que un padre puede educar a su hijo según una determinada tendencia del pensamiento, siempre que la misma revista suficiente entidad, es afirmación incuestionable. Ahora bien, como las orientaciones intelectuales dependen, con mucho, de la doctrina política de los Estados, es claro que este derecho se ejercerá con más o menos restricciones, según el país y sistema político respectivo. Así, el libro primero del Código

civil italiano publicado en 1939, deslindó cuidadosamente el sentido moral y el intelectual de la educación dada a los niños, toda vez que preceptuaba, en su art. 145, que la misma había de ser procurada conforme a la moral «y al sentimiento nacional fascista». Esta limitación fué puesta de relieve en la *relazione* que la Comisión, al concluir sus trabajos preparatorios, elevó al Rey, justificando la modificación del art. 138 del Código civil antiguo. Las jóvenes generaciones italianas, entendió la Comisión parlamentaria, habían de ser instruídas según los principios del régimen (66), lo que venía a ser tanto como limitar los derechos del padre a orientar intelectualmente la formación de su hijo. Mas, con posterioridad, el Decreto de 16 de marzo de 1942, modificó substancialmente el art. 145—147 en la correlación del texto refundido—al suprimir la obligación de educar «según el sentimiento nacional fascista». Indudablemente que una ponderación jurídica y política, exigía que las atribuciones educativas quedasen liberadas del influjo declaradamente partidista.

Otra muestra de la actitud intervencionista del Estado nos la ofrece la URSS. Consecuente el Estado soviético con los principios proletarios y panteístas-estatales que le son de esencia, ya hubo de declarar, en el Primer Congreso Panfederal para defensa de la infancia (febrero de 1919) que en la República soviética no *existen hijos de alguien*. Todo niño, en cuanto célula primaria del colectivismo pertenece al Estado. Natural era que esta actitud dogmática determinase un concepto radicalmente revolucionario en el trato de las relaciones paterno filiales y subsiguientes de educación. El poder de los padres, en cuanto tal y en el espíritu de la ley soviética—ha escrito SCHEFTEL—, no es producto de una potestad autónoma sino ejercicio en interés moral y material del mismo (67). Tal actitud, entroncada con los idearios comunistas, determina que el Estado soviético conciba la enseñanza como coadyuvante al desenvolvimiento económico sobre la base de la estructura socialista que asegura la educación de las masas desarrollando la cultura nacional de cada Estado particular para integrar una civilización internacional.

## 5. Derecho a elegir la religión en que el niño deba ser educado

La acción intelectual del llamado iluminismo que, en las postrimerías del siglo XVIII había de amenazar seriamente un buen número de prerrogativas que hasta entonces venían siendo indiscutidas a la Iglesia ca-

(66) Cf. STOLFI (Nicola e Francesco), *Il nuovo Codice civile, libro I, delle persone*. Napoli, 1939, pág. 175.

(67) Cf. *Traité de Droit civil et commercial des Soviets*, de ELIACHEVIT, TAGER y NOLDE, Paris, 1920, t. III, pág. 356.

tólica, condujo a una movilización, en el campo jurídico, de argumentos en pro de la que, denominándose libertad de pensamiento, dirigía sus más hondos ataques a la influencia católica en la vida social, particularmente en materia de enseñanza. De ahí el culto por la proclamación de una serie de denominados derechos naturales, entre los cuales ocupaba un primerísimo lugar el conocido con la rúbrica de *libertad y expresión*—libertad de investigación y discusión como, modernamente, propone MARI-TAIN sea denominada (68)—. Pero esta libertad de expresión preconizada vino a traducirse en materia de educación, en el intento de introducir en la enseñanza el principio de la indiferencia religiosa. En definitiva, tratábase de negar a la Iglesia el derecho, por ella mantenido con carácter de divino, de educar según la doctrina de Cristo a los niños. El movimiento se operó de suerte que, al parecer, su finalidad estribaba en garantizar la plena libertad de las conciencias. Sus repercusiones políticas cristalizaron en declaraciones constitucionales y legislación que las desenvolvía, dando con ello lugar a la existencia de un estado de derecho en materia de instrucción religiosa.

Por lo que a nuestro estudio se refiere, hemos de sentar las bases sobre las que, si bien de una parte consideramos los derechos que en esta cuestión asisten a la Iglesia, de otra dejamos afirmados los que se le ofrecen al padre para que el educando sea formado según la confesionalidad católica paterna. Ello no obstante, al ser concebido el presente estudio en términos de generalidad, hemos de prever situaciones referidas a sujetos de confesionalidad distinta, así como a aquellos otros que no profesan religión alguna; puesto que unas y otras pueden plantearse ante nuestras leyes.

En la obra de LABORDE-LACOSTE encontramos, aludiendo a la evolución de concepciones sobre la familia, un esquema que, si bien está allí referido al derecho francés, puede tomarse como visión general de las relaciones jurídicas que se producen atendiendo tanto a la enseñanza como a la religión católica. Según dichos autores, el antiguo derecho recoge en primer lugar y sobre la familia, una actividad del Derecho canónico, quien parte de la idea de «alcanzar la salud de las almas mediante una educación cristiana en el seno de la familia». Tras el período feudal, cuyas consecuencias ideológicas se mantienen en la sociedad media renacentista, la Revolución combate la actitud religiosa propugnada; alcánzase una fase de concordia o transacción con el Código civil de 1804 y, desde esta fecha hasta nuestros días es observado un período de disgregación de la familia, seguido de otro, muy reciente, de política favorable a la misma (69).

(68) Vid. *Los derechos del hombre y la ley natural*, Buenos Aires, 1943, pág. 126.

(69) Cf. *Exposé methodique de Droit civil*, 5.<sup>a</sup> ed. Sirey, París, 1949.

A tal movimiento corre parejo el de la educación confesional. Por ello pretender aquí el más somero análisis, sobre exceder al propósito trazado, supondría un empeño de historiar uno de los acontecimientos más significativos de las luchas espirituales del mundo. En consecuencia, hemos de limitarnos a apreciar la realidad jurídica actual en orden al derecho que examinamos y partiendo de las declaraciones de la Iglesia católica en primer lugar.

El Código de Derecho Canónico, dedica un título íntegro—el XXII del Libro tercero—a regular la actividad de la Iglesia en la escuela. En él—canon 1.372—se estatuye la necesidad de la educación católica, así como el derecho y deber gravísimo que contraen los padres y cuantos hagan sus veces, de procurarla a los hijos. Queda, por causa de este precepto, impuesta la obligatoriedad de la mencionada educación la cual, por otra parte, ya era atribuída a los padres en el Canon 1.113, y razonada como fin primario del matrimonio en el 1.013. Otros Cánones, 1.131, 1.132 y 2.319, núms. 2.º y 4.º, y p. 2, regulan la separación, situación de los hijos y sanciones canónicas derivadas de la educación acatólica.

Así pues, a los católicos les viene negado el derecho a elegir confesionalidad religiosa por las disposiciones canónicas reseñadas. Estas reglas jurídicas, unidas a documentos pontificios de los cuales uno de ellos—la Encíclica *Divini Illius Magistri*—alude con exclusividad a la educación de los niños, y otros (70) se refieren en algunas de sus partes al tema, constituyen el conjunto de disposiciones genéricas y doctrina eclesiástica sobre la cuestión. De todo ello podemos obtener las conclusiones siguientes:

a) La Iglesia posee, por derecho divino, potestades directivas en la educación de los hijos.

b) Los padres y maestros en el ejercicio de sus funciones educativas actúan como representantes de la Iglesia.

c) En consecuencia, los católicos no tienen libertad para determinar la educación del niño en otra religión que no sea la católica.

d) Por último, los Estados confesionales, de filiación católica actúan, en lo referido a educación, como representantes de la Iglesia.

Esta actitud eclesiástica no supone absorción total y exclusiva de la educación de menores; tanto al particular, en el seno de la familia, como al Estado en cuanto entidad al servicio de aquel, se les atribuyen facultades amplias, hasta el punto de que al Estado le ha sido reconocido no ya el derecho, sino el deber de procurar la educación de los ciudadanos salvando, como es lógico, el derecho de la familia (71). Por último cabe

(70) *Arcanum Divinae sapientiae, Immortale Dei, Syllabus, Ubi arcano Dei, Mit brennender sorge*, entre otras.

(71) Vid., al respecto, la *Declaratio Pii P. XI. De conventionibus inter S. Sedem e Italiae regnum initis (Ex epist. ad Card. Gasparri, die 30 mai 1929)*.

afirmar que, modernamente, una versión inhibicionista del Estado en materia de instrucción religiosa proclama la libertad de los padres en la determinación de la misma. Quedan al margen de esta actitud los Estados confesionales.

Y uno de estos últimos es el español. La Ley de 17 de julio de 1945, inspirada totalmente en los postulados de la Iglesia por lo que a la educación se refiere—tal el preámbulo, donde se manifiesta que «la nueva ley invoca entre sus principios inspiradores, como el primero y más fundamental el religioso»—coarta la posibilidad de establecer distingos en orden a la instrucción en materia religiosa con carácter de generalidad, en especial por lo que se refiere a la enseñanza procurada por el Estado. Sin embargo, ante la posibilidad del caso de padres que pretendan la educación acatólica de sus hijos, u otra orientada en confesión o secta determinada, se ofrecen soluciones según nuestras leyes vigentes. Por ello habrá de distinguirse, en primer término, el caso de los extranjeros domiciliados en España. A tenor del art. 28 de la Ley referida, es posible el establecimiento de escuelas extranjeras en España «sobre la base del más exacto principio de reciprocidad con la nación a que pertenezcan»; esto lleva a admitir cualquier sistema acatólico de enseñanza, siempre y cuando en el país originario sea permitido el funcionamiento de escuelas católicas regidas por súbditos españoles. Por otra parte, en lo que a nacionales se refiere, queremos hacer observar que el *Fuero de los españoles*, promulgado precisamente el mismo día que la Ley de educación primaria admite, en su art. 6, segundo inciso, el ejercicio privado del culto de cualesquiera religión. La paridad jerárquica de ambos documentos es evidente, toda vez que el *Fuero* fué promulgado mediante ley. Según ello y a la vista de la permisión contenida, ¿cabe el que hoy, en España, un niño pueda ser educado mediante encargo a maestro o preceptor, en religión distinta de la oficial? El admitirlo así pudiera ir contra la específica Ley de primera enseñanza. Sin embargo, la propia declaración del *Fuero* carecería de virtualidad si, en el seno de la familia, bien mediante actividad directa de los padres o a través de un profesional de la enseñanza, se tratara de impedir la educación o, si se quiere, la *iniciación* del niño en el conocimiento y práctica de religión determinada.

Nos inclinamos por estimar que, en materia de educación religiosa y desde el punto de vista jurídico privado, la actualidad de nuestro país puede resumirse en lo siguiente; cabe para los no católicos, el derecho de educar a sus hijos, tanto al margen de cualquier religión como en el seno de confesionalidad determinada, siempre y cuando se actúe en privado—y entendemos por tal la educación en el propio domicilio del educando. No es posible el establecimiento de escuelas, centros o instituciones de enseñanza en los que se eduquen acatólicamente, salvo los casos de

instituciones extranjeras y para los naturales del país de que se trate, residentes en el nuestro, y sobre la base, además, del principio de reciprocidad.

Por todo lo anterior puede concluirse esbozando de manera sumaria, la actitud del derecho en orden al particular que nos ocupa.

Admite el derecho la libre determinación de los padres en cuanto a la educación religiosa de sus hijos. Partiendo de este principio general, cabe extraer dos esenciales consecuencias en lo que se refiere a la educación encomendada a terceros. La primera es la de que el educador no puede, en todo caso, dar al menor otra iniciación religiosa que no sea previamente trazada por los padres o representantes legales del niño, y ello por consecuencia del *derecho de control*—cual lo denomina la doctrina francesa—que les asiste y del que nace acción para reclamar los perjuicios ocasionados al procurar al educando una enseñanza religiosa contraria a la voluntad de aquellos (Sent. Trib. Poitiers, 5 de julio de 1928). Por otra parte, R. PAGILLÓN advierte que en los casos de violación de estas obligaciones cargadas a los educadores, además de la sanción disciplinaria que supone el apartamiento del instructor del centro de enseñanza (se refiere, es claro, a entidades públicas), es ejercitable una acción de resarcimiento o de reparación del daño ocasionado (72). Ello ha sido ampliamente reconocido por la jurisprudencia francesa. (Así la célebre causa Morizot que provocó la Sentencia del Tribunal de Dijon, de 24 de marzo de 1908 y por la que se condenaba al educador, como responsable por culpa, al pago de daños y perjuicios al padre del educando, por consecuencia de haber violado la libertad religiosa). Nacidas en el país vecino las asociaciones de padres de familia con finalidad, entre otras, de asegurar la libertad religiosa en la enseñanza, se las reconoce facultad para el uso de la vía administrativa en el aseguramiento de tal libertad; mas se pone en duda el que puedan proceder en demanda por daños y perjuicios contra el educador que la viole (PLANIOL-RIPERT).

La segunda conclusión en orden a la enunciada libre determinación de los padres, radica en la peculiaridad, recogida en algunos Códigos referente a los límites impuestos a los progenitores en función a la determinación de la enseñanza religiosa. Mientras el derecho germano había establecido en una primera época—Ley de Introducción al Código civil, art. 134—que en materia de educación subsistirían sin modificación alguna las disposiciones de los Estados sobre educación religiosa (73), la Ley de 15 de julio de 1921, derogando el art. 136 de la Ley citada, vino a regular de manera uniforme la educación religiosa dejándola al libre acuerdo de los padres. Garantizaba así la libertad de conciencia y la

(72) *Le contrat d'éducation*, París, pág. 105.

(73) Const. de Baviera, Wullemberg, Sajonia y otras.

igualdad de derecho de ambos progenitores, si bien en caso de disenso habría de prevalecer la opinión del padre (74). El Código suizo—y también el turco—supera la actitud del derecho alemán al respecto; la Ley helvética, en su art. 277 atribuye la educación religiosa del hijo a los padres, hasta los dieciséis años, edad a partir de la cual el niño tiene derecho a escoger su propia confesión religiosa. Esta disposición corresponde al enunciado de la Constitución federal, contenido en el art. 49 de la misma. En sentido similar se pronuncia el Código civil de Turquía—art. 2667—salvo que sustituye la expresión «mayor de dieciséis años» por la de «mayor», por lo cual habrá de entenderse que esta atribución se hace al mayor de edad. No se nos escapa que, entendido así el precepto la interpretación se limita a aportar una redundancia, pues ya implica la mayoría de edad capacidad plena en lo jurídico, pero es que, lo contrario, el dar un sentido favorable al *mayor*, sobre resultar ininteligible, conduciría a mermar derechos paternos no específicamente limitados en tal sentido por la ley.

Estos sistemas aludidos plantean la cuestión de las restricciones impuestas al derecho de dirigir la educación religiosa atribuida, para su eficacia, a los propios educandos, así como la dificultad de realizar, por parte del menor, semejante derecho. No dudamos en calificar de inoperantes y divorciadas de la realidad disposiciones como la citada del Código suizo que, si bien a imperio de una pretendida libertad intelectual adquiere vigor, introduce, sin embargo, en el seno de la familia una peligrosa arma de escisión.

## 6. Derecho a determinar la profesión, arte u oficio en que haya de ser instruido el hijo

No tanto como derecho, en su más puro sentido, y sí en cuanto a la correlativa obligación que engendra, viene a ser formulado por los Códigos el deber de dar profesión u oficio mediante dos fórmulas bien delineadas cuales, son:

- a) Mediante alusión directa y concreta a la obligación paterna de dar carrera u ocupación a los hijos (art. 140 y 276 de los Códigos portugués y suizo, respectivamente).
- b) Implicando tal obligación en la genérica de educar, y sistematizándola, unas veces, como obligación nacida del matrimonio, otras como

(74) La constitución alemana, de 11 de mayo de 1919, declaraba que la participación de los maestros en la enseñanza religiosa de los niños, así como la iniciación de éstos en actos o prácticas religiosas, quedaba subordinada a declaración de voluntad de quien había de decidir la educación religiosa del niño (art. 149).

carga de la potestad (Código francés, art. 209; italiano, art. 147; español, art. 155, 1.º).

Se observa que los Códigos no consideran especialmente el derecho mencionado, consagrándolo, por vía amplia, entre los deberes dimanantes de la educación; una carga, más bien, derivada de la misma. Desde luego que estos puntos de vista, sobre no puntualizar la extensión y límites del derecho que reseñamos, ni siquiera dan luz en orden a su especial naturaleza. Menos aún apuntan las posibilidades legales de su ejercicio, toda vez que, por su contenido, constituyen materia delicada, y de la que dependerá, en muchos casos, la inserción del niño en un medio social determinado, con repercusiones tanto morales como económicas.

En el sector doctrinal, las actitudes son igualmente vagas, producto, sin duda, de una falta de atención de los estudiosos sobre el problema. Algunos autores, que se han manifestado en pro de la existencia de este derecho de elección de los padres, a reglón seguido han puesto en duda su eficacia en aquellos casos de poca inclinación, por parte de los hijos, hacia la profesión u oficio escogidos (75). No participamos en absoluto de tal reparo; no estriba en él, precisamente, la importancia del problema. De una parte hay que pensar que, en lo paterno-filial impera y actúa, en la mayor parte de los casos, más la relación afectiva, de respeto, subordinación y afecto, que la estrictamente jurídica. De otra, la admisión de semejante categoría jurídica como derecho atribuido al padre, abre la amplia perspectiva de atribuir a éste—y aquí sí que el derecho adquiere notoria importancia—un poder, aunque limitado, de dirigir el futuro del hijo; en otro caso, entendida como mera obligación inherente a la potestad, colocaría al padre en una depresiva actitud de obligado siempre. Conferir al padre autoridad en materia de elección de carrera, arte u oficio del hijo, responde a principios de orden natural que han de ser traducidos en el orden jurídico positivo. Ello robustece la unidad familiar y sitúa en actitud rigurosamente jerárquica a los miembros de la misma.

Otros autores se han limitado a enunciar este derecho en la misma línea que el de determinar la confesión religiosa y vigilar las relaciones del niño (76). De ser esto admitido no resulta, empero, suficiente. Insistimos en la necesidad de delimitar, construir, dar estructura, en suma, a la manifestación concreta que nos ocupa, sin que ello suponga pretender una ingerencia excesiva y desproporcionada en el seno de la familia, ya que se advierte la conveniencia de tal construcción del derecho de dar a los hijos posibilidades económicas de afrontar el porvenir.

No ha faltado quien, como STOLFI, sobre las bases de una sentencia

(75) PLANIOL RIPERT, *Tratado práctico de derecho civil francés*, v. 1.º, págs. 346-7, Habana, 1946.

(76) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de Droit civil belge*, Bruxelles, 1948, v. 1.º, pág. 874.

del Tribunal de Turín, de 27 de julio de 1868, pretende que las obligaciones derivadas del matrimonio, refiriéndose al mantenimiento, educación e instrucción de la prole, no se amplían a la de procurar una profesión (77).

Por otra parte, se ha reparado en que el derecho atribuido al padre, para determinar el oficio o profesión del hijo, no es ilimitado (78). Esta es, a nuestro entender, la nota más significativa y necesitada de ser tenida en cuenta. Porque el acto decisivo paterno requiere un mínimo consentimiento, una voluntad, presunta o expresa, del hijo. La cuestión está en cómo aceptar jurídicamente la expresión de una voluntad contraria mantenida por el menor. En la elección de oficio o, más exactamente, ingreso del menor en trabajo determinado, la cuestión ha sido resuelta por la jurisprudencia francesa, pues si, ciertamente, el Código francés de trabajo ha revestido al aprendizaje del carácter—dudoso desde el punto de vista jurídico privado (79)—de medio de educación, los tribunales han entendido que, aunque asiste al padre el derecho de pactar el aprendizaje del hijo, es difícil admitir que, sin el consentimiento del menor, se pueda concluir, en su nombre, un contrato de tal carácter.

Queda, por este motivo, abierta la interrogante de las limitaciones impuestas al derecho que nos ocupa por la propia existencia del menor y por la repercusión que, en el niño y para su futuro, puede producir el inducirle o violentarle hacia la toma de carrera o adquisición de oficio no consonantes con sus inclinaciones, vocación o aptitudes.

A la vista del caso, LAURENT indagaba las posibilidades del ejercicio de la acción derivada de incumplimiento paterno del deber de educar—la cuestión quedaba reducida a disenso entre padre e hijo sobre elección de carrera. Por su parte, ya MANZINI—lo recuerda CASTEJÓN (80)—se planteaba el problema, resolviéndolo con la solución, copiada del Código civil austríaco, de conferir derecho al hijo púber de llamar al padre a juicio para obtener no ser coartado en la elección de un estado o de una posición poco en armonía con su vocación y capacidad.

Para LAURENT (81), la infracción del deber de educar, origina el nacimiento de una acción de cumplimiento. Pero su ejercicio parece vedado al propio hijo, toda vez que, como menor, la ley le hace incapaz para actuar sus derechos civiles ya que sólo el padre los realiza en su nombre. Habrá, pues que deducir, a la vista de la situación creada que, en razón al poder absoluto del padre atribuido por la ley, no es posible acudir a la

(77) Vid. su *Diritto civile*, v. 5, pág. 534.

(78) AZAROTTI, op. cit., v. 1, pág. 968.

(79) Tal duda nace de la esencial distinción entre el educar y el instruir, al no ser claramente determinada.

(80) Vid. *Estudio de las nuevas direcciones del Derecho civil en Italia*, pág. 310.

(81) Cf. *Principes de Droit civil*, v. III, págs. 59 y sigs. Bruxelles, París, 1872.



actitud excepcional que el derecho antiguo arbitraba, atribuyendo a la madre un derecho decisorio. Por su parte DEMOLOMBE no articula como hacedera la intervención del Consejo de familia—al pretender asimilar el caso planteado al del tutor—. Una vez más, la jurisprudencia francesa vino a pronunciar la fórmula—cuya inserción aquí no presupone el que sea, por lo demás, totalmente aceptada por nosotros—entendiendo, según sentencia del Tribunal de Burdeos, pronunciada en 9 de mayo de 1832, en el supuesto de disenso entre padre e hijo sobre elección de carrera, que corresponde al juzgador decidir una profesión u otra.

No queremos pasar por alto nuestra creencia de encontrarnos a la vista de un caso de abuso de derechos, a resolver por aplicación de la teoría reguladora de estas situaciones de anormalidad. En definitiva, viene la cuestión a quedar inserta en los que por STOLFI han sido denominados «abusos de potestad» (82).

En el derecho positivo, la expresión del que tratamos aparece contenida, en su forma más perfecta, por el Código civil suizo, cuyo artículo 274, referido concretamente a la instrucción profesional, determina como directores de la misma a los padres, si bien para ello habrán de tener en cuenta, tanto las fuerzas del hijo como sus aptitudes y deseos.

Además, el Código suizo arbitra las medidas aseguratorias precisas, toda vez que—arts. 283, 284, 285—la autoridad tutelar está facultada para intervenir imponiendo medidas protectoras, retirando la guarda del niño o bien, haciendo decaer la potestad en los casos de incumplimiento de deberes, abandono físico, intelectual o moral, abuso de autoridad o grave negligencia.

A estas referencias que al derecho extranjero venimos haciendo, debe añadirse la del Código civil portugués. Este cuerpo legal atribuye a los padres, de una parte, el deber de dar a los hijos ocupación conveniente, según su capacidad (art. 141) y, de otra, transfiere al Consejo de familia, entre diversos poderes, el de determinar la profesión, arte u oficio a que hubiere de dedicarse el menor, y resolver, si el padre o la madre ejercitasen alguna industria o comercio, si el menor ha de continuar dedicado a ellos *en el caso de que los padres no hubiesen dispuesto nada acerca de este punto*, o surgieran inconvenientes graves en el cumplimiento de su voluntad (art. 224-7.º).

Destaquemos, en primer lugar, cómo del examen comparativo de ambos artículos se desprende que corresponde más bien que a la conceptualización de *deber* paterno, la de *derecho* del padre de determinar profesión, arte u oficio, e iniciar en alguno de ellos al menor. Abunda en esta opinión CUNHA GONÇALVES, que a la vista de las disposiciones legales sobre potestad, distingue los *derechos* de educar y de colocar, comprendiendo

(82) Vid. STOLFI, *Diritto civile*, Torino, 1921, v. 5, pág. 536.



en los primeros, entre otros, el de elección de carrera o profesión, y en el de colocar, el deber de dar a los hijos una ocupación conveniente conforme a su posición social (83).

Estimamos inadecuada tal diversificación. Por ocupación, en sentido lato—y así creemos la entiende el art. 141 citado—cabe tanto la dación de carrera como profesión, oficio, etc. Huelga, pues, incorporar al derecho de educar, la dación de carrera.

Paralelamente al Código portugués, el español, en su art. 155 señala el *deber* de educar e instruir a los hijos con arreglo a su fortuna, y luego, en el 269, n.º 2.º, atribuye al Consejo de familia competencia «para dar al menor una carrera u oficio determinado *cuando esto no hubiese sido resuelto por los padres* y para modificar las disposiciones que éstos hubiesen adoptado».

De aquí resulta que el derecho de los padres está condicionado puesto que puede variarse su elección. A este propósito dice MUCIUS SCAEVOLA: «Aunque el Código señala la voluntad de los padres como ley que debe obedecerse en primer término, entendemos respetable ante todo la del menor, principal interesado, puesto que de la elección puede acaso depender su porvenir. Esto viene a indicar el artículo, bien que de manera indirecta, cuando declara que el Consejo de familia puede modificar las disposiciones que aquellos hubiesen adoptado. Y ningún fundamento mejor para una modificación que el deseo del hijo cuando no armonice con el de los padres» (84).

Pero el punto difícil es cuando persistiendo la patria potestad surja la disconformidad entre padre e hijo. Conforme al fundamento natural de la potestad paterna, hay que sentar la preeminencia del padre, y sólo cuando la imposición de éste revistiese dureza excesiva, o pudiera producir la corrupción del menor habría términos hábiles para que los Tribunales pudieran alterar la decisión paterna en los términos del art. 171 del Código.

Seguidamente insertamos, a modo de recapitulación, los puntos que son de estimar como determinantes de este derecho, y sobre los que habrá de operar el padre si pacta con tercero la iniciación del hijo en futura vida profesional:

a) No se trata de un deber, sino de un derecho función que se halla en la potestad paterna.

b) La dación de oficio o carrera tanto implica colocación en aprendizaje como en centro donde se den altos conocimientos intelectuales, técnicos o de especialización suficientes para alcanzar títulos oficiales, o privados de pericia reconocida.

(83) Op. cit., v. II, págs. 367 y sgts.

(84) Código civil, l. V, 5.ª ed., pág. 148.

## V

CONCEPTO Y NATURALEZA DEL CONTRATO  
DE EDUCACION**1. Concepto del contrato**

Se ha definido el contrato de educación como «acuerdo en virtud del cual los padres delegan, al menos en parte, su autoridad a una persona que se ofrece a este fin, o a una colectividad que organizada para tal obra se obligó a procurar la formación intelectual y moral de los hijos (85). Esta concepción del contrato ha sido seguida en especial por algunos tratadistas españoles, copiándola a la letra y, por consecuencia, admitiendo su total contenido (86).

Estimamos incompleta la definición referida porque olvida dos extremos, a saber:

a) El contrato de educación pactado por persona que no sea el padre o representante—también omitido este último en la definición que criticamos—del menor, y sobre quien no recae obligación legal de educar. En estos casos, hay contrato de enseñanza, si bien la actividad del representante del educando se manifiesta en la aceptación del beneficio o solicitud, en su caso, y en la transferencia de las funciones inherentes a la educación.

b) La educación, teóricamente considerada, abarca toda posibilidad humana de formación, y a ella no es ajena la educación física del niño.

(85) R. PAGULLÓN, *op. cit.*, pág. 61.

(86) Vid. CASTÁN, *op. cit.*, t. III, pág. 408, y VALVERDE, *op. cit.*, t. III, pág. 759. Este último tratadista apunta, además, el carácter secundario de la remuneración, como distintivo del contrato.

Por otra parte, la educación física puede plantear numerosos e interesantes problemas que afectan al derecho.

Para nosotros el contrato de educación es aquel en virtud del cual, el padre o representante legal del menor, sujetos favorecedores, y aún los propios educandos, pactan con personas individuales o jurídicas, la formación total o parcial, intelectual o física de menores o de sí mismos, y con posible transferencia de funciones derivadas de potestad o tutela en su caso.

## 2. Naturaleza jurídica

Hay que plantearse la naturaleza jurídica del contrato a través de su atipicidad, la cual quedará revelada al considerar, a lo largo de este estudio, las diversas prestaciones que lo integran, así como los elementos que las hacen posibles.

Aunque la atipicidad absoluta, si bien ha sido admitida teóricamente, es objeto de recelos en cuanto a que pueda ser adecuada a relaciones de la vida real (87), creemos, no obstante, que es susceptible de producirse, en especial, cuando la relación contractual a que se refiere no es secuela o especie—en orden al objeto—de un contrato típico. Planteamientos como el de la educación de un menor, por ejemplo, requieren para ser construídos jurídicamente, de una serie de elementos que no guardan relación con otros ya utilizados.

Un sumario examen de los derechos y obligaciones de los contratantes, nos situará en la posibilidad de atribuir naturaleza atípica al contrato.

Pueden generalizarse en un triple orden las facultades atribuídas al educador para que realice su cometido, a saber: facultad educadora, correctora, y de guarda y vigilancia.

Reparando en el contenido de estas facultades, se observa la singularidad de las mismas: la facultad educadora, por conducir directa e inmediatamente a la finalidad del pacto, ya excluye la posibilidad de su presencia en otro contrato típico. En cuanto a la facultad correctora, dado el contenido de la misma, es obvio que trasciende las habituales de algunos contratos (por ejemplo, aprendizaje). Finalmente, las facultades inherentes a la guarda y vigilancia del educando, por su especificación y relaciones con la paternidad, no hallan posible acomodo en elementos de convenciones típicas.

Las facultades que pueden ser atribuídas al representante legal del

(87) En este sentido, FUBINI, *Contribución al estudio de los contratos complejos*, Rev. D. Priv., n.º 208, 1931. Igualmente vid. ROCA JUAN, *El contrato de exposición*. Murcia, 1948, public. del Seminario de Derecho Privado, pág. 7.

educando constituyen, al igual que las antes aludidas, un conjunto de posibilidades jurídicas privativas exclusivamente del contrato de enseñanza. Así, el derecho a vigilar el cumplimiento del encargo conferido al educador. Igualmente, el derecho a exigir el cuidado material del educando, esto es, la atención a la integridad física del sometido a enseñanza, trasciende de las habituales atenciones que son inherentes a los contratos típicos.

La prestación que es de esencia del contrato—transmitir conocimientos de carácter formativo—ya determina la singular finalidad del pacto, de la que es razonable deducir la naturaleza especial del mismo.

Por lo que a nuestro derecho positivo hace mención, digamos que el contrato de educación es posible según la norma genérica contenida en el art. 1.255 del Código civil, y que se regirá en cuanto no haya sido previsto por los contratantes, por las normas generales de las obligaciones y contratos.

### 3. El contrato de educación y otras figuras de contrato

*A. Necesidad de la distinción.*—El contrato de educación, tanto a título oneroso como gratuito, aparece en la consideración de algunos autores como modalidad peculiar de figuras contractuales típicas, y es susceptible de ser catalogado entre aquellos que algunos tratadistas, COLLILO por ejemplo, agrupan por proceder del trabajo humano, y concretamente en el que el autor citado denomina contrato de trabajo intelectual (88), integrado en el grupo que STOLFI llama de prestación humana (89). En dichas clasificaciones las prestaciones de carácter intelectual más o menos marcado, vienen a referirse a las típicas del arrendamiento de servicios, del mandato y del contrato de trabajo.

No ha existido, sin embargo, unanimidad en la apreciación, sino más bien una cierta confusión. Estudiando la adecuación de las profesiones liberales a los contratos codificados, BONET sintetiza las opiniones más destacadas al respecto, y si bien concluye afirmando, sobre la base de argumentos de BRUNO, que las mencionadas profesiones deben ser recogidas en el arrendamiento de servicios (90), la cuestión no aparece muy clara. En un principio, las artes liberales fueron consideradas por el Derecho romano como objeto del mandato: CUJAS las atribuye al arrenda-

(88) Cit. por STOLFI en op. cit., IV, pág. 21. El civilista mencionado agrupa, bajo la rúbrica dicha los contratos de obra agrícola, obra industrial, de servicio, de transporte, de asalariado público, de destajo, de trabajo intelectual, de empleo privado, de empleo público y otras formas contractuales.

(89) Loc. cit., pág. 5.

(90) Vid. Rev. Derecho Privado, v. XXII, págs. 796 y sigts.

miento de servicios y, con posterioridad, POTHIER, en su *Traité du contrat de mandat* acude; para justificar la existencia de retribución, a la construcción de un contrato independiente. DERNBURG, al decidirse por el mandato, arguyó para ello la consideración de que estas ocupaciones constituyen bienes inestimables y, siguiendo el punto de vista romano, argumentaba que los servicios prestados no son susceptibles de pago, sino de honorarios. No ha faltado quien hable de contrato innominado, opinión rechazada por BARASSI al estimar asimilables las artes liberales y las no liberales.

En definitiva, puesta de relieve la divergencia doctrinal al respecto, hemos de adoptar una primera actitud de reserva: si entendemos incluida—y no hay en ello inconveniente—la profesión de educador entre las denominadas liberales, tropezamos con la dificultad de encajarla dentro de un determinado contrato típico.

Un estudio de los contratos más afines al que nos ocupa, dará como resultado la evidencia de que el de educación no tiene cabida dentro de los típicos cuya referencia particular hacemos a continuación.

B. *El contrato de mandato*.—Ha sido conceptualizado, con indudable acierto, como contrato de cooperación (91); su elemento característico—la confianza—autoriza para entenderlo así, y es lo que hace posible que la nota diferencial del contrato, elevada a la categoría de causa específica del mismo (92) sea la de la *sustitución*. Mediante ella se producen actos que el mandante realizaría, normalmente, por sí mismo, que pertenecen a la esfera de su propia actividad y que, sin embargo, no presentan impedimento alguno para ser realizados por otra persona. Esta nota ha movido a los autores a considerar absorbida por esta figura contractual la actividad educadora. REBORA estimó que el ejercicio paterno de poderes de gobierno sobre los hijos, podía ser temporalmente transferido a otras personas, y en particular a establecimientos de enseñanza, los cuales se convertirían así en mandatarios del padre a los fines de educación e instrucción (93).

La construcción romana del mandato parece apoyar, en cierto modo, la opinión de que en este contrato encaja la relación de enseñanza; se ha dicho que así como las *operae illiberales* podían ser objeto de arrendamiento, los servicios prestados por personas letradas, y entre ellas se incluían a los maestros, revestidos del carácter de *operae liberales*, se estimaron por el Derecho romano insitos en el contrato de mandato, o en el de sociedad (94). No es ocasión de investigar aquí las posibilidades

(91) Terminología de DUSI, vid. op. cit. y loc.

(92) G. VALDECASAS en Rev. Derecho Privado, pág. 770

(93) Op. cit. IV, págs. 217 y sigts.

(94) R. F. CANUS, *Curso de Derecho romano*, 2.<sup>a</sup> ed. Habana, 1941, t. 5, pág. 284.

históricas, y aún jurisprudenciales, que existen para mantener opinión contraria. Si acaso, recordar con VAN WETTER que tales trabajos revistieron en Roma el carácter de actos de cooperación y amistad, como lo prueba el que no comportasen ejecución forzosa (95). Este carácter honorífico y exento de interés material con que la enseñanza es entendida, desplaza ampliamente la idea de considerar la educación como actividad subordinada por el contrato de mandato a la autoridad paterna, en el sentido peculiar según el cual las facultades de los acreedores son destacadas e impuestas por el Derecho. «El preceptor que dirige los estudios y educación de mis hijos—escribía LAURENT—no me representa, aunque haga lo que yo pudiera o debiera hacer; él actúa, y en su nombre; no es que obra por mí sino por su ministerio (96). Y esta consecuencia es obtenida por el civilista citado a la vista de la definición que del mandato da el artículo 1.984 del Código civil francés.

Puede en definitiva afirmarse que no es posible entender incluida la educación como actividad contractual en el mandato por las razones que siguen:

a) El mandato se produce para el cumplimiento de un encargo con *finalidad* normalmente practicable; el cumplimiento del mandato significa la culminación de una actividad, la obtención de resultados previamente fijados. De suyo, el contrato de educación se limita, no tanto a asegurar la adquisición de un fin—que, además, muchas veces se determina de un modo genérico e inconcreto—como a facilitar los medios idóneos para que tal fin se produzca o, al menos, sea susceptible de producción, pues la tarea del educador, en puridad, consiste en la aportación de conocimientos y normas de conducta que pueden o no ser convenientemente asimilados por el discípulo.

b) El mandato sume al mandatario en la estrechez de una actividad predeterminada, que puede determinarse con la más casuística minuciosidad—art. 1.719 del Código civil—, con la obligación de rendir cuenta de lo actuado—art. 1.720 del Código—. Lo primero, repugna a la necesaria libertad de movimientos que, por naturaleza, requiere la educación: lo segundo coartaría la necesaria libertad de aplicación de métodos pedagógicos, y también vendría a producir una obligación prácticamente no realizable por parte del educador.

c) La posibilidad de nombrar sustituto, prevista con carácter general para el mandatario, repugna a la esencia del contrato de educación. No es posible intentar, por parte del educador individual, la sustitución de su persona por la de un tercero, atendiendo al carácter *intuitu perso-*

(95) *Pandecte contenant l'histoire du Droit romain et la legislation de Justinien*, Paris, 1909.

(96) Vid. *Principes du Droit civil française*, t. 27, pág. 375.

nae de la relación. En el caso del que denominamos educador orgánico ni siquiera es posible el planteamiento de la sustitución, y ello por el doble argumento de que no es concebible el mandato en este supuesto—carácter de empresa o institución de la entidad educadora—y, aun cuando lo fuese, porque igual se pactó la educación en función expresamente de entidad determinada.

d) Por último, así como es causa de conclusión del mandato, entre otras, la muerte, interdicción, quiebra o insolvencia del mandante—art. 1.723-3.º del Código civil—no parece ésta suficiente para la extinción del contrato de enseñanza; en tal supuesto lo más probable, de admitirse esas causas de extinción, será el ocasionar perjuicios a la propia educación del menor, que es concebida con cierta continuidad. Y es que, para concluir con estas notas distintivas, un examen riguroso de los preceptos que regulan el contrato de mandato, pone de relieve la finalidad de esta figura contractual, diversa en definitiva de la que mueve la contratación de la enseñanza.

C. *Contrato de arrendamiento de servicios.*—Con el contrato de mandato, el de arrendamientos de servicios se ha entendido que acogía la labor de las profesiones liberales. Baste con observar un aspecto, fundamental en esta ocasión, cual es el de que, como aprecian COLÍN y CAPITANT la locación entraña una subordinación del que arrienda los servicios (97), en sentido diverso de la dación de enseñanza, como tuvimos ocasión de observar.

Sin embargo, así como la naturaleza del mandato ya venía a establecer una evidente distinción con respecto del contrato de enseñanza, la del arrendamiento de servicios puede mostrar dificultades para fijar su diversidad; las últimas construcciones doctrinales—la opinión de HENRI DE PAGE, por ejemplo (98)—no excluyen del contrato de arrendamiento, con carácter general, los trabajos intelectuales y, en una contemplación amplia de la expresión, tal y como suelen plantearla los autores, es indudable que los maestros de enseñanza caerían dentro del concepto de arrendadores de actividad. Pero en los elementos característicos del contrato de arrendamiento de servicios hay materia suficiente para apartar de sus preceptos la actividad del educador.

En primer término, si bien el Código civil en la concepción que del arrendamiento de servicios ofrece en el artículo 1.544 integra a este contrato de dos elementos—prestación de servicios y retribución de los mismos, no discriminado sobre el carácter de las prestaciones—la regulación del contrato contenida en el artículo 1.583 y siguientes, está referida, en su totalidad, al servicio doméstico y al trabajo de jornaleros y asalaria-

(97) *Curso element...*, t. IV, pág. 666. En el mismo sentido, BARASSI.

(98) *Traité...*, t. IV, pág. 825.

dos. Esto es; circunscribe el objeto del contrato a la prestación de actividades de carácter marcadamente mecánico.

Pero, por otra parte, aun siguiendo las apreciaciones doctrinales en torno al arrendamiento de servicios, y aún las decisiones de la jurisprudencia, se observa la imposibilidad de encuadrar el contrato de educación en los moldes del arrendamiento.

En primer lugar, la necesidad de existencia de precio como contraprestación al servicio que se da admitida con carácter constitutivo del contrato, no juega para el de educación toda vez que, según hemos afirmado, al recoger un estado de hecho frecuentemente denunciado por la vida real es posible, y aún abundante, la conclusión de un contrato de enseñanza de carácter gratuito. Esto ya sitúa en disposición de no admitir la actividad educadora en el seno del arrendamiento.

Por otra parte la realización del servicio implica, con carácter distintivo, el cumplimiento de actividades susceptibles de evaluación económica sin dificultad alguna; *Obras que ome face con las manos* (99), decían las Partidas al referirse a las cosas y sobre la aplicabilidad a un tipo u otro de arrendamiento; por encima de ello, y aún a sabiendas de que la referencia está hecha por el legislador medieval al arrendamiento *in genere*, se muestra que el espíritu de la institución reside, precisamente, en la prestación de servicios, de actividades que se resumen en la expresión puramente profesional de una función determinada. La educación, con su complejo de prestaciones, de las cuales, en muchos casos, son menos importantes las referidas a la actuación estrictamente técnica o profesional, excede del objeto del contrato de arrendamiento, el cual, por otra parte, precisa de un objeto determinado y concreto en su expresión, a diferencia del enseñar, acontecimiento cuya idea determinante escapa, en muchas ocasiones, del cabal entendimiento por parte de quien lo solicita.

*D. Contrato de trabajo.*—Si una parte considerable de la actividad laboriosa, tanto manual como intelectual, ha sido sustraída al régimen del arrendamiento de servicios, justificada tal detracción por el carácter de dependencia económica y directiva del que la desarrolla, para encomendarla a la regulación de las normas del contrato de trabajo, las relaciones de enseñanza, evidentemente, habrán de ser exceptuadas con mayor razón aun en el supuesto de que se pudieran considerar como insertas en el arrendamiento.

Aun admitiendo en principio la inclusión de actividades intelectuales en el contrato laboral, se ha rechazado la educadora. PÉREZ BOTIJA, al examinar el ámbito de aplicación objetiva de la Ley de Contrato de

(99) L. 3.ª, l. VIII, p. 5.ª.

Trabajo de 1944, advierte que los preceptos de la misma no recogen ni hacen mención expresa del contrato de educación, entre otros, y ello porque esta modalidad de realización de actividades para otra persona, suele ser de difícil acoplamiento, por predominar en ella la nota de libertad actuante sobre la de dependencia y subordinación (100). Pero es que además, observamos nosotros, sobre la nota destacada existe en el contrato de trabajo, entendido a través de sus más recientes conceptualizaciones, la característica de la *productividad*; esto es, la norma laboral contempla el hecho de un mundo económico al que se hace inherente la gestión del hombre y, en esta realidad, humaniza la función del productor en el sentido de su propia consideración personal, de una parte, y de otra, asegura el equilibrio económico del país. Al decirse que el trabajador—artículo 1 de la Ley de Contrato de Trabajo—«participa de la producción», se está invocando una realidad esencialmente económica a la que, si bien consideraciones de carácter cultural y aún ético no le son ajenas, no constituyen, por otra parte, finalidad esencial y estricta del contrato. Y aunque se ha llegado a distinguir el trabajo autónomo, que con el denominado subordinado integra el contenido del Derecho del Trabajo, lo ha sido en virtud de una concepción teleológica de éste (101). Y ese criterio distintivo, radicado en su finalidad, nos sirve para apartar del contenido del contrato de trabajo la actividad educadora.

La relación de dependencia con fines de producción, tanto en el orden puramente profesional como económico, que caracteriza el contrato de trabajo, unida a la tendencia societaria (102) de que el mismo se reviste al tomar cada día más estado imperativo la nota de participación en la producción como en la gestión y ordenamiento de la empresa, desplazan, por todo punto, al contrato de educación de la órbita del Derecho del Trabajo.

También hemos de sentar la diferencia del contrato de aprendizaje profesional en relación con el de educación. Que sean una misma cosa es creencia desvirtuada por GRECO al destacar que, así como la enseñanza produce consecuencias ventajosas para el educando, con carácter exclusivo, la actividad del aprendiz beneficia a quien lo instruye. Por otra parte, con el contrato de educación el pago se produce en favor del educador, mientras que en la relación del aprendizaje, el maestro es quien paga al neófito, haciendo suyos los productos del trabajo del aprendiz (103). Esta última observación reafirma la opinión sentada anterior-

(100) Vid. autor cit. *El contrato de trabajo*, Inst. de Est. Pol., edit., Madrid. Introducción, pág. 14.

(101) RODRÍGUEZ VENTURA, *Teoría da relação jurídica de trabalho*, Oporto, 1944.

(102) Vid. P. LEÑERO, *Teoría general del Derecho español de Trabajo*, págs. 309 y sigs. Madrid, Espasa Calpe, 1948.

(103) Vid. *Il contratto di lavoro*, pág. 123.

mente sobre el valor distintivo de la nota de *productividad*.

Situación a considerar sería la de los jóvenes aprendices inscritos en escuelas profesionales. Entendemos que la entrada del aprendiz en el centro de formación profesional se produce mediante su matrícula y no por vínculo de contrato de aprendizaje, y serán de aplicar las prescripciones del contrato de educación si tales centros no revisten el carácter de entidades públicas.

#### 4. Referencia al contrato en favor de tercero

¿Cabe la posibilidad de relacionar el contrato de educación con las denominadas estipulaciones en favor de tercero? Esta posibilidad parece plantearse ante una sumaria consideración del vínculo de enseñanza: dos personas, jurídicamente capaces, contratan una cierta actividad, que se refiere, directa e indirectamente, a la persona de un tercero. El educador se compromete a dedicar su actividad en beneficio del educando; éste, por tal compromiso, recibe una utilidad jurídicamente exigible.

No obstante, una consideración más detenida de la posibilidad de insertar tales relaciones en la figura del contrato en beneficio de tercero, viene a descartar la proposición. En primer término el mismo concepto del negocio aporta argumentos para rechazar la pretensión. Según PACHIONI, en su monografía sobre el tema (104), es contrato en favor de tercero aquel que, realizado válidamente entre dos personas, pretende atribuir un derecho a una tercera que no ha tenido parte alguna, ni directa ni indirectamente, en su tramitación y perfección, y que no obstante, logra en efecto, investir al tercer sujeto de un derecho propiamente suyo, derecho que no puede estimarse como propio del que estipuló el contrato y cedido luego al tercero, o simplemente ejercido por éste en lugar de aquél. Según este entendimiento de la institución, el mecanismo que caracteriza la teoría de la estipulación estriba en que el estipulante *no ha sido nunca* titular del derecho nacido por su voluntad, pues en tanto se produce queda referido a la titularidad del beneficiario.

Si la educación se entiende como función paterna, tales facultades quedan atribuídas, en cuanto el contrato se perfecciona, al padre, quien válidamente las actúa en nombre propio, puesto que no cabe entender que contrata en el de su hijo. Y es que, como MANRESA ha observado atinadamente (105) al comentar el artículo 1.257-II del Código civil, en donde la estipulación se contiene, ninguno de los contratantes ha de tener autorización bastante ni representación legal del tercero, pues en este

(104) Vid. *Los contratos a favor de tercero*, trad. española, Edit. Rev. D. Priv., Introd., XVIII.

(105) Vid. *Comentarios al Código civil español*, 2.ª ed., t. VII, págs. 615 y sigts.

caso no sería de aplicación el artículo citado y sí el 1.259, regulador del contrato en nombre de otro, y en cuyo texto se prevee la posibilidad de contratar en representación de tercero por causa de representación legal.

Por otra parte, la contratación en favor del tercero, según exige el Código, precisa, por parte del beneficiario, la aceptación previa para su exigibilidad. Esto produce, con respecto del contrato de enseñanza, un obstáculo insalvable, pues el menor, por sí propio, no tiene capacidad para aceptar y habría de hacerlo quien precisamente tuvo intervención en el contrato como estipulante.

Prodúcese, sin embargo, una situación distinta cuando el promisorio de la educación no ostenta la representación legal del educando ni sobre él pesa, con respecto de este último, obligación alguna de procurar enseñanza. Nos limitamos a insinuar la posibilidad de que tal supuesto hallase cabida en los moldes del contrato a favor de tercero. Es frecuente que ciertas personas, con declarado ánimo de liberalidad, sufraguen gastos de educación en ciertos sectores escolares. Y una de las habituales formas de realizarse estas liberalidades es la de constituir becas, bolsas de estudio, fundaciones benéficas, etc., mediante capitales que se depositan y cuyos intereses alcanzan a mantener los gastos de enseñanza en determinados centros, que tanto pueden ser públicos como privados—supuesto este último que ahora interesa—. En tal caso se ha producido una convención en favor de tercero cuando el constituyente del beneficio pactó con la entidad educadora el suministro de enseñanza a cambio de la retribución que se fija en el percibo de las cantidades o las rentas del capital constituido por el donante, para otras personas que pueden alcanzar el bien propuesto cuando reúnan las condiciones determinadas para la obtención del beneficio.

En tal caso, el beneficiario de la enseñanza, una vez que obtiene la plaza o beca en la entidad de enseñanza, se hace titular de unos derechos conferidos por el contrato de educación habido entre el constituyente del beneficio y la empresa o institución, en favor de persona que puede ser indeterminada (106), lo que no constituye obstáculo, toda vez que la aceptación que pide el Código civil se cumplirá personalmente si el educando es mayor de edad, o por medio de representante legal si es incapaz cuando dicho representante autorice la solicitud de opción al beneficio y una vez alcanzado entregue al pupilo a la entidad educadora.

Por otra parte, la liberalidad del estipulante no puede plantear duda en el caso del contrato de educación en favor de tercero, pues si bien no está obligado—a diferencia del padre o representante—a procurar la educación del menor, tampoco la inexistencia de un interés económico en

(106) ROGA SASTRE, *Estipulaciones en favor de tercero*, en *Estudios de Derecho Privado*, III I, Obligaciones y contratos, pág. 226.

la prestación dificulta la admisión de la figura contractual pues, como entiende ROCA SASTRE, no es necesario que tal interés tenga que ser exclusivamente pecuniario, sino que bastará cualquier clase de interés por parte del estipulante aunque sea meramente moral o de afección (107).

Por cuanto queda dicho puede generalizarse la cuestión de la siguiente forma:

a) El contrato de educación suscrito por el padre o representante legal del educando no reviste el carácter de estipulación en favor de tercero.

b) Por el contrario, el contrato suscrito por persona sin obligación jurídica alguna de producir enseñanza y encaminado a proporcionarla a un sujeto determinado o susceptible de posterior determinación, puede presentar el carácter de contrato en favor de tercero.

---

(107) Op. cit., pág. 219.



## VI

LA RELACION CONTRACTUAL DE ENSEÑANZA  
Y LOS SUJETOS**1. La relación de enseñanza y su nacimiento:  
naturaleza pública o privada.**

Nos proponemos, en el presente estudio, afirmar la existencia de un contrato de educación—o enseñanza, si se prefiere—mediante el cual se realizan parte de las obligaciones derivadas de la paternidad y tutela encargando a un tercero el perfeccionamiento intelectual, moral y aún físico de las personas cuya guarda y dirección incumbe a sus representantes legales.

Es lícito que al contrato recurran padres y representantes para asegurar a sus hijos y pupilos una educación dirigida por personas idóneas con las que se conviene acerca del particular, y así surge una determinada figura contractual que, sin embargo, no ha merecido sino de manera muy fragmentaria y superficial, ser tratada por los especialistas (108). A la evidente indiferencia de los autores no debió ser ajena la consideración de la educación como actividad sobre la que el padre extendiera, desde antiguo, su imperio, realizada de ordinario en el seno de la familia, y las menos de las veces entregada totalmente a profesionales de la misma. Además, cuando la educación de los niños adquirió mayor importancia

(108) Hacemos excepción de la monografía sobre el tema, varias veces citada, de ROBEZ PAGILLÓN, y de un artículo, publicado en la *Revue Critique de Jurisprudence* (1931), *Le contrat d'éducation*, de CAMARLYNCK. Entre los tratadistas españoles, VALVERDE ha dedicado, con carácter específico, algunas páginas al contrato de educación, si bien, con mínimas agregaciones, recensiona el estudio de R. PAGILLÓN. CASTÁN alude al contrato, al reseñar la morfología de los contratos complejos.

en el campo jurídico fué, como hemos tenido ocasión de decir, cuando a impulsos de movimientos políticos se trató de integrarla en una actividad pública administrativa.

La realidad, hoy, nos muestra la importancia de considerar la educación desde el plano del derecho privado como actividad personal que puede ser materia de contratación. Una vez más se cumple la observación de que en todos los casos en que el derecho antiguo fijaba, irrevocablemente, la posición del hombre desde la cuna, el moderno permite crearla él mismo por contratos (109). He aquí que, en la cuestión que nos ocupa, la libre actividad del padre, superando las múltiples limitaciones que le aquejan, en orden a la educación de sus propios hijos, ha consagrado la posibilidad de realizar, con quien más conveniente estime, la formación de los mismos.

En nuestros días, el contrato, como amplio y generalizado receptáculo donde la voluntad adopta sus más variadas formas, la más importante determinación de la voluntad individual (110), facilita al padre, con ofrecimiento de garantías jurídicas, el cumplimiento de las obligaciones que le incumben, con respecto a los hijos. Sin embargo, la trascendencia misma de la función educadora, unida a una razón de garantía, objetiva en unos casos, parcial y partidista en otros, vino moviendo a los Estados hacia la creación y tutela de entidades públicas dedicadas a la educación. Y si al colocar como frontispicio de la Constitución francesa de 1791 la Declaración de Derechos de 1789 pudo leerse, en el título primero de esta última que «se creará y organizará una instrucción pública, común a los ciudadanos, gratuita en lo tocante a las partes de la enseñanza indispensables para todos los hombres...», nuestro *Fuero de los españoles*, en el art. 5 proclama el derecho a «recibir educación e instrucción, y el *deber* de adquirirlas, bien en el seno de la familia, centros privados o públicos, a su libre elección». Salvando las distancias, más ideológicas que de tiempo, que matizan ambas disposiciones citadas, obsérvese que una y otra muestran la preocupación del Estado en punto a la enseñanza de los ciudadanos. Si bien, la diferenciación puede establecerse en el sentido de que, a la radicalidad inicial, ha sustituido un régimen de *suplencia*; una especie de última *ratio* mueve a los Estados a intervenir directa y coactivamente en las tareas de la enseñanza (111), aunque sólo en los casos de indiferencia paterna hacia el cuidado inte-

(109) Vid. SUMNER MAINE, op. cit., parte esp., pág. 12.

(110) DUSI, *Istituzioni di Diritto civile*, t. 2, pág. 5, 5.ª ed.

(111) Consecuente la Organización de Naciones Unidas con estas directrices, en la *Declaración universal de Derechos del Hombre*, de 10 de diciembre de 1948, proclamó (art. 26) que *Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, por lo menos en lo que se refiere a la enseñanza elemental y básica. La enseñanza elemental es obligatoria. La enseñanza técnica y profesional debe ser generalizada; el acceso a los estudios superiores debe ser abierto, con plena igualdad, a todos en función de sus méritos. La educación debe tener at*

lectual, moral y físico de los niños. Por lo demás, los padres, aquello que tiene carácter supletorio lo consideran como medio ordinario, y envían con frecuencia sus hijos a centros mantenidos por el Estado, donde los niños reciben instrucción. Esto plantea el problema de cercionarnos si las relaciones nacidas entre educadores públicos y padres revisten carácter contractual, y si han de estar implicadas en el contrato de educación o, si por el contrario, la relación excede del marco de la contratación, quedando por ello fuera de nuestro estudio (112).

Observamos, en primer término, que la relación de educación, en la enseñanza pública, no queda establecida entre familiares y profesores, sino entre aquellos y el Estado; es éste quien, actuando por medio de sus órganos, realiza la oferta de enseñanza, en instituciones públicas, dirigida a los padres y tutores. La entrega de los niños a la entidad administrativa de enseñanza viene determinada por disposiciones de carácter estrictamente legal, pues «el Estado, en cumplimiento de sus deberes en orden al bien común, declara obligatorio un mínimo de educación primaria para todos los españoles. La enseñanza obligatoria llevará consigo la debida protección para aquellos escolares que en su pobreza no pudieran concurrir a las escuelas, sin asistencia de alimento y vestido, y hará incompatible en el niño de edad escolar, toda actividad que no sea la propia de su educación primaria. Por disposición especial se regulará esta obligatoriedad y se establecerán las sanciones en que incurran los padres o tutores de los escolares y las autoridades locales que no vigilen con celo la asistencia obligatoria a la escuela» (113).

La obligatoriedad de la instrucción, impuesta por el Estado, está referida, con exclusividad, a la denominada elemental. Para que tal imposición pueda realizarse, el Estado establece centros públicos de enseñanza. Habríamos de remontarnos a otras consideraciones para determinar si tal oferta estatal dimana, con carácter de necesidad, de la propia esencia y fines primarios del Estado o si, por el contrario, es obligación contraída a *posteriori* por la Administración a la vista de una necesidad públicamente sentida. Hacia esta última opinión parece decidirse UBIERNA cuando, tras advertir que por considerar fin principal o único del Estado

---

*pleno desarrollo de la personalidad humana y a reforzar el respeto hacia los derechos del hombre y sus libertades fundamentales. Debe facilitar la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y grupos raciales o religiosas, así como el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. Los padres tienen, por prioridad, el derecho de elegir el género de educación que ha de darse a sus hijos.*

(112) En lo que se refiere a la enseñanza pública, en especial a las relaciones de los padres con las entidades de educación, existe alguna bibliografía. Puede consultarse, por vía de ejemplo, la siguiente: NOUVEL, *L'enseignement considéré comme service public*. Toulouse, 1934; LACROIX, *La collaboration des familles et du lycée au point de vue éducatif*, en *Bulletin de l'Union National des Membres de l'Enseignement Public.*, dic., 1933; BOUQUER, *Essai sur la responsabilité civile des fonctionnaires de l'enseignement public.*, Dijon, 1913.

(113) Art. 12, Ley de 17 julio 1945.

el de definir el derecho estableciendo relaciones de carácter jurídico entre los distintos fines o manifestaciones sociales o de carácter técnico cuando por la misma sociedad fueran desatendidas, deduce que la enseñanza no puede considerarse como fin del Estado, sino como fin social (114).

Por su parte, ya POSADA había establecido la diferenciación, en el Estado moderno, entre fines políticos y fines sociales, señalando entre los últimos la instrucción pública. Partía del supuesto de la necesidad de la intervención del Estado en materia de enseñanza para concluir atribuyendo a esta última dos funciones; instruir y educar, las cuales, por constituir fin social de cumplimiento libre, como libre es el cumplimiento del derecho, eran entregadas a la actividad privada, interviniendo el Estado tan sólo para atender las deficiencias de la enseñanza privada o bien para acudir a los «descuidos y abandonos», fundamento éste, de la enseñanza gratuita y obligatoria (115).

Se tiende, pues, a la consideración social de la actividad del Estado en materia de educación, particularmente por lo que a instrucción primaria se refiere. Actitud intermedia, en el campo del derecho público, es la mantenida por BERTHELEMY, quien incluyendo la enseñanza entre los servicios facultativos del Estado, justifica la necesidad de la intervención administrativa mediante una triple consideración, puesto que, en primer término, se hace indispensable que ningún niño quede sin conocimientos elementales; de otra parte, el Estado se atribuye la vigilancia de establecimientos de enseñanza para ejercer un control de condiciones higiénicas; y, por último, se reserva así mismo la colación de grados (116). Como se observa, es ésta una actitud doctrinal tímida y conciliadora, en la que la función política viene a justificar el intervencionismo.

Ya en el camino del servicio público, netamente diferenciado, JEZE considera como tal a la enseñanza. Para este autor basta la adecuación a condiciones objetivas sin que al Estado asista en principio ningún poder discrecional de apreciación. JEZE señala la diferencia entre el que denomina servicio público de enseñanza privada, observando que las condiciones de educación son determinadas unilateralmente y por vía unilateral e impersonal por los agentes públicos; de ello concluye que no puede celebrarse entre padre determinado y determinado maestro público un contrato sobre el funcionamiento del servicio público para un alumno concreto (117).

(114) Vid. UBERNA, *La función docente del Estado*. Madrid, 1916, págs. 15 y sigs.

(115) Cf. *La Administración política y la Administración social*, Madrid. Ed. la España moderna.

(116) Vid. *Traité élémentaire de Droit Administratif*, París, 1920, págs. 818 y sigs.

(117) GASTÓN JEZE, *Principios generales del Derecho administrativo*, v. III, Ed. Depalma. Buenos Aires, 1949, págs. 31 y sigs.

De esta suerte advertimos cómo la enseñanza que el Estado procura, reviste carácter de servicio público y excluye, por tanto, su consideración como posible figura contractual. Según lo dicho no es admisible la sugestión de R. PAGILLON cuando apunta que, en la enseñanza pública, se mezcla extrañamente la noción de servicio con la de contrato (118). Y menos, la de VALVERDE, para quien la relación de enseñanza pública adopta formas de contrato de adhesión (119). Y ello porque, como ha hecho notar DEREUX, es errónea la opinión según la cual los contratos de adhesión se determinan por la sola voluntad del oferente (120). En consecuencia, al considerar nosotros el nacimiento de la relación de enseñanza pública, descartamos su naturaleza contractual, siquiera fuese de carácter adhesivo pues, en definitiva, sólo se produce, por causa de asenso paterno, una aceptación de condiciones prefijadas.

En conclusión, cuanto queda recogido determina la exclusión, para nuestro estudio, de la relación pública de enseñanza.

## 2. Los sujetos del contrato: el elemento activo de la educación

A. *Educadores*.—Resulta en extremo importante la personalidad de quien se dedica a la educación. Para llevar a término esa ardua tarea que, desde el punto de vista del educador ha interpretado certeramente ORTEGA Y GASSET como una serie de actos humanos que tienden a transformar la realidad en el sentido de un ideal, sacando una cosa de otra, convirtiendo la menos buena en otra mejor (121), la contextura humana del maestro habrá de ser excepcional pues, como observara SAUER, tiene que reunir en su persona los tipos de hombre ético-científico, social, religioso-moral y estético (122). En definitiva, la figura del educador vislumbrada entre todas aquellas humanas que cumplen un indudable fin social, es la que importa, tanto a la contemplación meramente sociológica como a la jurídica. Una vez más, recordemos la usual expresión de que no hay pedagogías, sino pedagogos.

Nos interesa dejar dicho que, en el genérico término *educadores*, como sujetos del contrato de enseñanza, han de quedar incluidos, tanto las personas físicas, como morales o jurídicas. Por otra parte, el maestro, esto es; la persona que transmite conocimientos, no configura por ello mismo y sin más, el sujeto del contrato que nos ocupa. Cuando, como

(118) Op. cit., pág. 8.

(119) Vid. su *Tratado de Derecho civil español*, 4.ª ed., t. II, pág. 758.

(120) Vid. *Des contrat d'adhésión*, en *Revue trim. de Droit civil*, año 1910, págs. 490-1.

(121) Cf. en *Personas, obras, cosas...*, su conferencia *La Pedagogía social como programa político*, 2.ª ed., Edit. Renacimiento, pág. 216.

(122) Vid. *Filosofía jurídica y social*, pág. 319. Trad. Legaz Lacambra. Ed. Labor, 1933.

al presente, hacemos referencia a educadores, tanto estamos aludiendo al educador privado individual, como a la entidad que, profesionalmente, con ánimo de lucro una veces, liberalmente o con fin benéfico otras, se compromete a educar a un niño. Queda así exceptuado, en el sentido que ahora nos interesa, el maestro dependiente de cualquier entidad dedicada a la enseñanza y ligado a ella por una relación de trabajo. En este caso el sujeto de la relación de enseñanza es la entidad colectiva, y la relación de ésta con el maestro de tipo interno.

Los tribunales franceses, a la vista de numerosos incidentes sufridos por los niños en el transcurso de su estancia en escuelas, colonias escolares, centros de beneficencia, deportivos, etc., han intentado fijar el concepto de educador, señalando dos notas, al parecer esenciales, cuales son las de vigilancia e instrucción.

ROBEZ PACILLON recoge un pronunciamiento de la Cámara civil, de 1891 según el cual el encargado de la vigilancia de un niño reviste el carácter de educador (123). A esta nota agregábase el carácter gratuito, o de buenos oficios, de la vigilancia. Tenemos, pues, en este sentido, que el mero cuidado del menor, realizado con oficiosidad desinteresada, podía encajar en la noción de educador. Posteriormente (124) los Tribunales refirieron la nota con exclusividad a aquellas personas que, profesionalmente, se encargan de la educación e instrucción de menores. Mas no se abandonó la posición primitiva y, dos sentencias, una dictada por la Corte de Caen, en 28 de julio de 1926, y otra por la de Rouen, de 5 de noviembre de 1924, se pronuncian en el sentido de entender por educador a toda persona que se encarga, a título oneroso o gratuito, de la instrucción, educación y vigilancia de los hijos. DEMOGUE ha puesto de relieve lo excesivo de este concepto. Comentando la sentencia de la Corte de Caen escribía «si la nueva jurisprudencia se consolida, resultará que el pariente, el amigo que alberga a los niños durante algún tiempo, estará encargado a título gratuito de la vigilancia, siendo por consecuencia responsable (125).

Después la misma jurisprudencia francesa ha evolucionado, y si primeramente entendió que la mera vigilancia del niño investía con el carácter de educador al encargado de ella, con posterioridad, rectificó. En ocasión de accidente acaecido en el seno de una entidad organizadora de cierta cantina escolar donde los niños, a la salida de la escuela en la clase de la mañana, quedaban hasta la de la tarde, una sentencia de la Corte de Lyon—de 31 de octubre de 1927—estableció que «el calificativo de educador no puede ser aplicado más que a la persona encargada de

(123) Op. cit., pág. 14.

(124) Vid. *Revue trim. de Droit civil*, año 1924, pág. 385.

(125) Vid. *Revue trim. de Droit civil*, año 1926, pág. 388.

la instrucción o educación de los niños al mismo tiempo que de su vigilancia».

Según lo anterior podríamos sentar, a la vista de lo que hemos dicho, estas dos proposiciones:

a) No es de admitir la exclusiva vigilancia del menor como atributiva del carácter de educador a quien de ella se ocupa, puesto que tal actividad no alcanza, en todo caso, la intelectual, característica de la educación, consistente en transmitir conocimientos, formar un carácter u ordenar una conducta.

b) Por educador se entenderá, aunque varíe la causa del contrato, tanto al sujeto que actúa a título oneroso como a título gratuito.

En efecto. Hay educadores que lo son a título gratuito, como las entidades benéficas, que se dedican a estos fines y que aceptan, normalmente, el compromiso de enseñar a menores cuyos padres o representantes les entregan con dicha finalidad, fiados en su prestigio, solvencia o garantía, dando nacimiento a una relación sin duda contractual, de la que a su vez dimanen obligaciones y derechos. El requisito de la remuneración por las enseñanzas dadas no se hace esencial para que el contrato quede configurado, para que produzca sus efectos y hasta se deriven responsabilidades para las entidades educadoras. La opinión de DEMOCUE, anteriormente recogida, descentra un tanto la cuestión; porque está construída pensando en parientes y allegados de los padres, resulta inoperante desde nuestro punto de vista, pues entendemos, sobre lo dicho, que el exclusivo cuidado material del niño, no puede ser valorado como tarea educadora. Aquí, la propia definición de *educar* facilita la argumentación. Los cuidados de carácter intelectual, o de carácter intelectual y material, se ajustan al contenido de la educación. Por consecuencia, no cabe admitir como educador al sirviente que limita su actividad a velar por la seguridad del menor. Si la enfermera, por ejemplo, que cuida al paciente, se hace sujeto de una relación de arrendamiento de servicios o de trabajo, similar puede ser la relación que vincula a una persona encargada de la estricta guarda de un niño; vendrá obligada a la prestación de cuidados materiales, mas su actividad ni siquiera roza cualquiera de las facetas que puede ofrecer el contrato de enseñanza, puesto que los caracteres de éste desbordan, con mucho, los normales cauces de un arrendamiento de servicios en el que, tal vez, pudiera encajar la figura del mero vigilante o cuidador material.

B. *La figura jurídica del educador.*—Sobre lo dicho anteriormente creemos que pueden enumerarse como notas que caracterizan la figura del educador, las siguientes:

1.º Educación del menor (que, en orden al contenido prestatario, se matizará con el encargo de vigilancia de la persona o sin él)

- 2.º Dotación de autoridad.
- 3.º Facultad disciplinaria.
- 4.º Responsabilidad del cumplimiento de la función o, cuando menos, de los medios dirigidos a tal fin.
- 5.º Responsabilidad de los actos del menor en tanto queda bajo su autoridad y custodia.

Cada una de estas notas, y todas en su conjunto, determinan la figura del educador a efectos, especialmente, de su inserción en el contrato de enseñanza, como sujeto del mismo.

Por otra parte, los caracteres señalados suponen otros tantos *derechos-deberes* cuya efectividad y consecuencias examinaremos en su momento.

C. *Especies de educadores.*—Caracterizada sucintamente la figura del educador, tratemos ahora de fijar sus especies, afirmando por anticipado que la sistemática no pretende ser exhaustiva. Cabe imaginar variedades tantas como *modos* de educar, y las personas dedicadas a estas tareas, pueden actuar en los más opuestos sentidos, incluso utilizando sistemas nuevos.

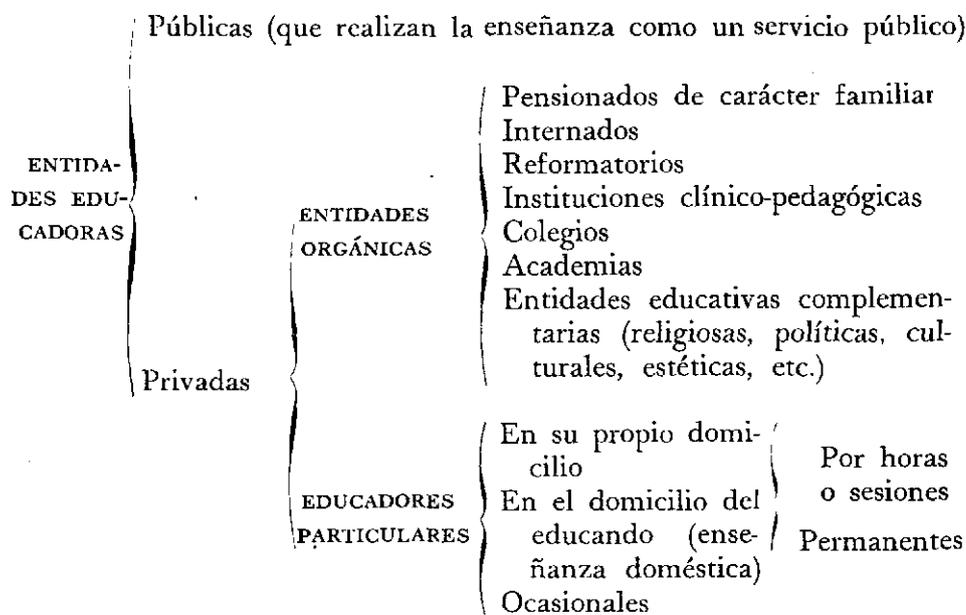
Lo dicho no obsta para trazar un cuadro a la vista de la realidad social de un tiempo dado, y de las entidades educadoras que dan, de ordinario, vida a esta importantísima función de enseñar.

En primer término nos encontramos con los educadores dependientes del Estado o Corporaciones de Derecho Público, que con el carácter de funcionarios o empleados prestan el servicio de la docencia. Estos maestros o profesores que bajo la dirección de las aludidas entidades actúan, no quedan vinculados contractualmente con los padres o representantes del alumno, puesto que la relación de estos últimos en materia de enseñanza, se produce con las propias entidades. Por ello, de los actos u omisiones del maestro, que impliquen incumplimiento de lo pactado en materia de enseñanza, responde ante terceros la entidad a cuyo servicio se halle, sin perjuicio de repetir contra el maestro productor del incumplimiento.

Se anota también la existencia de personas morales, que contraen la obligación de educar, directa y esencialmente frente a padres o representantes legales, con carácter privado, bien con ánimo de lucro o a título gratuito.

Además están los que denominamos educadores particulares: o sea, cuantas personas individuales, sin quedar sometidas a la prestación en el seno de empresa y mediante las más variadas formas, realizan funciones educativas.

Puede sintetizarse cuanto queda dicho en el cuadro siguiente:



En todos los términos de la clasificación pueden entremezclarse las notas de gratuidad o de lucro, y la educación general o referida a algún o algunos aspectos determinados.

Los intentos de clasificación legal son incompletos, pues la trazada por la Ley de 17 de julio de 1945 v. gr., es poco sistemática e insuficiente: atendiendo exclusivamente a los *tipos de escuela* recoge, entre otros, las escuelas públicas nacionales, de la Iglesia, de Patronato, privadas y extranjeras en España (126).

Nuestra clasificación coincide en lo fundamental con la tripartición que estableció el Decreto-Ley de 29 de junio de 1874, a saber: establecimientos públicos que excluimos de nuestro estudio, y entidades privadas, comprendiendo en estas últimas la que se denominaba, con indudable acierto, enseñanza doméstica.

En cuanto al concepto distintivo de cada una de las entidades catalogadas en los dos grupos fundamentales, no hay inconveniente en seguir al referido Decreto-Ley, que entendía que eran establecimientos públicos de enseñanza «los que están a cargo del presupuesto general, provincial o municipal, o reciben auxilio o subvención de los fondos públicos», y privados «los creados y sostenidos exclusivamente con los fondos parti-

(126) Arts. 24 a 28 de la Ley cit.

culares» (127), aunque quizá sea más precisa la nota de servicio público para los primeros.

D. *Aptitud legal de los educadores*.—Observamos ahora que, para que el contrato de educación produzca sus naturales efectos jurídicos, los sujetos han de estar investidos, sobre la genérica capacidad de derecho, de una cierta aptitud técnica que, a veces, exigen las leyes, a través de la necesidad de poseer ciertos títulos, y que otras veces queda a la estimación de los interesados.

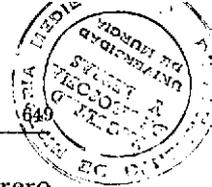
La posesión de tales títulos, si en unos casos resulta evidente por la concreta exigencia de la ley, en otros, dada la materia objeto de la enseñanza, escapa a la previa regulación jurídica. Y es que la persona del que enseña, se elige muchas veces prescindiendo de títulos administrativos que la facultan para la función, y por razón de confianza personal, sobre todo en los casos en que no se buscan resultados de tipo oficial. Una vez más, esa honda intuición psicológica que campea en los distintos textos de las Partidas, es digna de ser traída a consideración, para recordar que *Ayo tanto quiere dezir en lenguaje de España, como ome que es dado para nudrir moço, e ha de auer todo su entendimiento para mostrarle como faga bien. E dixeron los sabios que tales son los moços para aprender las cosas mientras son pequeños como la cera blanda, quando la ponen en sello figurado, porque dexa en el su señal. E por ende los Ayos deuen mostrar a los moços mientras son pequeños que aprendan las cosas segun couiene; ca entonces las aprenden ellos mas de ligero, quando las resciben en uno con la criança, y fincanseles siempre mas en la voluntad, para ses venir emiente* (128).

Esta cuidadosa y espiritual comunicación que en la enseñanza se pide, si ha de ser eficiente, en ocasiones no permite condicionar jurídicamente la figura del maestro. No obstante, la realidad, y aún más, la seguridad en el encargo mismo de función tan importante cual la educación, que trasciende al orden social, piden de consuno que la persona del maestro quede sometida en cuanto a aptitud y condiciones generales, a una serie de normas legales que garanticen el ejercicio de la función, y aún la posterior exigencia de responsabilidad.

Las que hemos denominado entidades orgánicas revisten capacidad de derecho a través de las normas que con carácter peculiar las regulan. En este sentido y por lo que se refiere a las de enseñanza primaria, su capacidad viene determinada por la Ley de 18 de julio de 1945. Los centros dedicados a la enseñanza media, denominados privados, se legiti-

(127) Arts. 2 y 7. Entendía por enseñanzas domésticas «Las que los alumnos reciben en la casa donde habitan no siendo de pensión» (art. 8). Y el Decreto-Ley de referencia consideraba casa de pensión «aquella donde vivan más de cuatro alumnos que no tengan parentesco entre sí ni con el cabeza de familia».

(128) I. II, T. XX, P. 4.<sup>a</sup>



man mediante la observancia de los preceptos de la Ley de 26 de febrero de 1953. Y, en general, aquellas actividades de instrucción que escapan a estas normas fundamentales, por la legislación que las permita y, en su defecto o por inexistencia de ella, por la autoridad administrativa que las autorice.

Mención especial merecen las escuelas y, en general, entidades docentes servidas por la Iglesia, asociaciones o Comunidades religiosas. El carácter de persona moral que el *Codex Iuris Canonici* (129) atribuye a la Iglesia, conferido igualmente a las denominadas *personas menores*, bien con carácter *ad nomine* o *a iure*, ha de ser admitido, en nuestra Patria, en razón del artículo 38 del Código civil cuyo texto, como es sabido, ha dado lugar a los más diversos términos de apreciación. En el orden de la enseñanza ya hicimos, en su momento, referencia a las disposiciones canónicas pertinentes y que aquí damos por reproducidas. En cuanto a su personalidad jurídica civil, su existencia es obvia, siempre que tales entidades se hayan constituido dentro de la jerarquía eclesiástica y según las disposiciones canónicas de aplicación.

Su capacidad para intervenir en el contrato de educación les vendrá atribuida por sus Constituciones o Estatutos, y personalizada en el rector o superior del centro, el cual, a su vez, ostentará la representación de la Comunidad—en el caso de religiosos—. Sin embargo, dado el generalizado y tradicional sistema de representación; ínfima, media y suprema, estimamos que el ejercicio de acciones nacidas del contrato de educación procede contra el superior que gobierne el establecimiento docente de que se trate. Por lo demás, su capacidad, según el tipo de instrucción, queda en España determinada por la legislación especial.

La capacidad de ejercicio de los denominados educadores particulares, casi escapa a una regulación legal absoluta. Para aquellas enseñanzas cuya finalidad busca, entre otros objetivos, una revalidación oficial, la capacidad aludida dependerá de la legislación especial vigente en materia de instrucción pública. La Ley de 18 de julio de 1945, sin embargo, parece ignorar la existencia de educación particular. Por lo demás, establece que el maestro de enseñanza elemental habrá de estar en posesión del certificado o título correspondiente acreditativo de haber cursado determinados estudios en Centros de enseñanza media (130).

Con las observaciones que quedan hechas parece estar determinada jurídicamente la aptitud para ser educador. Mas no es suficiente. De entender como transferible la obligación paterna de educar, habrá de admitirse que, a su mera transmisibilidad marchan unidas las diversas posturas que la hacen posible. En este caso, el educador recibe, y ya tra-

(129) Canon 100.

(130) Art. 58.



taremos de averiguar en concepto de qué, una serie de facultades que en él deposita el padre o representante del educando. Convengamos, a la vista de lo dicho, que no todo educador, si nos ceñimos a las reglas genéricamente establecidas por las leyes de enseñanza, se puede considerar *a priori*, apto para la recepción de las diversas facultades paternas.

Por ello, y con respecto a la capacidad de los educadores privados, tanto los que se constituyen en empresa orgánica como los individuales, es de concluir que la aptitud legal les es atribuida por doble conducto: de orden estrictamente civil, en lo que se refiere a la capacidad genérica; y administrativa, en cuanto han de reunir los requisitos que, en ciertas modalidades de enseñanza, la legislación especial exige.

Finalmente y por lo que atañe a los educadores que hemos denominados benévulos u ocasionales, indiquemos que los mismos pueden realizar determinadas enseñanzas, sin título ni condición oficial: pensemos, por ejemplo, en las enseñanzas domésticas, de idiomas, etc.

E. *¿El educador es un representante del padre?*—Se hace necesario investigar sobre la razón legitimadora de la actividad del educador, esto es, indagar a virtud de qué titularidad jurídica el maestro, el preceptor, la entidad de enseñanza, etc., actúan sobre la voluntad y la inteligencia del educando. La investigación es necesaria tanto para delimitar las facultades atribuidas al educador como para conocer el alcance de sus responsabilidades (131).

Por lo común los autores, de modo incidental, tanto al estudiar la responsabilidad del maestro como el título en virtud del cual actúa éste, no han dudado en considerar al educador como *delegado* de los padres (132). Estas aseveraciones vienen a implicar la existencia de un contrato de mandato. En este sentido se pronuncia ROSIGNOLI cuando, al dar a la delegación un alcance restrictivo de facultades, indica que los educadores son tan sólo delegados de los padres, representando su autoridad (133). AZZARITI, por su parte, parece determinar más concretamente la idea del mandato cuando escribe que si el padre había confiado el encargo a un maestro privado o a una institución de enseñanza, tal delegación puede ser revocada siempre, siendo de su facultad el proveerla de modo diverso (134).

De la misma opinión participó FORTI, aunque sus observaciones res-

(131) Desde el punto de vista de la responsabilidad del educador, han admitido la tesis de la *delegación* de la potestad paterna diversos autores. Vid. por ej., BOURGUIGNON, *De la responsabilité des instituteurs au point de vue du droit civil*, París, 1908, pág. 41; SOMBAT, *Traité de la responsabilité* París, 1887, t. II, n.º 877. Cf., igualmente, DRUGUE, *op. cit.*, t. V, n.º 854, y DEMOLOME, *Cours du Code Napoleon*, París, 1882, t. XXXI, n.º 609.

(132) En general, así lo aprecian los juristas católicos y, de modo concreto, los canonistas. Vid., por eje., OBOVNE, *op. cit.*, pág. 58.

(133) Vid. *op. cit.*, pág. 269.

(134) *Op. cit.*, pág. 969.

ponden más a una preocupada contemplación de la realidad obligacional de la educación, pues este autor admite que el padre puede *delegar parte de sus funciones* en el maestro, si bien, *cualquiera que sea esta obligación* no es perpetua y, desde luego, revocable a voluntad del primero (135).

Con las referencias dadas reflejamos la actitud doctrinal más corriente con relación al problema. Existe, por lo general, coincidencia en admitir una delegación de poderes paternos. Y alguna opinión contraria, como la expresada por PLANIOL-RIPERT, está construída contemplando a los educadores públicos los cuales, al decir de los autores citados, no pueden ser considerados, sin dificultad, como delegados del padre, sometidos, por tal concepto, a la supervisión del mismo (136), pues si acaso habría que intentar explicar la delegación sobre el propio Estado. Por lo demás, la delegación, tanto en un caso—educadores públicos—como en otro —privados—no es, en nuestra opinión, admisible.

En primer lugar veamos qué se pretende explicar con el vocablo *delegación*. En el sentido usual, supone transferencia de actividad humana de cualquier índole, quizá inclinada a la inmaterial. El Derecho, en su rama pública, utiliza la expresión en algunos de sus sectores. Así, el Derecho procesal regula la *delegación* de funciones judiciales; el Derecho administrativo admite la delegación de funciones de autoridad o gobierno; ampliamente, el Derecho político recoge esta idea en el seno de las doctrinas que constituyen la realización de funciones estatales. Mas, en el orden jurídico privado, viene utilizándose, tradicionalmente, el vocablo *delegación* en materia de obligaciones, y de modo concreto, en la transmisión, como una de las formas de sustitución del deudor, en donde se conoce, junto a la categoría de la *expromisio*, la de la *delegatio*. Y no hallamos, en las instituciones de Derecho civil, fuera de la indicada, ocasión alguna en que por aceptación generalizada, se haya admitido con expresividad definida y contenido específico, la palabra *delegación*.

Por ello, cuando algunos autores, al tratar, siquiera, incidentalmente, las relaciones entre padres y educadores hablan de una delegación de potestad o autoridad, realizada por los primeros en favor de los segundos para que éstos, a su vez, realicen funciones educadoras, no podemos por menos de advertir:

- a) Que la expresión nos parece, sobre incorrecta, vaga e indefinida.
- b) Que, por lo demás, pensando en la intención de quienes la utilizan, quizá tanto valga delegación como *representación*.

(135) Cit. por STORNI en *Diritto di famiglia (Diritto civile)*, Torino, 1921, v. 5, pág. 533.

(136) Op. cit., v. 1, pág. 348, y GILLES, cit. allí.

c) Que, admitido así el uso, su equivalencia a una de las especies del mandato resulta evidente.

d) Que, en nuestra opinión, no se produce en la relación padre-educador, o tutor-educador, la figura del mandato, con o sin representación.

Para alcanzar esta última conclusión recordemos que en la primera parte de nuestro trabajo hubimos de sentar la premisa de que la patria potestad venía entendida como obligación impuesta a los progenitores en aras del bien social. Esta obligación atinente de modo directo e inmediato a las relaciones de familia, tiene un carácter intransmisible e irrenunciable. La jurisprudencia así lo ha venido a apreciar, y en una sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 24 de junio de 1931, excluyó del principio de renunciabilidad que contiene el art. 4 del Código civil, tanto a la patria potestad como al régimen familiar pues, abundando en la consideración de que tales facultades se entregan por la ley en razón de la persona, estimó que el derecho de familia está radicalmente separado, en nuestro ordenamiento jurídico, de la órbita de disposición privada.

Tampoco podría entenderse la existencia de una representación, toda vez que la misma, en el orden civil, tiene por objeto la realización de actos jurídicos, y no se corresponde con la actividad puramente material del educador. Por lo demás, éste último, una vez que el padre le ha señalado la finalidad de la educación propuesta, queda dotado de amplias facultades, de holgados medios para realizar el encargo recibido, a diferencia del margen de poderes que, de ordinario, recibe el mandatario, representante voluntario, pues como ha observado LENEL, dicho obligado actúa con definida subordinación al mandante, sin que el juego del libre arbitrio en la realización del encargo, se produzca más que dentro de estrechos y predeterminados moldes (137). Aplicar esta doctrina al educador dificultaría en grado sumo el cumplimiento de su tarea.

*F. La sustitución personal del educador.*—Por último, destaquemos la nota que, a nuestro juicio, distingue, diferenciándola más aún, la actividad educadora, derivada de contrato, de la del mandatario, en atención a una facultad peculiar a este último, cual es la de nombrar sustituto. Esta posibilidad es admitida unánimemente por la doctrina y por los Códigos; el español, en su art. 1.721 la establece con carácter de generalidad, salvo prohibición expresa del mandante.

Pues bien, excediendo más aún el carácter personalísimo y de confianza que matiza al contrato de mandato, el de educación no tolera, dada la peculiaridad de su causa, la admisión genérica de la sustitución. Cuando se encomienda a una persona determinada la educación de un niño se transfiere, por el oferente, no sólo una realidad tangible—la persona

(137) O. LENEL, *El mandato retribuido*, en *Rev. D. Priv.*, t. 4, pág. 112.

del menor—sino algo más decisivo; la formación intelectual y moral del mismo. Ello únicamente se hace pensando en persona determinada y concreta sobre la cual se deposita toda la confianza, o bien en entidad orgánica reconocidamente seria y solvente. Así, lo que en el mandato constituye la regla general, en la educación es excepción, y viceversa. La cuestión quizá no se planteará en igual grado en los denominados educadores orgánicos como en los particulares. En estas últimas situaciones el padre no prevee, de ordinario, la eventualidad de que el educador transfiera, con carácter quizá circunstancial o tal vez permanente, a un tercero, el encargo que a él se le hizo. De admitir la existencia de una delegación, al concretar esta expresión en la figura jurídica del mandato, no quedaría otro remedio que entender dicha transferencia o sustitución como legal, por aplicabilidad de la doctrina del art. 1.721 del Código civil, produciéndose entonces, una situación que no dudamos en calificar de poco adecuada a la finalidad que se persigue. E invocar la posibilidad de ejercicio por parte del padre perjudicado de la acción que contra el mandatario contiene el artículo citado, vendría a evidenciar, más aún, las diferencias de fondo que distinguen los dos supuestos, toda vez que las consecuencias de los actos del educador, dada la peculiaridad del negocio serían, por lo general, irreparables.

### 3. Los sujetos del contrato: el elemento pasivo

Entendemos por sujetos pasivos del contrato a los que reciben la educación o contratan la recepción para otro.

Veamos ahora qué personas son jurídicamente capaces para contratar la educación de menores o incapacitados, puesto que los plenamente capaces que contratan para sí, no presenta problemas específicos:

a) En primer lugar, los padres; concretamente, el padre, como titular de la patria potestad, y en su defecto, la madre.

b) El tutor, por cuanto se le atribuyen deberes de asistencia familiar (art. 264-1.º del Código civil) si bien sus facultades de orden dispositivo vienen condicionadas, en cuanto a dación de carrera u oficio, por lo que, en su día, hubiese sido resuelto por los padres (art. 269-2.º Cód. civil).

c) El adoptante, ya que adquiere, sobre el adoptado, los derechos derivados de la patria potestad (art. 154 Cód. civil).

d) Las entidades públicas con respecto de los niños acogidos en ellas (art. 212 Cód. civil).

e) El Estado.

A. *Especias referencia a los padres.*—En términos generales, hemos apuntado cómo la obligación de educar, derivada de la potestad, incum-

be a los padres, si bien éstos pueden hacer transmisión de la primera, para realizarla, a los educadores. Por análogas razones, los representantes legales de menores, a quienes también incumbe dicha obligación, resultan investidos para realizarla de idénticas facultades, al respecto, que los progenitores.

Por vía de excepción, y prescindiendo de aquellos específicos casos que se refieren a discrepancias conyugales en materia de educación desde el punto de vista religioso, ya estudiados anteriormente, en el orden civil, corresponde a la madre el ejercicio de la potestad—y en consecuencia adquiere facultades para contratar la educación—en aquellos casos en que el padre pierde su ejercicio, a virtud de sentencia firme recaída en causa criminal, que le imponga tal pérdida como pena; cuando, también, mediando sentencia firme en pleito de divorcio, así se declare mientras duren los efectos de la misma; en los casos de incapacidad y ausencia, declaradas judicialmente por interdicción (art. 171 Cód. civil).

El Código penal prevé las actividades delictivas que tengan por objeto el daño material o moral de los hijos, y en su vista, establece un doble sistema de punición, según la peculiaridad de la transgresión. Por lo que al presente nos interesa, observemos que, de una parte, sobre la sanción penal estricta—tal en los delitos de abandono de familia y de niños, contenidos bajo esta rúbrica en el Capítulo III, Libro II, título XII de nuestro Código penal—facúltase al Tribunal para «acordar en todo caso la privación del derecho de patria potestad (art. 487, prf. 2), y de otra—faltas contra las personas, al Título III, Libro II)—se plantea la posibilidad de que el padre, en razón de determinadas facultades penales, pueda ser suspendido en el ejercicio de sus derechos de guarda y educación del menor (art. 584, 12-2.º). En ambos casos la madre recoge, por decisión legal, el derecho de educar, y con ello queda legitimada para contratar la enseñanza del hijo.

En relación con esto se plantea un problema. El marido administra los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario y lo dispuesto en el art. 1.384 (art. 59, parf. 1.º del Código civil). Sobre la hipótesis normal de la sociedad legal de gananciales, aún en el supuesto de que la esposa retenga la administración de los bienes parafernales, los frutos de estos forman parte de la sociedad conyugal, y están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1.385 del Cód. civil).

Si se dan los supuestos de pérdida y suspensión de la patria potestad, o de los derechos de guarda y educación, la mujer debe de tener por ministerio de la ley, las facultades que a tales derechos son inherentes, pues lo contrario sería oponer a una norma de derecho su propia ineficacia. Pero es de advertir que, concretamente, para actuar la educación del hijo precisa la madre acudir, por lo común, a educadores profesionales con



quienes pactar, con carácter oneroso, la instrucción o educación pretendida. En esta situación, el problema adquiere importancia en el orden económico familiar: ¿Cómo obligar la mujer a la sociedad conyugal cuya administración sigue reteniendo el marido y cuyas rentas sólo, en los casos normales, pueden ser empleadas por el esposo?

En una primera hipótesis, los Tribunales que decretaron la pérdida de la potestad o la suspensión, pudieron tener en cuenta la dificultad creada, y haberla resuelto en la sentencia de privación, puesto que la última parte del art. 171 del Código civil dispone que «en estos casos podrán asimismo privar a los padres total o parcialmente del usufructo de los bienes del hijo, o adoptar las providencias que estimen convenientes a los intereses de éste».

Naturalmente, ante esta decisión en que el Tribunal obra potestativa y discrecionalmente, con libre arbitrio (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1923, 17 de marzo de 1928 y 24 de junio de 1931) quedaría solucionado el problema si se fijaba la cantidad que el padre venía obligado a sufragar o a entregar a la madre para la educación del hijo. Queda legitimada la madre con respecto a los terceros con el testimonio de la sentencia, y sin necesidad de la licencia marital para contratar la educación de los hijos, pues con una interpretación racional y progresiva del artículo 61 del Código civil cabe entenderlo así, como una de las excepciones establecidas por la ley, ya que es un efecto normal del propio artículo 171, cuya finalidad se vería burlada de otra suerte al hacer al marido árbitro en una situación en la que él resulta culpable.

No hay que olvidar que el Tribunal Supremo ha declarado al respecto que «los preceptos de los artículos 61 y 62 del Código civil se refieren a las situaciones normales del matrimonio, no rigiendo en los casos de necesidad extrema o de acontecimientos imprevistos, porque entonces, dada su urgencia, el principio general a observar es que cuando resulte imposible obtener la legal autorización, la representación necesaria recae *ipso facto* en la mujer, y entonces ésta es perfectamente capaz para contratar» (Sentencia de 19 de mayo de 1934).

En una segunda hipótesis se puede producir la pérdida o suspensión de la potestad del padre o de los derechos de guarda y educación, que pasen estos a la madre, y que el hijo tenga en su peculio bienes a él donados o legados para los gastos de educación o instrucción. Tales bienes corresponden en propiedad y usufructo al hijo, y son administrados por los padres, si en la donación o legado no se hubiese dispuesto otra cosa (art. 162 Código civil). En este caso no dudamos en afirmar que tal administración debe ser transferida a la mujer la cual, desde luego, podrá disponer de los bienes referidos para sufragar la educación. Puede por tanto,



válidamente, obligarse como administradora de dichos bienes, y el contrato de educación no quedará viciado por incapacidad de la madre, por no necesitar de la autorización marital, conforme hemos dicho en la hipótesis anterior.

Es la tercera hipótesis el caso de pérdida o suspensión de la potestad del padre, que la madre recoge, sin que el hijo tenga peculio alguno y sin que los Tribunales provean sobre el régimen económico. Los gastos de educación deben ser atendidos con caudales procedentes de la sociedad conyugal. Pero como la administración de éstos sigue correspondiendo al marido, ¿cómo realizar la mujer el contrato de enseñanza para cumplir una de las funciones de la potestad que le ha sido transferida?

La dificultad en este caso es mayor.

Con respecto a la capacidad de la mujer, podemos aplicar sin violencia el principio sentado en los dos casos anteriores. Mas sin quebrantar los postulados fundamentales no podemos llegar a concluir que la mujer pueda directamente obligar los bienes conyugales. Esto se infiere del propio art. 171 y del último párrafo del art. 14 de la Ley de 13 de diciembre de 1940 sobre Tribunales Tutelares de Menores: «Los acuerdos de los Tribunales de Menores en que se suspenda el derecho de los padres o tutores, sólo se referirán a la guarda y educación de la persona del menor y *no producirán efectos civiles en cuanto a los bienes*».

Lo que pasará en este supuesto es que el padre, conforme al artículo 155 del Código, número primero, podrá ser compelido al abono de los gastos de la educación contratada por la madre, en cumplimiento del deber alimenticio que a aquel incumbe, aunque no más allá de las disponibilidades fijadas con arreglo a la fortuna o situación de la familia.

*B. Situación del emancipado.*—Hemos de considerar a los emancipados que, viviendo con sus padres, precisaran recibir, mediante contrato, enseñanza.

Cuando la emancipación es de quien sin haber alcanzado la mayoría de edad civil, obtiene el beneficio de la *venia aetatis*, la emancipación, es sabido, habilita al menor para regir su persona o bienes como si fuese mayor (art. 317 del Código civil) con límites, sin embargo, de carácter marcadamente económico y conducentes a procurar al emancipado una eficaz protección de sus caudales.

Por consecuencia, cabe entender que, a efectos de recibir enseñanza determinada, educación genérica o elegir carrera o profesión que exija cierta preparación teórica, el emancipado es libre en absoluto y no tiene, al respecto, la menor dependencia de sus padres; puede orientar por sí mismo su propia instrucción. Mas pensemos que ésta es realizada, en todo caso, mediante el contrato que estudiamos, el cual, si bien puede revestir carácter gratuito, su onerosidad viene a integrar, de ordinario, uno

de sus elementos. El emancipado que obtuvo capacidad de derecho para regir sus bienes como si fuera mayor, sólo y con respecto de los mismos está afectado por la limitación de precisar consentimiento de los padres o tutores para tomar dinero a préstamo, gravar o vender inmuebles. De las rentas de los mismos así como de los bienes muebles, dispone con entera libertad. Por lo dicho, sólo en el caso de que como contraprestación del contrato enajenara directamente sus bienes raíces, existirían límites a su capacidad que requeriría la colaboración suplementaria de las personas referidas.

Por otra parte, la emancipación, sea por concesión o por mayor edad, puede producirse sin que se altere la convivencia familiar bajo la dirección del padre; el que alcanza la emancipación queda, de ordinario, viviendo en casa de sus padres, sometido al régimen familiar que el progenitor determine, conservando en la jerarquía doméstica su rango filial. En estas circunstancias, cuando el padre contrata la educación del hijo, salimos del ámbito legal familiar, y los efectos de semejante intervención habrán de explicarse como estipulaciones en favor de tercero, o como gestión de negocios ajenos sin mandato.

Sólo en el caso de las hijas de familia menores de veinticinco años que sigan en la casa paterna, conforme al artículo 321 del Código, podemos entender que el padre o la madre gozan de las plenas facultades educativas.



## VII

## CONTENIDO DEL CONTRATO: FACULTADES

**1. Generalidades**

El contrato de educación tiene un objeto que viene determinado por la acción de educar, o sea, el propósito de instalar conocimientos de cultura, socialidad, preparación técnica determinada, etc., en el educando. La causa del contrato estriba, de una parte, en las razones económicas o de mera liberalidad que muevan al educador, y de otra, en la realización por éste de la actividad necesaria para la propia función educativa. Objeto y causa deben ser tenidos en cuenta al realizar el estudio de las facultades que corresponden a las partes contratantes de la educación.

**2. Facultades atribuidas al educador**

*A. Respecto de la persona del educando.*—Las facultades de quienes educan son de un doble orden, según se refieran a las conferidas sobre la persona del educando o en función del otro contratante, representante del niño.

Corresponde en primer lugar, el examen de aquellas que le son atribuidas al educador y están directamente en conexión con el cumplimiento de su tarea. Son:

- a) Facultad educadora.
- b) Facultad correctora.
- c) Facultades derivadas del cuidado material del menor.

a) *Facultad educadora.*—En ésta quedan incluidas las posibilidades que se le confieren al maestro para realizar su función según dictados de

su ciencia y preparación pedagógica. En este punto, la delicadeza de la cuestión es por demás conocida. A su tiempo hubimos de anotar, al respecto, las facultades que al padre corresponden en orden a la educación del hijo; a lo dicho entonces hacemos remisión para evitar repetirlo aquí. Teniendo esto en cuenta advertimos, sin embargo, que esta facultad educadora atribuída al maestro se desenvuelve libremente dentro de los límites que *a priori* fueron determinados por los contratantes y que, naturalmente, nunca podrán anular la necesaria independencia de quien enseña: El educador tiene facultades suficientes para actuar en la persona y mente del niño con la holgura que su profesión requiera. Y en términos generales, siempre que se dé una actividad adecuada al propósito que impulsó al padre o tutor a entregar al niño al educador, éste habrá cumplido su misión teniendo en cuenta que su obligación es de medios y no de resultados.

b) *Facultad correctora.*—Es indudable que la eficacia de un sistema educativo estriba, en esencia, no tanto en la actividad disciplinaria del maestro como en la dación de conocimientos que seduzcan la mente del niño. No obstante resulta innegable, por encima de generalidades de carácter teórico que, a veces, la función educativa requiere al imposición de correctivos que, en medida prudente, coadyuven a mantener en el niño el sentido del buen obrar, siquiera por vía repressiva. Esta facultad, atribuída por el Código civil—artículo 155-2.º—a los padres y cuyo ejercicio, según doctrina del Tribunal Supremo, ha de ser mantenido dentro de los límites de la prudencia, la moderación y los sentimientos de humanidad, es una de las funciones de la potestad cuyo ejercicio puede ser transferido al maestro por los padres, siquiera de modo implícito al formalizar el contrato de enseñanza.

c) *Facultades derivadas del cuidado material del menor.*—Tanto como obligación, puede entenderse la guarda y vigilancia como facultad atribuída al educador—en ciertos supuestos— en función de un fin de enseñanza. Para que la educación se realice en su plenitud, el maestro recibe la persona del niño, y actuando sobre ella suplente, en los períodos de tiempo estipulados, la directa e inmediata función paterna en orden a la vigilancia. Es, esencialmente, en los sistemas de internado, cuando el educando es confiado con cierta permanencia al educador, donde la función de éste se cumple en gran parte mediante el ejercicio de la facultad de vigilar al escolar, guardarle de cuantos riesgos le acechen y, en definitiva, orientar su educación mediante un sistema de permisiones y prohibiciones, no sólo en los períodos de tiempo dedicados a la estricta instrucción, sino durante los de permanencia en la institución educadora. En este sentido la vigilancia del menor cumple la finalidad educativa, recortando la libre e inconsciente determinación del niño.

*B. Frente al contratante de la educación* (138).—Corresponde al educador, por causa de contrato, el ejercicio de otro grupo de facultades que se dirigen, directa y exclusivamente, a la persona que contratara sus servicios. En definitiva, es el normal y conveniente cumplimiento de la obligación contractual lo que estas facultades preveen, y entre las que pueden destacarse:

- a) Pago de honorarios.
- b) Pago del material utilizado para la instrucción y mantenimiento, en su caso, del niño.
- c) Exigibilidad de indemnización por daños ocasionados por el educando.
- d) Reenvío del educando en supuestos de enfermedad.
- e) Rescisión del contrato, sin lugar a indemnización, en aquellos casos en que por anormalidad del educando u otra causa que lo justifique, ocultadas por el representante del educando al educador, éste o la institución educadora puedan sufrir menoscabo en su prestigio, o constituya amenaza física o moral para los demás educandos.

a) *Pago de los honorarios pactados*.—En los supuestos de enseñanza retribuida, la naturaleza misma del contrato impone la norma de que el pago de la obligación se realice mediante prestaciones parciales (139), adecuándose, sin obstáculo, el sistema a la previsión contenida en el Código civil—artículo 1.967. Por consecuencia, el pago se realizará en períodos de tiempo libremente determinados por la partes y en la forma que se estipule, rigiendo, por lo demás, las normas legales correspondientes al mismo y que el Código civil determina. La exigibilidad del pago se actúa en la persona del contratante y, en su defecto, por posterior incapacidad, fallecimiento o ausencia, en la de quien legalmente le sustituye en la representación del menor (140).

De manera más particular examinaremos las cuestiones que el pago suscita en el correspondiente estudio de las obligaciones contraídas por el padre o representante del educando.

b) *Pago del material utilizado para la enseñanza*.—En el plano teórico, y como cuestión previa, cabe plantear la de si tanto el material utili-

(138) Aun siendo de esencia y características del contrato de educación las prestaciones del educador, reseñamos en este epígrafe un grupo de facultades que, por lo común, juegan en la relación jurídica que nos ocupa; en especial, hacemos referencia a las derivadas de la peculiaridad del contrato oneroso. En suma, no serán las catalogadas, facultades *específicas* del educador, ya que el derecho a exigir la contraprestación es común a todos los contratos onerosos, mas si se tiene en cuenta, tanto la reseña ofrecida como la *especialidad* en este caso de las facultades examinadas, el epígrafe y su contenido quedan justificados, en nuestra opinión.

(139) Llamamos la atención, en especial, sobre los contratos pactados por tiempo indeterminado; en ellos el pago, por la naturaleza misma del pacto, habrá de realizarse en fraccionados períodos.

(140) Contemplando el aspecto pasivo del pago, a él aludiremos en el lugar correspondiente al estudio de las obligaciones contraídas por el padre o representante legal del educando.

zado para la enseñanza como la manutención del educando, presuponen otras tantas relaciones obligatorias con causa independiente, típica, que pueda darse, o no, en el contrato de educación. Conviene recordar que algunas de las facultades inherentes al educador, pueden no ser de *esencia* del contrato. Sin embargo, la normal posibilidad de ciertas prestaciones vinculadas al acto de enseñar, exige el estudio y reseña de las más usuales. Por otra parte, al acometerlo hemos considerado que, precisamente, la *causa* de ciertas prestaciones debidas por el educador, está subsumida en la *causa* misma del contrato de enseñanza, y hasta tal punto que las obligaciones derivadas de aquella lo son en cuanto consecuencia de la genérica de educar.

A modo de auxiliares materiales de la enseñanza, el educador ha de valerse de elementos reales, objetos que se requieren para que la finalidad se realice, ayudada, metodizada y aún racionalizada por la utilización de los mismos. En estas líneas nos referimos a la dotación o el préstamo de libros de texto, utilización de material de escritorio, piezas y muestras, gabinetes de experimentación, bibliotecas, salas de historia natural, útiles científicos, utillaje complementario escolar, efectos deportivos y para juegos, etc., material fungible o no del que se dota al educando atribuyéndole la propiedad unas veces, otras, el uso y disfrute.

Este material vario, aportado por el educador para el mejor cumplimiento de sus fines, al ser utilizado por el educando se convierte en objeto de relación jurídica inscrita en el ámbito genérico del contrato de educación. Puede este material quedar adscrito al educando mediante la simple transferencia del mismo, o bien facilitándole su uso con reserva de dominio por parte de la institución y mediante pago de la utilización.

Para el primer supuesto, cual es la atribución de libros de texto, mapas, material de escritorio, etc., del pago de todo este material se hace deudor el representante del niño, significándose así, quizá, un matiz adhesivo del contrato de educación. La causa de la deuda viene determinada porque la educación se instrumenta de ciertos útiles que, al ser aportados por el educador (141), convierten a éste en acreedor al pago de los mismos.

En el segundo supuesto, la utilización de material comporta tanto el pago del alquiler del mismo como de la consunción que del material se produzca en los casos de consumibilidad. Igualmente percibe dicho pago el contratante de la enseñanza y se realiza por causa de la misma, aun-

(141) Podría discutirse aquí la *causa* independiente de estas prestaciones. Ello, sin embargo, excede de la línea, más simple, trazada en el epígrafe que redactamos; trátase, ahora, de reseñar situaciones planteadas por una inicial relación educativa.

En verdad que, tal vez, estemos adentrándonos en el complejo que la doctrina germana ha denominado «unión de contratos con dependencia recíproca», puesto que, en puridad, las prestaciones referidas en el texto se producen *con motivo* de la relación jurídica de enseñanza.

que quepa la distinción entre la remuneración de la estricta actividad intelectual y cuidados materiales del educador, y el del material utilizado como medio real para que la función de enseñanza se produzca.

c) *Exigibilidad de indemnización por actos del educando.*—Este derecho se conjuga con el que examinaremos en el apartado a) de este mismo epígrafe.

Prevee la posibilidad de que los representantes del niño pacten la educación de éste sin consignar, por negligencia o malicia, situaciones personales del menor que afecten a su comportamiento y tengan repercusión externa. Un niño anormal puede ser entregado al educador, sin duda mas habrá de hacerse mención de la tara que obnubila el discernimiento del educando. En otro caso, el educador no podría cubrir un riesgo cuyo más o menos remoto origen desconoce, y por ello puede descuidar la aplicación de los medios necesarios a su evitación.

Sin duda habrá de entenderse que la consecuencia de actos dañosos producida por la actividad de un menor cuyas circunstancias personales, predispóniéndole al daño, fueron ocultadas por el contratante al educador, no pueden recaer sobre este último. De esto trataremos más adelante.

d) *Reenvío del educando en supuestos de enfermedad física.*—Se refiere esta facultad a los casos de enfermedades, tanto congénitas como adquiridas, de carácter permanente no previsto, de tratamiento especial, de carácter contagioso, etc. Al respecto cabe también la apreciación de dos posibilidades:

a) Que el escolar fuese víctima, con conocimiento de sus representantes, de una enfermedad de los caracteres indicados en situación larvada u oculta para terceros, y cuya circunstancia no hubiese sido declarada al educador al concertar la enseñanza.

b) Que el escolar adquiriera, en el transcurso de su educación y no por manifiesta negligencia de la entidad escolar, una dolencia o enfermedad cuyo cuadro clínico permita prever una curación diferida en el tiempo, con necesidad de tratamientos especiales.

Exceptuamos de estos casos, los referidos a accidentes escolares cuya causa se violenta; más adelante haremos su consideración jurídica.

La facultad de reenvío del enfermo se fundamenta en la situación personal del mismo, así como en la de la entidad educadora. En el caso de que el escolar fuese ingresado ya en la institución de enseñanza con dolencia adquirida y oculta por su representante, la situación, además, puede ser causa de exigencia de responsabilidades, por daños, al contratante que envió, sin declaración previa de situación sanitaria, al niño, con el consiguiente riesgo para sus condiscípulos y personas en convivencia.

En estas situaciones, la facultad del educador tanto es la de rescindir

como la de suspensión temporal del contrato. Entendemos que la primera tendrá lugar cuando el mal fué ocultado negligente o maliciosamente por los representantes del menor; la segunda cuando la enfermedad, contraída en el establecimiento, tenga carácter transitorio y previsiblemente pasajero.

Quizá pueda argüirse la improcedencia de estas facultades si previamente, al contratar, no exigió la entidad educadora certificación médica del estado sanitario del educando. No creemos fundada tal objeción porque la normalidad del educando, desde el punto de vista sanitario, es presumible en general, y porque no sería justo cargar a la entidad educadora con los dispendios, a veces cuantiosos, que el tratamiento de una enfermedad puede implicar; el educador no puede ser constreñido a soportar cargas ajenas a las normalmente previstas con carácter obligatorio.

e) *Rescisión del contrato en casos de anormalidad psíquica.*—En cualquier caso, el niño víctima de irregularidades anímicas—que de hecho pueden quedar al margen de cuadros típicos de enfermedades mentales y, sin embargo, reducir su normal funcionamiento intelectual—si es entregado al educador, con ocultación de hábitos anormales, puede dar lugar a que el desconocimiento de los mismos, por parte de la institución educadora, ocasiona daños tanto al propio niño como a la institución, o a un tercero, de cuyas consecuencias no sería justo hacer responsable al educador, toda vez que éste tan sólo responde en los casos de concreta y señalada educación de anormales, o en estos otros cuyas líneas clínicas no denuncian patológica anormalidad y sí tan sólo una ligera desviación de la mente, pero cuando es avisado de la contextura mental del educando.

En estas actuaciones la facultad rescisoria es en todo momento admisible. Por lo demás, llevará aneja acción para pedir resarcimiento si de la actividad del niño, impulsada por la mente enferma, se ha derivado perjuicio. Entonces, naturalmente, la facultad de accionar apunta contra quien, conociendo la situación, pactó enseñanza con silencio negligente, cuando menos, de la tara.

### 3. Facultades atribuídas al representante del educando

Cuando, con anterioridad hubimos de reseñar los derechos que a la paternidad corresponden en materia de educación, ya catalogábamos un conjunto de facultades que, ahora, hemos de considerar como apriorísticas, esto es, anteriores e independientes del contrato de educación, pero que vienen a ser como el soporte atributivo de la esfera de acción del padre para llevar a término, mediante el contrato, la formación del hijo. Pudiendo decir algo semejante de los guardadores o tutores.

Imaginemos la actividad de un padre en orden a la educación de su hijo y, en su desenvolvimiento, irán surgiendo los distintos derechos o facultades que forman las diversas facetas del contrato; el padre, al plantearse la necesidad de la enseñanza que su hijo precisa, obtiene la idea de su plena libertad en virtud de la cual elige, libremente, la persona a la que encomendar la tarea educativa. Tras su búsqueda, el representante del educando es libre de puntualizar el sistema pedagógico que estima más conveniente, la confesionalidad religiosa en que ha de ser iniciado el niño y, en definitiva, el sesgo, la intención que desea se dé a la formación mental del menor. Todo ello es lícitamente posible y de ahí que cada una de las proposiciones del padre, al ser aceptadas por el educador, se traduzca, de inmediato, en obligaciones que este último asume con toda su eficacia jurídica, al constituir contenido mismo del contrato.

De todas estas generalidades extraemos la conclusión de que, en definitiva, una amplia facultad de vigilancia es atribuida al padre. Esta vigilancia comporta, según su congruente realización en derecho, el dotarla de un conjunto de acciones, tanto de cumplimiento como de resarcimiento, genéricamente admitidas por el Código civil en su artículo 1.258.

En los regímenes de internado las facultades del padre o representante se extienden tanto a instar el cumplimiento de la función educativa estricta como a la guarda de la persona del niño confiado a la entidad. Dicha guarda lleva consigo el cuidado material del alumno, su preservación de posibles riesgos, y también la exigencia de proporcionarle menaje y alimentación, así como el cuidado y seguridad de sus efectos personales, etc.

En los regímenes de media pensión y externado se mantienen para el representante del educando las facultades características derivadas de la educación en su sentido más comprensivo, y además, las de investigar el cuidado material en el régimen de media pensión extendido a la alimentación, salubridad de la misma, etc., y exigir, según se haya pactado—y ello es frecuente—la entrega del niño, a la terminación de las tareas escolares cotidianas, en el domicilio del mismo. En otros casos las facultades para exigir responsabilidad se limitan al tiempo de permanencia del educando en la entidad, correspondiente a las horas reglamentarias. Por ello, si quedó pactada la entrega del niño, al concluir la jornada escolar, a persona que en nombre del padre hubiera de hacerse cargo de aquél y, en estas circunstancias el menor abandona por sí mismo los locales de la empresa escolar, de las faltas que pudiera cometer así como de los daños posibles que se derivasen, responderá la entidad educadora pues incumple, con el deber de vigilancia, el pacto de entrega del educando en las condiciones estipuladas.

En la enseñanza en colegios y academias a que se acude a ciertas ho-

ras; las facultades del padre o guardador se restringen, como restringida es la permanencia del menor en el establecimiento. En estos casos la guarda se reduce a la seguridad personal del menor, así como al control de sus actos durante el tiempo de permanencia en el local de la empresa. Por lo demás, ni siquiera la propia instrucción puede plantear problema de facultades en la mayoría de los casos, pues dado el carácter de la misma no se producirá la posibilidad de mayores exigencias que las normales de cumplimiento de la obligación de instruir, para cuya exigibilidad sólo se arbitra el compromiso de observar unas determinadas reglas y durante períodos de tiempo igualmente señalados.

Cuando se trata de educación de anormales, en centros adecuados, las facultades del representante del educando se extienden en el sentido de investigar los progresos de curación o readaptación propuestos, y de control del sistema de educación y cura, según las normas que, de ordinario, regulan la prestación de servicios médico-profesionales a tratamientos continuados en centros de esta especialidad.

Referente a los educadores domésticos de carácter permanente—institutrices, preceptores, etc.—cuya peculiaridad quedó puesta de relieve páginas atrás, las facultades del padre o guardador habrán de tener gran amplitud nacida de la propia situación doméstica, pudiendo afirmarse que en esta modalidad se pacta, implícitamente, el derecho a vigilar la conducta moral permanente del educador.



## VIII

## CONTENIDO DEL CONTRATO: OBLIGACIONES

## 1. Consideraciones previas

Puede afirmarse que es este de la responsabilidad de los maestros, uno de los puntos más interesantes que se deriva de la relación de enseñanza. Su contemplación, desde el punto de vista de la enseñanza pública, ha sido reiterada, produciendo una nutrida bibliografía sobre el particular (142).

La generalización de los establecimientos de enseñanza pública y, con ella, el crecimiento de riesgos a que por actos u omisiones de los maestros estaba sometido el niño, dió lugar a que en ciertos países se atendiese desde un triple punto de vista: teórico, legislativo y jurisprudencial, a la resolución de los problemas de la responsabilidad del maestro. Así, la distinción, desde el campo del Derecho público entre falta de

(142) Entre otras pueden consultarse las siguientes obras: BOUQUET, *Essai sur la responsabilité civile des fonctionnaires de l'enseignement public*, Dijon, 1913; NOUVEL, *L'enseignement considéré comme service public*, Toulouse, 1934; COMBESCURE, *De la responsabilité et de l'assurance des accidents causés ou subis par les élèves des établissements d'enseignement*, Montpellier, 1936; LORTE, *La responsabilité civile des instituteurs public*; artículo 1384, Aix, 1928; BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui*, en *Revue trim. Droit civil*, 1914; DESBOIS, *Le nouveau régime de la responsabilité des instituteurs d'après la loi du 5 avril 1937*, D. H., 1937; FLOUR, *Rapports de la responsabilité du fait des choses et de la responsabilité du fait d'autrui*, en *Revue Critiq. de Jurispr.*, 1935; GILLET, *Les responsabilités de l'éducateur*, Sem. soc., Versailles, 1913; LALOU, *Le nouveau régime de la responsabilité des instituteurs*, en *Bull. de l'Institut. Catalique de Paris*, oct., 1937; SAVATIER, *Commentaires de la loi du 5 avril 1937 sur la responsabilité civile des instituteurs et de l'Etat*, Lois nouvelles, 1937. pág. 242; LEÓN DE THOMAS, *Etude de la loi du 20 juillet 1899*, en *Revue Générale de Droit*, 1901 y 1902; WALLIN, *Commentaires de la loi du 5 avril 1937*, etc.



servicio y falta personal (143), hizo posible la aplicación conjunta de reglas de Derecho administrativo y preceptos del Código civil en Francia en esta materia.

Mas, por otra parte, la relación privada de educación, no es ajena a la posibilidad de actos dañosos imputables a los educadores. GROSMAITRE, en una monografía fundamental sobre la cuestión (144), la analiza partiendo de una sumaria consideración del contrato de educar (145).

Admitida la existencia del contrato, las obligaciones contraídas por el educador conducen a la responsabilidad contractual por su incumplimiento.

Traza GROSMAITRE el cuadro genérico de obligaciones impuestas al educador partiendo de la esencial de ofrecer enseñanza: «El maestro que no suministre al alumno las lecciones prometidas, podrá ser demandado por los padres en el terreno contractual», afirmaba CAMARLYNCK al considerar la obligación primera del contrato (146). E indudablemente que tales reclamaciones, fundamentadas suficientemente, a juicio de los Tribunales, encuentran su base en el incumplimiento, por parte de los maestros, de los deberes que corresponden a un padre de familia, criterio éste el más simple y claro, en opinión de GROSMAITRE.

Junto con la anterior, existe la denominada por los autores obligación de seguridad por consecuencia de la necesaria guarda que los educadores han de observar con respecto de los niños sometidos a ellos. Doctrinalmente, la extensión de esta responsabilidad es discutida; DEMOCUE, LALOU Y BEUDANT, y el propio GROSMAITRE, la admiten en la órbita del contrato, mas la mayor parte de los autores y la jurisprudencia francesa parecen pronunciarse, sin embargo, por el carácter extracontractual de esta obligación (147).

Implica dificultades de cierta importancia la relación de la responsabilidad contractual con la delictual. Esta última ha sido apreciada por los tribunales franceses cuando la producción de daños, consecuencia de una falta contractual, llevaba consigo infracción de leyes penales.

La pretendida acumulación de ambas responsabilidades, para resolver la cuestión, no ha sido admitida por la doctrina; la jurisprudencia, por su parte aparece contradictoria, pero con tendencia a decidir los problemas de responsabilidad apoyándose en la delictual.

(143) Elaborada, sucesivamente, por LAFERRIERE, HAGRIOU, DUGUIT y APPLETON. Vid. GROSMAITRE, *La responsabilité des maîtres dans l'enseignement public et dans l'enseignement privé*, París, 1939, pág. 21.

(144) Op. anteriormente citada.

(145) Op. cit., págs. 160 y sigts.

(146) Vid. CAMARLYNCK, *Le contrat d'education*, en *Revue Critique de Jurisprudence*, pág. 111.

(147) GROSMAITRE, op. cit., págs. 171-2.

## 2. Responsabilidades exigibles al educador.

### Medios de exigibilidad

La resolución del problema de la responsabilidad será consecuencia del concepto que del contrato se tenga y de su contenido que determina la exigencia frente al educador.

En la relación de enseñanza pueden producirse consecuencias que afecten:

- a) al propio educador.
- b) al educando.
- c) a terceros.

En la órbita del contrato que estudiamos, se produce la existencia de dos tipos de daños; de una parte el contractual, producido por actos u omisiones—maliciosas o negligentes—del maestro y en la persona del menor, los cuales, siguiendo la terminología consagrada por PLANIOL pueden afectar a la propia integridad del menor, a los valores afectivos del mismo, a su personalidad en formación, o bien tener un carácter material.

Mas existe otro grupo de actividades dañosas que trae causa de la relación contractual, siendo producto de la actividad del niño en principio, si bien la responsabilidad habrá de extenderse al educador por consecuencia de su actitud negligente. Es el supuesto de la responsabilidad aquiliana, contenido en el Código civil, en términos generales, en el art. 1.902, y tipificada con expresión vaga en el apartado 7 del art. 1.903, al hacer responsables a los maestros o directores de artes u oficios respecto de los perjuicios causados por sus alumnos o aprendices, mientras permanezcan bajo su custodia.

A. *Naturaleza de la responsabilidad.*—Para nosotros el problema se plantea en los siguientes términos; habida cuenta de la capital importancia de aquellos actos que, tradicionalmente vienen siendo tratados *sub specie* de responsabilidad aquiliana, en función de las relaciones de enseñanza ¿corresponde en realidad su estudio y discriminación en nuestro trabajo sobre el contrato de educación o bien, por su carácter extracontractual exceden, aun siendo vitales, del campo de nuestro propósito?

Afirmemos, en principio, nuestra intención de entrar en el examen de las responsabilidades derivadas de actos realizados por los educandos durante el tiempo que permanecen bajo la vigilancia del educador porque tales responsabilidades tienen al menos su causa en el propio contrato de educación.

El art. 1.903—párrafo sexto—del Código civil, es fiel reflejo del art. 1.384 del Código de Napoleón (148) y este último determina que los

(148) Su origen en *Dig. L. IV, p. 2, l. 9; íd. L. 1, p. 5, l. 4.º, Lib. 39.*

maestros y artesanos son responsables de los daños causados por sus alumnos y aprendices. Esta imputación de responsabilidad dió motivo a que, en la aplicación del derecho francés se suscitase una serie de cuestiones que según LABORDE-LACOSTE (149) se resumen de la siguiente forma: el Código francés establecía una presunción de falta inherente a maestros y artesanos, dimanante del deber de vigilancia; dicha presunción se ha mantenido hasta la reforma introducida en el texto por la ley de 5 de abril de 1937 (150) según la cual la presunción de responsabilidad que pesaba sobre los maestros es sustituida por la necesaria prueba de la imputación (151). Distintas etapas jalonan esta evolución teórica y legislativa; la primera cubre el período comprendido entre 1804 y la promulgación de la ley de 20 de julio de 1899. En esta fase la aplicación del art. 1384 se extendía a maestros de enseñanza primaria y secundaria y a los centros públicos y privados, con excepción de los de enseñanza superior; el concepto de alumno incluía, sin discriminación, tanto a menores como a mayores de edad, internos o externos, y en cuanto al daño, la presunción no disminuía si era causado por un alumno a otro, o a un tercero. Este régimen no excluía a los maestros de enseñanza pública pero la ley de 20 de julio de 1899 atribuyó al Estado la hasta entonces exigible a dichos maestros, en tanto que para los de la enseñanza privada subsistía la presunción de culpa contenida en la redacción del art. 1.384.

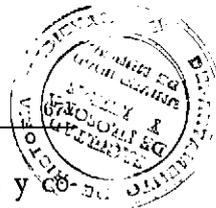
La Ley de 5 de abril de 1937 establece un nuevo régimen, vigente desde entonces en Francia. Dicha disposición contiene dos series de normas, de las cuales unas son aplicables a todos los educadores, tanto públicos como privados y otras, de carácter especial, a los miembros de la enseñanza pública, según se contiene en el art. 2 de la Ley. Extiende a todos los educadores privados la supresión de la presunción de culpa establecida en el tan repetido art. 1384, y solamente subsiste la responsabilidad atribuible por falta personal a que aluden los arts. 1.382 y 1.383.

Nosotros estimamos esta posición con una visión demasiado desplazada del contrato. Durante la permanencia del menor en la entidad educadora, o bajo la guarda del maestro, el propio educando puede realizar actos que sean dañosos para sí mismo o para el educador, sus instalaciones, etc. En el primer caso, la responsabilidad mantiene su naturaleza contractual. En el segundo, habrá de distinguirse según que los móviles

(149) *Exposé...*, t. II, pág. 172.

(150) Una exposición de la misma en GROSMAIRE, *op. cit.*, págs. 185 y sigs.

(151) El texto del art. 1384-8.º, del Código civil francés, después de la modificación introducida por la ley de 5 de abril de 1937, queda redactado de la siguiente manera: *En lo que concierne a los maestros, las faltas, imprudencias o negligencias invocadas contra ellos como causantes del hecho dañoso, deberán ser probadas conforme al derecho común por el demandante en instancia.*



del daño procedan de anormalidades del educando no manifestadas y conocidas por el padre o representante, en cuyo caso nos remitimos a cuanto en el capítulo anterior dejamos dicho, o que sean consecuencia de la actividad normal maliciosa del niño; si fueron previsibles y evitables por el educador, sufrirá éste las consecuencias.

*B. Responsabilidad del educador por actos propios.*—Los daños que la conducta negligente o maliciosa del maestro puede producir en la persona del niño a él sometido, pueden ser materiales y morales.

En el orden de los daños materiales, situamos cuantos perjuicios pueda sufrir el educando por atentado a su integridad física, por defecto de cuidado, y también los que provocara la malicia comprobada del educador. Con independencia de la acción penal correspondiente en su caso, la acción civil de orden contractual existe; nace del propio contrato y con él debe encontrar su justificación jurídica. No obstante, es frecuente considerarla inserta en el supuesto de la culpa aquiliana, resultado de la resistencia opuesta por los autores a entender existente una obligación de seguridad (152). El excesivo celo en la reprensión, la utilización de castigos inapropiados o imposición de ejercicios violentos, etc., suponen, de producirse daño material para el niño, otros tantos casos de responsabilidad o lesión material indemnizable.

Igualmente, en el orden moral, la responsabilidad existe para el maestro por actos de éste lesivos a la formación de la conciencia o eticidad del educando. En el orden de la mayor frecuencia, situemos los referidos a prohibición de prácticas religiosas confesadas por el representante del niño, o el inverso de iniciación en otras repugnadas por aquél. El perjuicio moral malicioso, que COLIN y CAPITANT, por cierto, sitúan en la línea de la culpa extracontractual, apoyados en una sentencia de la Corte de Dijón (153) es indemnizable; en este sentido y contemplando los casos de violencia en la formación religiosa, se pronuncia PLANIOL (154).

Las faltas ocasionadas por el maestro al discípulo, derivadas de acción dañosa y negligente, y con base en la culpa extracontractual (155), son agrupadas por GROSMAITRE de la siguiente forma:

- 1.º Vías de hechos ejercidas sobre la persona de los alumnos.
- 2.º Difamaciones o injurias contra el alumno o sus familiares.

(152) Entre otros, MAZEAUD ha sostenido la negativa, en *Rev. trim. Droit civil*, 1920, págs. 614 y sigs.

(153) Vid. su *Cours, element...*, t. III, pág. 818.

(154) *Traité element...*, t. I, pág. 649.

(155) GROSMAITRE agrupa estas faltas en el estudio de la responsabilidad personal de los maestros, con base en los arts. 1382 y 1383, porque considera, especialmente, la enseñanza pública partiendo—y utilizándola—de la distinción ya citada entre faltas de servicio y faltas personales (vid. op. cit., págs. 19 y sig.).



3.º Atentado a los sentimientos patrióticos, religiosos, o al pudor del alumno.

4.º Falta grave del educador en sus obligaciones pedagógicas.

5.º Imprudencias o negligencias que hayan causado daño al educando (y que constituyan delito).

Sumariamente damos cuenta de lo contenido en cada una de estas agrupaciones (156).

En la vías de hecho se recogen, en primer lugar estas infracciones penales que, en el caso que nos ocupan resultan agravadas por ocasionar las lesiones en la persona de niños. Además de la responsabilidad disciplinaria que corresponde para estos supuestos a los maestros de carácter público, plantéase la posibilidad de exigencia de responsabilidad civil basada en perjuicio psíquico o moral ocasionado al educando; para los educadores privados esta exigencia será sometida a prueba o no del regular ejercicio del derecho de corrección (157).

Las difamaciones o injurias se substancian con la misma fórmula arbitrada para las vías de hecho. El derecho del educador a reprender, es de difícil determinación apriorística, en este sentido. Los tribunales habrán de determinar, en cada caso, el carácter injurioso de la reprensión (158).

El atentado a los sentimientos patrióticos, religiosos, o al pudor, constituye una grave falta en el ejercicio de la función de enseñar. De él deriva, para ciertos casos, responsabilidad penal, y en todos la civil correspondiente por el perjuicio moral causado tanto al educando como a sus familiares.

La enseñanza defectuosa, o nula, producida por el educador, le hace incurrir en responsabilidad. En especial, la falta grave a las obligaciones pedagógicas, con daño de la enseñanza. Pueden recogerse en este supuesto las irregularidades en el horario, prohibición de entrada en el local de enseñanza al niño, utilización de éste en trabajos no escolares, etc.

Las imprudencias o negligencias que causen daño al educando pueden ser de las más diversas índoles. Así, puede considerarse como negligencia grave el no avisar a los familiares del educando si éste contrae una enfermedad, ni prestarle asistencia médica; los homicidios involun-

(156) Op. cit., pág. 23.

(157) Un ejemplo: La C. de Casación francesa condenó a una institutriz que habiendo vertido agua fría sobre el cuerpo de una niña le aló luego las manos a la espalda y los pies a una mesa, dejándola con las ropas mojadas durante un gran rato. (*Scat. de Cas. Crim.* de 18 de enero de 1889, cit. por GROSMAITRE en op. cit., págs. 25-6).

(158) La jurisprudencia francesa decidió que el calificativo *Asno*, reviste carácter injurioso, mas lo pierde cuando es aplicable por un educador, a título de reprimenda a un alumno que no corrige sus estudios después de las explicaciones dadas en clase. (GROSMAITRE, op. cit., págs. 28-29).

tarios, por omisión especialmente, originan este tipo de responsabilidad. En general puede observarse, con respecto de este grupo de responsabilidades que es el Derecho Penal quien, de modo especial, juega para la exigencia de las mismas.

C. *Responsabilidad contractual del educador por actos del educando.*—Una serie de actividades del niño, que como ya hubimos de decir, pueden ocasionar perjuicio a su propia persona, hacen responsable al educador por vía contractual, frente a los padres o representantes que contrataron la educación. Con carácter genérico, algunos autores (159) han resistido, de una parte, la traslación de responsabilidad desde la persona de los padres a la del maestro cuando el niño queda separado momentáneamente de los primeros, salvo los flagrantes casos de responsabilidad del educador. Mas se ha entendido que cesa la responsabilidad de los padres, de modo general, cuando el niño es enviado a un establecimiento de enseñanza como interno, medio pensionista o *externo vigilado*. Este carácter de generalidad ha sido atendido por la jurisprudencia francesa en previsión de la interesante hipótesis de que el hecho dañoso del niño pueda ser atribuído a la defectuosa educación adquirida por el mismo en el hogar paterno, en cuyo caso responden los progenitores.

Por lo demás, los actos del niño lesivos para sí mismo, hacen responsable por negligencia al educador. DEMOGUE, comentando un caso de esta índole (160) estima que si bien no es de cargar al maestro una especie de riesgo profesional de accidentes ocurridos en la escuela, puede hacerse responsable de toda falta objetiva del niño, puesto que su negligencia opera como causa pasiva del accidente.

D. *Responsabilidad objetiva de carácter extracontractual.*—Hemos de considerar aquí los daños que el educando pueda producir a terceras personas; estos daños revisten el carácter de culposos al ser atribuídos —para su resarcimiento—al encargado del menor. En estos casos la conducta del educador, aun no revistiendo carácter de ilícita, queda inserta en lo que genéricamente se denomina responsabilidad por riesgo (161).

A diferencia de otras situaciones en las que la responsabilidad atribuída al educador trae su origen del contrato, toda vez que por él se obligaba a vigilar la actividad del menor presuponiendo, por consecuencia los actos de este último y para el educador, incumplimiento de la obligación de vigilancia por la que se deriva perjuicio para la propia persona del educando, en el caso ahora planteado la responsabilidad del educador queda establecida por relación obligatoria de resarcimiento, de ca-

(159) AUBRY-RAU, op. cit., t. V, págs. 372 y sigts. y nota.

(160) Vid. *Obligations*, t. V, n.º 856, y del mismo autor, *Revue trim. Droit civil*, 1925, pág. 103.

(161) ENNECERUS-LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, t. II-2.º, pág. 615.

rácter legal y frente a terceros que, por el daño sufrido, se hacen acreedores a la restauración del mismo.

Los daños que la actividad del niño puede ocasionar en estos supuestos revisten la doble posibilidad de morales y materiales. Ambos quedan recogidos, en cuanto a su exigencia, en el art. 1.903 del Código civil en razón a la generalidad de dicho precepto. Por lo que al daño moral se refiere, es frecuente su comisión por acogidos a centros docentes; en especial puede considerarse su posibilidad con referencia a niños anormales cuyos actos, dictados por su estado patológico, dan lugar a difamaciones, escándalo, perversión, etc., en terceras personas. En estos casos la responsabilidad revierte sobre el educador si no prueba que le fué imposible evitar el hecho dañoso (162).

Del daño material deriva idéntica responsabilidad para el educador. Ahora bien, en una u otra clase de daño, éste requiere la oportuna prueba, sin que la posibilidad de entender estos perjuicios como ocasionados por actos objetivamente defectuosos del niño implique la necesidad de prueba del defecto, y sí tan sólo del daño y su provocador (163).

En todas estas situaciones nacidas de *culpa in vigilando* es posible la exoneración de responsabilidad si se demuestra que el obligado obró con la diligencia de un buen padre de familia para reprimir el mal (164).

*E. Responsabilidad penal.*—De los actos ilícitos del menor puede originarse un doble sistema de responsabilidades. Normalmente, a la de orden civil, puede seguir la penal; junto a la reparación del daño emergente o indemnización por el lucro cesante, la acción de castigo es amparada por el derecho (165) y, en comisión de contravenciones penales por menores sometidos a guarda y vigilancia de maestros, si bien el menor es exonerado de la específica responsabilidad penal (art. 8-1.º Código Penal) o atenuada la misma en función de la edad (art. 3-9.º del Código citado), se sigue del acto el nacimiento de acción para exigir responsabilidad civil en la persona de quien tenga al menor bajo su potestad guarda legal a no constar que hubo por su parte culpa o negligencia (art. 20-1.º Cód. Penal). En este sentido el propio Código Penal establece la responsabilidad civil subsidiaria de los maestros, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus discípulos (art. 22); ASENJO, que cali-

(162) Vid. al respecto, comentarios sobre tendencias de tribunales franceses, comprensivas de cuanto decimos, en *Revue trim. Droit civil*, 1906, págs. 145, 400 y 900; 1927, pág. 966. Por lo que se refiere a la destacada presunción de responsabilidad del maestro, recordamos que el legislador francés modificó, por ley de 5 de abril de 1937 la presunción que, hasta entonces, contenía el art. 1384 del Código civil.

(163) En este sentido, DEMOCUR, *Obligations*, t. V, núms. 822 y 848; MAZBAUD, *Responsabilité...*, I, n.º 811.

(164) PÉREZ-ALGUER, en notas a ENNECERUS, op. cit., t. II-2.º, pág. 682.

(165) «De todo delito o falta, nace acción penal para castigo del culpable...» (art. 100 Ley Enj. crim.).

fica de *culpa in vigilando* la responsabilidad derivada de todos los casos que prevee el referido artículo 22, ha estimado en gran parte exagerada la presunción de culpabilidad que en el texto legal citado se establece (166). Entendemos sin embargo que, en lo que hace mención a maestros y con referencia a los actos cometidos por menores a ellos confiados, tal presunción responde a un indudable sentido de equidad, en mérito a cuantas razones vienen quedando puestas de relieve a lo largo de este estudio.

Por último creemos oportuno destacar, en otro orden, la responsabilidad civil subsidiaria contraída por las instituciones de internados, regímenes de media pensión, etc., en lo que se refiere a la restitución de objetos robados o hurtados dentro de los locales de la entidad educadora, o su indemnización, siempre que concurren las circunstancias que, al respecto, determina el art. 21 del Código penal, y por asimilación de tales supuestos al depósito de enseres que dicho artículo prevee.

### 3. El seguro de accidentes escolares

Los eventos a que están sujetos los niños que son entregados a entidades educadoras durante el tiempo que en las mismas permanecen, han constituido, como anteriormente tuvimos ocasión de observar, materia cargada de dificultades en orden a su estudio. El empeño de relevar a la empresa de enseñanza de su carácter aseguratorio, desvió la atención jurídica en materia de daños sufridos por los niños, hacia la ya aludida responsabilidad extracontractual.

La solución, sin embargo, habida cuenta de la realidad y su importancia, ha sido buscada por otros derroteros. La frecuencia de los accidentes escolares, enderezó las opiniones hacia la consideración de la existencia, en la entidad educadora, de un riesgo profesional inserto en la propia instrumentación de la enseñanza, y jurídicamente justificado por la relación que a la misma liga con los representantes del menor; así, por ejemplo, se planteaba la cuestión HENRI MAZEAUD (167) asimilando, en una observación superficial, la situación nacida de accidente escolar a los casos de daño en el contrato de transporte. Sin embargo este autor, como ya hemos indicado en otro lugar, resolvía la cuestión en un sentido negativo, por excluir del contrato de educación la seguridad de la persona. Con anterioridad en el tiempo otro autor francés, CABONAT, dedicó su atención al tema en una monografía sobre el riesgo profesional (168)

(166) Vid. *La responsabilidad civil subsidiaria*, en *Rev. Gal. de Leg. y Jurispr.*, t. 173.

(167) Vid. *loc. cit.*, en *Rev. trim. Droit civil*.

(168) *De l'extension du risque professionnel aux entreprises commerciales, aux employeurs et employés non assujettis et aux délégués à la sécurité des ouvriers mineurs*, París, 1914.

pretendiendo la adaptación de éste a los establecimientos escolares; para ello acometió un estudio desde el punto de vista de la figura del educador, por encima de las normas civiles vigentes.

Puede deducirse, en consecuencia, que la cuestión no ha sido decididamente abordada, ni siquiera con marcado interés, por la doctrina. Pero la realidad, al demandar atención, ha hecho nacer, en el orden práctico, derivando de figuras afines, el seguro de accidentes escolares, muy extendido en el ámbito de la enseñanza y cuyos rasgos generales pasamos a reseñar.

Las entidades aseguradoras adscriben la modalidad del seguro escolar al ramo de accidentes, cubriendo el riesgo mediante las denominadas pólizas de seguro de esta índole, cuyas condiciones generales vienen siendo reproducidas en el seguro que nos ocupa, si bien ciertas estipulaciones carecen, por principio, de eficacia y, por otra parte, dentro de las condiciones particulares se vierten aquellas que, en definitiva, cualifican al seguro en cuestión.

Contratantes del seguro lo son, de una parte, la entidad aseguradora, y de otra, la empresa escolar; asegurados, en su conjunto, los alumnos, y beneficiarios en caso de muerte, los padres o causahabientes del escolar.

La hoja de proposición de seguro—según nuestras informaciones se vienen utilizando las de seguro individual—no responde a la configuración masiva del que estudiamos sino en las cantidades que asegura y las primas anuales correspondientes. Esta misma insuficiencia penetra las condiciones generales de la póliza y, mediante apéndices, se establecen las particulares inherentes a la peculiaridad del seguro, de entre las que pueden destacarse: a) especificación de que las primas estipuladas en las condiciones generales se entienden «por alumno»; en consecuencia, la entidad que contrata se obliga a facilitar, a principio del curso escolar, relación de alumnos matriculados, sin cuyo requisito la entidad aseguradora no se considera obligada con respecto de los accidentes posibles; b) por idéntica razón substancial, la institución educadora se obliga a facilitar a la aseguradora, una vez comenzado el curso, relación de escolares matriculados con posterioridad a la firma de la póliza, al objeto de que, mediante suplemento, se anexe al cuerpo de la misma conteniendo las altas y con abono, por parte del contratante del seguro, del recibo de prima que corresponde, de acuerdo con el tiempo mediado hasta la conclusión del curso escolar; c) para la comprobación de todos estos extremos, la entidad aseguradora se reserva el derecho de comprobar, mediante inspectores, los libros de matrícula del centro docente.

Interés destacado presenta el concepto que de accidente se contiene, usualmente, en las estipulaciones; considérase como tal todo el acaecido desde que el escolar queda bajo la vigilancia del centro de enseñanza,

precisándose, en todo caso, que el alumno permanezca bajo la guarda de profesores o encargados. Igualmente se cubre todo riesgo durante el traslado del escolar desde el centro de enseñanza a su domicilio y viceversa, también con la prescripción de que sea vigilado por personal de la empresa de enseñanza.

Las acciones ejercitables frente a la entidad que asegura, son atribuibles sólo a la dirección de la empresa escolar, quedando ésta obligada, en lo que se refiere a indemnizaciones, para con la familia del accidentado, por carecer esta última de acción para exigir a la entidad aseguradora.

Este último extremo es el que, a nuestro juicio, peculiariza, quizá al regularizarlo, el seguro en cuestión. Hay que tener en cuenta al respecto que, de ordinario, la entidad escolar que contrata el seguro revierte las primas del mismo cargándolas sobre los padres o representantes del asegurado quienes, en consecuencia, abonan las primas si no a la entidad aseguradora, a la institución escolar, para que ésta, a su vez, haga pago. Parece, en definitiva, enterearse una especie de mandato al respecto, aunque la reserva de acciones para la petición de indemnizaciones queda hecha, con exclusividad, a favor de la entidad educadora, tan sólo. Por otra parte, la mera condición de beneficiario del seguro no basta a la persona del padre o representante del menor, puesto que el abono de las primas desborda la peculiaridad de la figura.

Se haría preciso un examen profundo de la cuestión para determinar una necesaria relación entre educador y representante del niño, y este representante y la entidad aseguradora. Pues si de una parte, y efecto de estos previsibles accidentes es cuestionable la responsabilidad del educador, de otra, al asegurar dicha responsabilidad peculiarizando la cobertura del riesgo mediante la contribución económica del representante del menor, debe éste tener acción suficiente para exigir, frente a la entidad aseguradora.

No es substancial a nuestro estudio insistir más sobre este punto. Pero tampoco podemos concluir sin la advertencia de que, la situación planteada obedece a un planteamiento poco equitativo del hecho: la entidad educadora, en definitiva, al responder sobre la integridad del menor a ella entregado habría de ser quien, en todo caso, desembolsara las primas correspondientes a ese riesgo mismo que asegura.

#### **4. Las prestaciones del representante del educando, en particular el pago**

*A. Generalidades; referencia obligada al consentimiento.*—Por su carácter peculiar y distintivo queremos destacar, como nota importante en el contrato y cargada sobre el representante del niño, la necesidad en

que dicho representante se encuentra de instruir al educador sobre la persona del menor cuyo aleccionamiento se le encomienda. Un contrato concluído con silencio, por parte del padre o tutor, de peculiaridades constitutivas o adquiridas del niño, defectos intelectuales, biológicos, trastornos de la mente, inclinaciones insanas, perversidad precoz, etc., de influencia notoria en la conclusión del contrato, no dudamos en entenderlo como viciado de *dolus causam dans*, por reunir los requisitos contenidos en el art. 1.269 del Código civil y que sistematiza CASTÁN (169) del siguiente modo:

- 1.º Existencia de engaño.
- 2.º Intención o conciencia de producirlo.
- 3.º Influencia determinante del engaño en la conclusión del pacto.
- 4.º Procedencia directa de uno de los contratantes.

Todas estas circunstancias coinciden en los supuestos planteados puesto que la ocultación, a sabiendas, responde a la existencia de engaño; ella misma denuncia la intención de producirlo. Implica, además, la nulidad del contrato puesto que sus propias condiciones, cuando no la substancial existencia del mismo, hubiesen sido sensibles al conocimiento de la ocultación. Y, finalmente, su procedencia del padre o representante del menor conocedores directos y obligados de la contextura física y psíquica del educando. Por todo ello entendemos que esta existencia de dolo en la manifestación de voluntad, por invocación del precepto que contiene el art. 1.265 del Código civil determina la nulidad del contrato.

Aun afectando cuanto dejamos dicho al consentimiento, y no al objeto del contrato, por razones de sistema creemos conveniente dejar aquí constancia de ello.

En orden a las prestaciones del representante del menor, propiamente dichas, sobre las que se deducen de las facultades que quedaron atribuídas al educador en su lugar correspondiente, destaquemos, de pasada, la necesidad en que se encuentra el padre de *cooperar con el educador* (170) al conocimiento de la propia y gradual personalidad del educando, una vez iniciadas las funciones de enseñanza, diferenciando esta obligación de carácter contractual, de los derechos-función que constriñen al padre y, en todo caso con respecto del hijo, le obligan legalmente.

*B. Examen del pago de la educación.*—El carácter de oneroso que el contrato de educación en la mayoría de los casos presenta, plantea el problema del pago. En principio tal cuestión quizá pase desapercibida;

(169) *Derecho civil español común y foral*, 6.ª ed., t. I, pág. 301.

(170) Interesa aquí distinguir la *cooperación* del representante del menor como deber legal, de la *asistencia necesaria*, o *cooperación* en su sentido peculiar del contrato, necesaria para que la finalidad educativa se realice, y que, en todo caso, como tal *cooperación*, supera a la propia exigencia derivada del derecho-función de potestad.

el padre que pacta la educación del hijo con carácter retribuido, se obliga al pago de la misma. No obstante creemos que el pago puede presentar consideraciones dignas de ser tenidas en cuenta. De ellas, dos esenciales pueden referirse puntualizadas: el educando quizá posea bienes propios, o bien donados y legados al mismo con el carácter específico de expensas para su educación, de otra parte habrá de considerarse al educando que no posee bienes.

a) *Educandos sin patrimonio propio*.—Si el menor carece en absoluto de fortuna, es incuestionable que el pago de la educación se hará con los bienes de los padres si el matrimonio se rige por el sistema de gananciales, por determinación del art. 1.408-5.º del Código civil; si hubo convenio de separación de bienes, por el acuerdo que sus cláusulas contengan. Tal imputación responde a la obligación contenida en el artículo 155-1.º del Código y que, como GAUDEMET advertía (171) tiene el carácter de obligación personal nacida más que del matrimonio, del hecho mismo de la procreación. Mas el pago hecho con tales bienes—también lo apunta el autor citado—aparece en el caso de inexistencia de ellos en el menor o de insuficiencia de la renta de los mismos. Advertimos que lo dicho es de aplicación tanto a los hijos educados procedentes del matrimonio anterior de uno de los cónyuges como—siguiendo la opinión de GUILLOUARD—al hijo natural que fué reconocido por uno de los padres, antes del matrimonio, toda vez que una misma causa—deuda moral—apoya esta necesidad de atender a la educación de dichos menores (172).

b) *Educando con bienes propios; cuestiones*.—Segunda hipótesis es la de existir bienes en el peculio del educando. Y la interrogante es la siguiente: ¿reclama el pago el educador, caso de no hacerse efectivo, sobre las rentas de esos bienes o, por el contrario, se limita a ejercitar su acción de pedir frente al padre? Como la existencia de un peculio propio del niño supone la administración del mismo por los padres (art. 159 Código civil) cabe pensar si, caso de insolvencia de éstos, puede ejercitarse acción sobre los bienes del hijo. La negativa, en principio, se impone en razón de que el pacto de educación no se realiza por el padre en nombre del menor, y de ahí que no pueda comprometer bienes de éste último. Nuestro derecho patrio, en este punto, se hace diverso de la doctrina y aún legislación extranjeras. Así, ha advertido STOLFF, por ejemplo, la adscripción de la renta de los bienes del hijo al pago de su educación, empleada en la cuantía de su propia fortuna (173) y, en el mismo sentido, apoyándose en la jurisprudencia se pronuncian PLANIOL-RIPERT (174)

(171) Vid. *Revue trim. Droit civil*, 1911.

(172) Vid. su *Traité du contrat de mariage*, t. II, págs. 179 y sigs. París, 1888

(173) Vid. *Diritto civile...*, pág. 533.

(174) *Traité...*, pág. 372.

entendiendo que los padres actúan como simples administradores hasta que los bienes del hijo produzcan rentas que excedan a los gastos del sostenimiento del mismo, en cuyo seno han de integrarse los de educación. Pero el Código civil español, en este aspecto aludido se limita, en el art. 162 a atribuir al hijo la propiedad y el usufructo de los bienes o rentas donados o legados para los gastos de su educación o instrucción, y atribuye la administración de los mismos al padre o a la madre si en el legado o donación no se hubiese dispuesto otra cosa. Excepto este grupo de bienes, específicamente adscritos al pago de la educación los demás, propiedad del hijo, aun usufructuados por los padres, parecen ajenos a la obligación deducida del contrato.

Otro es el caso del padre que, sin otros bienes que los productos del usufructo de los propios del hijo menor, no abona los gastos ocasionados por la educación. Creemos, sin embargo, aceptable la solución que del problema postula la doctrina extranjera apoyándonos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que tiene declarado—en sentencias de 7 de julio de 1.892 y 27 de septiembre de 1.893—que el derecho de usufructo concedido por la ley a favor de los padres, no se estableció en beneficio personal del usufructuario, sino en beneficio de la familia por él regida, por lo cual los hijos gozan de preferencia sobre cualquier acreedor del padre que hubiera embargado el usufructo, y sólo después de cubiertas las obligaciones que los padres tienen respecto de sus hijos, se pueden afectar los beneficios mencionados al pago de deudas de la sociedad conyugal.

Por ello el maestro de enseñanza tiene privilegio, en el supuesto de haber contribuído con su labor a la instrucción del niño, a la percepción de honorarios, los cuales podrán detraerse del usufructo del padre producido por bienes del propio educando, y siempre que sólo en él fuera posible al cobro de aquellos, o sea, en defecto de otros bienes de la sociedad conyugal o de otra procedencia afectos al cumplimiento de la obligación contraída por el padre en beneficio directo del hijo, frente al educador.

c) *Acciones*.—La acción civil correspondiente al ejercicio de este derecho al pago de honorarios, tiene marcado por el Código civil—artículo 1.967-22.º—un término de prescripción de tres años, a contar desde que dejara de prestarse el servicio.

## IX

## EXTINCION DEL CONTRATO

**1. El desistimiento**

Al plantearse R. PACILLON, en su monografía sobre el contrato de educación el derecho de ruptura del pacto, ya advertía la amplia facultad rescisoria conferida a los representantes del educando en razón a la inalienabilidad de la potestad paterna (175); paralelamente al derecho de retraer del padre—escribe—, existe el de libre devolución por el del educador. Y a continuación recoge el criterio, generalizado entre los tratadistas y admitido por los Tribunales, de que tales posibilidades rescisorias son ocasionadas por la admisión del mandato como rector de la relación. Aunque R. PACILLON, por su parte explica la rescincibilidad por la delegación de potestad conferida al educador.

La figura contractual quedaría alterada, desvirtuado su propio fin, si se coartase esta libertad de desistimiento.

Por lo que se refiere al educador, su facultad de desistir se le ofrece con amplitud en todos los supuestos que hubimos de reseñar páginas atrás, y con carácter de generalidad, siempre que la actitud del educando implique grave riesgo para los demás condiscípulos, o para la propia entidad educadora.

Por lo que al evento de imposibilidad económica surgida a posteriori, podría considerarse el caso como análogo con el previsto en el art. 1.736 del Código civil, por el que se concede al mandatario la facultad de renunciar al mandato ante la imposibilidad de continuar desempeñándolo

(175) Op. cit., pág. 72 y nota.

sin grave detrimento suyo, evento en el que el Profesor BATLLE señala un atisbo de la teoría de la imprevisión (176).

Cuando la entidad educadora propugnara la extinción del contrato sin base suficiente—cuestión de hecho—no podría seguirse su indemnidad como medida garantizadora de los derechos del padre quien, tal vez, por actos arbitrarios de la entidad educadora, vendría a sufrir graves trastornos de difícil o imposible reparación—pérdida de cursos escolares, retraso en los estudios, imposibilidad de acudir a otro educador, etc...

Por el carácter del contrato y desde el punto de vista del representante del educando, su facultad de desistir es amplia. Sin embargo, y para garantizar un mínimo de eficacia jurídica al pacto, en este orden, debieran preverse los supuestos de limitación. El tema, según se observa es muy delicado pues roza la institución misma de la patria potestad, con la consiguiente necesidad de confrontar esas facultades restrictivas y los poderes paternos. Por otra parte, una extinción caprichosa puede, quizá, procurar grave perjuicio al prestigio de la entidad o persona que aceptó la educación del menor. Pero los poderes del padre no pueden quedar envueltos en las limitaciones de un contrato, sometidos a la voluntad de un tercero, ya que ello supondría una abdicación—aún contra ley—de funciones inherentes a la condición paterna. Sin perjuicio de las consecuencias económicas del rompimiento injusto del contrato.

## 2. Otros casos de extinción

Con independencia de la causa extintiva antes reseñada, otras operan en las resoluciones del contrato de enseñanza. De ellas reseñaremos como normales, en primer lugar, aquellas que ocasionan por sí mismas la extinción; tales la muerte o incapacidad del educando o, en otro caso, del educador individual; conclusión del término previamente pactado para vigencia del contrato; conclusión de la educación propuesta—cuando se predetermina con caracteres concretos e inequívocos el fin de la misma, y, por último, el mutuo disenso.

Por el marcado carácter personal de la relación a que da origen el contrato, no es posible admitir la pervivencia del mismo—invocando un caso de novación subjetiva—mediante intento de traspasar las funciones encomendadas al educador, a un tercero, si no hubo asentimiento por parte del padre o representante del educando.

(176) Vid. BATLLE, *La imposibilidad económica sobrevvenida y no prevista en la ejecución de los contratos*. Pub. de la Univ. de Murcia, 1945.



### 3. Suspensión temporal

Es frecuente, que las obligaciones de educación queden paralizadas por períodos de tiempo más o menos dilatados, y que responden por lo general a la época llamada de vacaciones. En estos casos cabe plantear la cuestión de vigencia del contrato, o su extinción. Creemos que quedará suspendido en sus efectos, y no extinguido, siempre que la vacación se produzca en el interior del curso escolar o del período determinado de tiempo por el que se pactó. En otro supuesto deberá entenderse que el contrato de educación se extinguió, si no hubo pacto especial, al término de cada curso o período escolar independiente.

