



BIBLIOTECA

KM 19

F8

L31

V.5



J. R. ...

183

## TITULO X

DE LA TUTELA.—(Continuación).

### CAPITULO II.

ADMINISTRACION DE LA TUTELA.

#### SECCION I.—Administración de la persona.

1 ¿Quién dirige la educación del menor? Hay alguna incertidumbre acerca de este punto en la doctrina y en la jurisprudencia. Tenemos dos disposiciones sobre la materia. Según los términos del art. 450, el tutor es el que toma á su cuidado la persona del menor; y el art. 454, establece que, al entrar en ejercicio cualquiera tutela que no sea la del padre y la madre, el consejo de familia determinará la suma á que puedan elevarse los gastos del menor. ¿Cuál de estos dos textos es el que debe seguirse? Unos se ajustan al art. 450, y deciden que el poder de educación corresponde al tutor (1). Otros, y es el mayor número, dicen que el consejo de familia es el que tiene la dirección de la educación. Nosotros creemos que las dos disposiciones pueden conciliarse. El art. 450 asienta el principio, confiando la

1 Magnin, t. 1º, núm. 607. Turin, 9 de Diciembre de 1838 (Dalloz, en la palabra "minoría," núm. 396, 1º).

administración de la persona y de los bienes al tutor y no al consejo de familia. El tutor es, en efecto, el que administra la tutela, y no el consejo. El consejo únicamente tiene por misión la de inspeccionar la gestión tutelar. Así, pues, debe establecerse como regla que el tutor dirige la educación del pupilo. Esto se halla también en armonía con la misión del tutor. Este reemplaza al padre; y ¿no es acaso el primer deber del padre el de velar por la educación de sus hijos? Tal debe ser también el deber del tutor.

No obstante eso, el poder del tutor no es tan extenso como el del padre. Aquí interviene el art. 454. El consejo de familia reglamenta el gasto anual del menor, lo que comprende su sostenimiento y su educación. Ahora bien, los gastos de educación difieren en mucho según la carrera á que se prepara el menor. El consejo de familia, al fijar la cifra del gasto, será convocado naturalmente á examinar qué educación conviene dar al menor. ¿Se le destinará al comercio ó á la industria, al foro, á la medicina, á la administración? Esta intervención del consejo de familia en los gastos limita el poder de educación del tutor. Esto no origina duda alguna; queda por saber de qué manera se conciliarán los poderes del consejo y del tutor. Del art. 454 se ha inferido que al consejo de familia corresponde determinar el género de educación que debe darse al menor (1). Esto es demasiado absoluto, porque vendría á anular el poder que el art. 450 da al tutor. El art. 454 no hace intervenir al consejo de familia sino para reglamentar el *gasto* anual del menor. ¿Y conforme á qué base se fija la cifra del gasto? La ley contesta: según la importancia de los bienes regidos. Luego el consejo toma en consideración la fortuna del menor; esta es una cuestión de presupuesto más bien que de educación.

1. Demante, t. 2º, p. 281, núm. 212, bis 1. Demolombe, t. 7º, página 382, número 600.

Siguese de aquí una diferencia importante entre el poder del tutor, en cuanto á la educación, y el del padre. Al padre concierne decidir el género de educación que apetece dar á su hijo; siendo el padre millonario, puede ocurrírsele hacer de su hijo un artesano. El tutor no tiene semejante poder; si quisiere dar al menor una educación que no estuviese en relación con su fortuna, el consejo de familia podría usar del derecho de censura que implícitamente le confiere el art. 454. Pero puede presentarse el caso inverso. El tutor quiere dar al pupilo una educación que es superior á la fortuna de éste. En este caso la dificultad se complica.

La educación no es únicamente cuestión de dinero, es ante todo una cuestión de disposiciones, de facultades innatas. Si el menor tiene propensión manifiesta por la abogacía, se haría de él un pésimo industrial, y recíprocamente. Este es un elemento que debe tenerse en cuenta. Y acerca de este punto la opinión del tutor sería generalmente decisiva. Supongamos que los hijos se hallen en tierna edad cuando se abre la tutela. El tutor es el que los educa y el que conoce sus tendencias y sus aptitudes, cosas que no puede apreciar el consejo de familia. ¿Quién es entonces más competente para determinar el género de educación? Evidentemente el tutor. No obstante, deberá consultarse al consejo de familia respecto al gasto; el consejo podrá rechazar la cifra pedida por el tutor y no otorgar sino una cantidad menor. ¿Quién va á ser juez en el conflicto? El tribunal (1). Esto es el derecho común. De aquí una nueva diferencia entre las potestades paternal y tutelar. Los tribunales no tienen jamás el derecho de intervenir en la educación de los hijos, siendo el padre el que la dirige; mientras que el tutor, limitado por la revisión del consejo de familia, está por eso mismo sometido á la revisión judicial.

1. Durantou, "Curso de derecho francés," t. 3º, p. 514, núm. 529.

cial. La intervención del juez es á un tiempo mismo una vigilancia y una garantía para el tutor; el tribunal podrá hacer ganar su causa al tutor, si el interés del menor exige que reciba la educación que el tutor quiere darle.

Hemos supuesto que la tutela se abría cuando los menores se hallaban en tierna edad y cuando nada se ha decidido en cuanto á la carrera que abrazarán. Si el padre hubiese comenzado la educación, el tutor debería, en general, continuarla; porque el padre es el mejor juez de las disposiciones de sus hijos, y ese es el elemento decisivo del debate. No obstanté, no es ésta una regla absoluta. En derecho, lo que el padre verifica no compromete al tutor, y de hecho puede acontecer que el padre se haga ilusiones acerca del talento de su hijo: el interés del menor exige, en esté caso, que el tutor se separe de la voluntad del padre, y el interés del menor el que domine.

2. En nuestra opinión, es, pues, el tutor el que dirige la educación, salvo la revisión del consejo de familia por lo que respecta á los gastos. No es tal la opinión generalmente adoptada. La doctrina y la jurisprudencia dan al consejo de familia el poder de dirigir la educación del menor; el consejo es el que decide qué género de educación se dará al pupilo, él quien resuelva en qué establecimiento de instrucción será colocado y en qué domicilio residirá (1). Hasta se ha fallado que el consejo puede quitar el pupilo al tutor y confiarlo á tercera persona (2). Creemos nosotros que tal doctrina es contraria al texto y al espíritu de la ley. Quitar al tutor la educación equivale á abolir el artícu-

1 Demolombe, t. 7º, p. 325, núm. 537, y los autores que él cita. Lyon, 5 de Agosto de 1827, y Colmar, 29 de Agosto de 1822 (Daloz, en la palabra *minoría*, núms. 395, 2º, y 396).

2 Sentencia de la corte de casación, de 8 de Agosto de 1815 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 396); Demante, t. 2º, p. 270, número 203, bis; Zachariæ, traducción de Massé y Vergé, t. 1º, p. 432, nota 3.

lo 450, que formalmente dice que el tutor tomará á su cargo la persona del menor. En vano la corte de casación dice que la tutela se ha instituido por interés del menor, y que á los tribunales corresponde decidir lo que sea más ventajoso para el pupilo, después de haber consultado al consejo de familia. Ya hemos contestado á semejante argumentación. Sin duda que la tutela se ha organizado por interés del menor ¿pero quién norma este interés? El legislador es el que ha encargado al tutor de velar por los intereses del menor, bajo la revisión del consejo, y si hay lugar, del tribunal. Esto no autoriza á los tribunales á que cambien la ley, invocando el interés del menor. Todo lo que puede decirse es que la ley debe siempre interpretarse en el interés del pupilo.

Hagamos á un lado la opinión extrema que permite quitar la educación al tutor, y véamos si es cierto que á la vez que deja al tutor el cuidado de la persona, el consejo de familia puede limitar su poder, decidir qué educación dará el tutor al pupilo, en qué domicilio será educado. Se invoca el antiguo derecho. Entonces, eran los parientes del menor los que deliberaban acerca de su educación, de su sostenimiento, de la profesión que convenia hacerle abrazar (1). Atribuimos mucha importancia al antiguo derecho, cuando se trata de interpretar el código civil; pero no podemos aceptar que se prevalgan del antiguo derecho contra un texto formal del código. Si la intención del legislador hubiese sido la de mantener la antigua jurisprudencia, habría debido decir que el consejo de familia norma todo lo que concierne á la persona del menor. ¿Y esto es lo que el código dice? Dice, por el contrario, que el tutor es el que toma á su cargo la persona del menor, y al consejo únicamente concede el derecho de arreglar los gastos. El artículo 454 que, según se dice, consagra el principio de la anti-

1 Dijon, "Institución al derecho francés," t. 1º, p. 61.

gua jurisprudencia, no pronuncia la misma palabra de educación. El art. 450 es el verdadero asiente de la materia, y lejos de reproducir el derecho antiguo, lo deroga.

Se pretende que la educación no es de la esencia de la tutela; de donde se seguiría que el consejo de familia y el tribunal tendrían un poder discrecional para regirla. Lo que prueba, dicese, que el tutor no está necesariamente investido del derecho de educación es que él no lo tiene, en el caso en que el superviviente de los padres se excuse ó rehuse la tutela; el padre ó la madre ejerce entonces el poder de educación, y el tutor tiene únicamente la administración de sus bienes (1). Esto es cierto ¿pero qué es lo que prueba? Que hay un poder superior al del tutor, la patria potestad. El padre ante todo es el que tiene almas á su cargo: la naturaleza le impone ese deber, y no puede declinarlo en el tutor. Pero si los padres han muerto ¿quién los reemplazará? La voz de la naturaleza y la doctrina contestan: El tutor. ¿No es un principio que se discierne la tutela para la persona? (2). Los bienes, después de todo, no son más que lo accesorio. Pothier dice que el tutor ocupa el lugar de padre para el menor (3). Su primer cuidado como su primer deber es la educación de la familia. Lo que es un deber para el tutor es también un derecho.

3. Cuando el que sobrevive de los padres ejerce la tutela, reúne dos poderes, el de padre y el de tutor; luego tiene la administración de la persona y la de los bienes. Hay, no obstante, una diferencia entre el derecho de educación y la gestión de bienes. Respecto á la administración de los bienes, el padre tutor está en general sometido al derecho común: el consejo de familia y los tribunales inspeccionan su conducta. No pasa lo mismo con la educación; él la

1 Véase el tomo 4º de mis "principios," núms. 264, 265.

2 Duranton, "Curso de derecho francés," t. 3º, p. 309, núm. 523.

3 Pothier, "Tratado de las personas," núm. 162.

dirige como padre; y el padre es independiente del consejo de familia. Por esto el art. 454, que da al consejo el derecho de determinar la cifra del gasto, tiene una excepción respecto á la tutela del padre y de la madre. ¿Quié debate esto que el superviviente de los padres, cuando es tutor, ejerza el mismo poder que corresponde al padre en el período del matrimonio? Nosotros hemos dicho que el poder del padre es ilimitado, en el sentido de que puede dar á sus hijos la educación que le acomode, sin estar coartado por su posición de fortuna. No pasa ya lo mismo con el padre tutor. Regularmente los menores tendrán una fortuna personal que el padre disfrutará; ahora bien, el padre usufructuario legal debe educar á sus hijos adecuadamente á la fortuna de éstos (art. 385, núm. 2). Y aun cuando el padre tutor no disfrutase de los bienes del hijo, debería no obstante darles una educación proporcionada á las rentas de aquellos bienes. En efecto, los gastos de educación se pagan sobre los bienes de los hijos; el gasto varía, pues, según la fortuna de éstos. De donde se sigue que el padre ya no tiene, como tutor, la latitud que tenía durante el matrimonio.

4. ¿El tutor tiene derecho á dirigir la educación religiosa del hijo? En otros términos ¿puede el tutor educar al menor en distinta religión de aquella en que éste ha nacido? La cuestión debe resolverse conforme á los principios que acabamos de dejar establecidos. Si se admite que el tutor tiene el poder de educación, debe decidirse sin vacilar que él tiene, en cuanto á la educación religiosa, el mismo poder que el padre. Aquí ni siquiera hay un texto que oponer al tutor. El art. 454 no da al consejo de familia el derecho de que intervenga sino para normar el gasto anual del menor; ahora bien, la educación religiosa no es una cuestión de dinero. Por tal motivo el consejo, concede derecho.

Queda en pie el principio general establecido por el artículo 450, que da al tutor la educación del pupilo, y ninguna disposición restringe este poder, en lo que concierne á la educación religiosa. Esto es decisivo bajo el punto de vista del derecho.

Se enseña, sin embargo, que el tutor no tiene el derecho que nosotros le reconocemos. El hijo, se dice, debe ser criado en la religión del padre (1). En vano hemos buscado el principio en que se funda esta opinión. ¿Tiene el padre derecho para educar al hijo en religión diferente á aquella en que nació? Esto no puede ponerse en duda. El tutor hace veces de padre, dice Pothier; luego tiene el mismo poder que el padre, á menos que la ley se lo restrinja. Ahora bien, no existe ninguna restricción. Todo lo que pudiera decirse es que el tutor está ligado por la voluntad del padre, si éste la ha manifestado con toda claridad. Esto así se ha fallado (2). Pero esto mismo es dudoso. La voluntad así como el poder del padre se suspende con su muerte. El no puede encadenar el porvenir de su hijo, y el derecho de éste es el motivo en causa. ¿Si el padre hubiese hecho un mormón de su hijo ¿quién se atrevería á decir que el tutor esté ligado? ¿Si el padre hubiese forzado la vocación de su hijo ó de su hija, poniéndolos en un convento ¿tendría el tutor la obligación de continuar una educación que, al hacer violencia á los sentimientos del hijo, compromete su suerte? Es llegado el caso de decir que la tutela se organiza por interés del menor y que la ley debe interpretarse en su favor.

5. Teniendo el tutor el derecho de educación, debe tener también el de guarda y el poder de corrección. En el título de la *Tutela*, nada se dice del derecho de guarda; el ar-

1 Massé y Vergé, traducción de Zachariæ, t. 1º, p. 432, nota 1.

2 Colmar, 10 de Noviembre de 1857 (Daloz, 1857, 2, 36). Véase el tomo 4º de mis "principios," núm. 294.

título 450 supone no obstante que el tutor lo tiene; ¿de que manera cuidaría la persona del menor, si el pupilo pudiese abandonar la casa del tutor ó aquella en que el tutor lo ha colocado? El art. 468 da al tutor el poder de corrección, pero con una restricción; establece que: «el tutor que tenga motivos graves de disgusto por la conducta del menor podrá llevar sus quejas á un consejo de familia, y si está autorizado por ese consejo, provocar la reclusión del menor, conforme á lo establecido á este respecto en el título de la *Patria potestad*.» Resultan de esto diferencias considerables entre el poder del tutor y el del padre: el tutor debe obtener la autorización del consejo de familia para ejercer el poder de corrección, mientras que el padre jamás está sometido á la autoridad del consejo. Además, el tutor no puede ordenar la retención del pupilo; la ley dice que él puede provocarla, lo que implica una demanda; luego debe obrar por vía de requerimiento. ¿Sucedería lo mismo si el padre fuese tutor? Nosotros no lo creemos. Es verdad que cuando el padre que sobrevive se hace excusar de la tutela conserva el ejercicio de la patria potestad en toda su plenitud. Si él maneja la tutela, su calidad de tutor no puede disminuir los derechos que como padre tiene; él tiene el poder de educación sin restricción, es decir, sin que se halle sometido á la autoridad de un consejo de familia. Luego debe tener también el poder de corrección sin restricciones. Ciertamente es que el art. 468 no distingue; prevee el caso general, aquel en que el tutor administre la persona del pupilo como tutor; pero la distinción resulta de los principios. El derecho del padre se halla escrito en el título de la *Potestad paternal* y el padre no pierde esta potestad cuando se vuelve tutor, salvo los límites que la ley establece por lo que respecta á la administración de los bienes.