

DERECHO, FAMILIA Y EDUCACIÓN EN LA ESPAÑA CONTEMPORÁNEA

por GABRIEL GARCÍA CANTERO

Universidad de Zaragoza

Introducción

Se me ha solicitado una colaboración sobre el título que figura al frente de este trabajo, y a ello he accedido gustosamente, pero los conceptos incluidos en el enunciado suscitan inicialmente alguna reflexión previa que pudiera afectar, incluso, al orden en que aparecen enumerados. *Prima facie*, siendo la familia el protagonista principal de la acción educativa, podría parecer que el Derecho —y correlativamente el Estado— carecerían de específicas competencias en la materia, limitándose su actuación, en todo caso, a reconocer aquella función con exclusividad, y a dispensarle adecuadas protección y tutela, contribuyendo a crear externamente las mejores condiciones para su ejercicio. Pero la reciente experiencia histórica del mundo occidental muestra una intervención, a veces abusiva, del Estado en las tareas educativas, lo que parece aconsejar una precisa delimitación de las respectivas competencias. Por otra parte, no se concibe una familia que, con abdicación de sus funciones primordiales, no trate de educar a sus miembros más jóvenes; en efecto, los padres que se limitaran a cumplir sus funciones biológicas respecto a su descendencia, no serían auténticos progenitores por desconocer una ley grabada en lo más hondo de la naturaleza humana, que se cumple invariablemente en los animales de las especies superiores; y aunque a lo largo de la historia ha variado la extensión e intensidad de tal función educativa, hay un reducto mínimo al que sólo la familia tiene acceso, y cuya deficiencia convierte al ser humano en un ser radicalmente inadaptado y vocado a la marginación; se trata del

aprendizaje para la vida en sociedad y para la convivencia, de suerte que si estas tareas no se cumplen por la propia familia, difícilmente pueden lograrse sustitutivamente por otros órganos sociales; así las experiencias realizadas con hijos de reclusas prueban que es más beneficioso para éstos el mantenerlos junto a sus madres en los primeros años de su vida —aunque sea en las penosas condiciones de una prisión— que internarlos en instituciones; esa mínima vida familiar que la madre encarcelada puede ofrecer a su hijo resulta más positiva que la educación dispensada en instituciones, aunque ésta se combine con visitas regulares a la madre; parece razonable concluir que los conceptos de familia —aun reducida al *one parent*— y educación se nos ofrecen íntimamente unidos.

Ocurre, por otra parte, que el fenómeno educativo resulta ineliminable de cualquier tipo de sociedad, por primitiva que sea; una experiencia multiseccular muestra que en aquéllas aparecen siempre dos grupos de individuos bien diferenciados, el de los discentes que no han alcanzado todavía el nivel de desarrollo de su personalidad que la sociedad considera normal, y que por ello deben ser ayudados por ella hasta alcanzarlo, y la de quienes están en condiciones de gobernarse por sí mismos; ya se comprende que, habiendo varios grados de desarrollo educativo, me estoy refiriendo al nivel mínimo; por ello, hoy se tiene muy en cuenta que uno de los factores más significativos de subdesarrollo de un país es el porcentaje de analfabetos en su población adulta.

Si dijeron los romanos que *ubi societas, ibi ius*, no parece excesivo concluir que también la acción educativa, como cualquier otra actividad social, ha de estar regulada por el Derecho; pero el grado de intervención de éste ha variado a lo largo de la historia; era mínimo en las sociedades primitivas regidas preferentemente por los *fas* y las *mores*, y de extraordinaria complejidad en la sociedad actual; en la era postindustrial y tecnológica resulta impensable cualquier actividad educativa que no resulte, de algún modo, sujeta al ordenamiento jurídico; precisamente, por ello, el *jus docendi* y el *jus educandi* suelen figurar en las Constituciones de los Estados modernos, y han sido incluidos en los catálogos y declaraciones de derechos de ámbito internacional.

Creo ha quedado demostrada la recíproca interrelación entre los tres conceptos incluidos en el enunciado de este trabajo, y, acaso, quepa observar que el primer puesto debiera corresponder a la familia por ser el agente o protagonista principal de la tarea educativa, colocando al Derecho —es decir, al Estado— en el último lugar, de suerte que el título pudiera enunciarse así: «Familia y Educación en sus relaciones con el Derecho».

Hay, por último, una delimitación temporal del tema al referirse a «la España contemporánea». Ello resulta significativo dado que, a partir de la

restauración monárquica se han producido entre nosotros importantes cambios legislativos a fin de adaptar a la Constitución la legislación ordinaria. Adviértase, por último, que si bien el tema ofrece una clara vertiente de Derecho Administrativo, mi exposición va a ser preferentemente realizada bajo la óptica del Derecho civil, ámbito en el que también han sido reformados los aspectos educativos, no siempre suficientemente destacados.

1. Aspectos constitucionales de la libertad de enseñanza y del derecho a la educación

El derecho a la educación y a la libertad de enseñanza se inscriben en el marco genérico de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona, que nuestra doctrina ha profundizado y desarrollado, especialmente a partir de la promulgación de la Constitución de 1978 [1].

Se ha alabado el hecho de que la Constitución vigente haya dedicado más espacio a las cuestiones educativas que cualquiera otra de nuestra historia, con expedición quizá de la republicana de 1931, y más todavía que los recientes textos constitucionales de Francia, Alemania o Italia [2]. Aunque ello sea cierto, no resulta sinónimo de ausencia de problemas hermenéuticos, ni tampoco la hace inmune a fundadas críticas doctrinales en este punto [3].

El artículo 27 es el precepto fundamental, que debe ser interpretado en conexión con otras normas constitucionales (así, sin ánimo de exhaustividad pueden mencionarse los artículos 9.º2, 10, 16, 20, 33, 38, 39 y 44).

He aquí su texto:

«1. Todos tienen derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana, en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.

5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.

6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.

7. Los profesores, los padres y en su caso los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.

8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.

9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.

10. Se reconoce la autonomía de las Universidades en los términos que la ley establezca.»

El artículo 27 de la Constitución no puede sustraerse a la crítica inherente al modo con que fue elaborado [4], que ha dado por resultado un texto necesariamente ambiguo «que permite —se ha dicho [5]— su desarrollo por orientaciones ideológicas divergentes», lo que va a propiciar, sin duda, que al producirse la alternancia en el poder, se produzcan profundos cambios educativos, con pérdida de la «paz escolar» —objetivo que parecía alcanzable en las postrimerías del siglo xx—, y, en último término, detrimento de los destinatarios de tales normas educativas. Precisamente, la peculiar forma de elaboración del precepto impidió que pudiera ser perfeccionado a lo largo del *iter* parlamentario, por el fundado temor a romper el consenso, haciéndose acreedor, por ello, a las imputaciones de rigidez y falta de flexibilidad que se le han dirigido [6].

Con todo, a mi juicio, son más graves los defectos de fondo que arrastra, y que pueden resumirse en no reconocer —al menos, de manera expresa— el derecho de los padres a escoger el tipo de educación en general que prefieren para sus hijos (sí se les reconoce, en cambio, y ello es elogiable, el derecho a la educación religiosa y moral); también la falta de reconocimiento expreso del derecho a dirigir los centros docentes de iniciativa privada (aunque una interpretación lógica del apartado 6 lo consideraría incluido en la libertad de creación); por último, el abandono del principio de subsidiariedad convirtiendo abusivamente al Estado en protagonista máximo de la acción educativa.

Son importantes las formulaciones del derecho a la educación y a la libertad de enseñanza que se recogen en el apartado 1 [7], pero acaso pequen, respectivamente, por exceso y por defecto. El derecho a recibir educación es propio de una determinada fase de la vida humana, precisamente de la etapa formativa de la persona; parece, por ello, que decir que *todos* tienen tal derecho resulta una declaración enfática que sólo puede aplicarse a quienes se encuentran en aquella fase de su existencia (quien

se encuentra en posesión de todos los grados académicos no precisa reivindicar aquel derecho); la frase tiene sentido si se trata de recordar el principio de igualdad en materia educativa, que con carácter general se proclama en el artículo 14 de la Constitución. En cambio, no hubiera sido superfluo precisar quienes son los sujetos de la libertad de enseñanza, sobre todo cuando corre el riesgo de un mero reconocimiento formal y no material [8]. La omisión en cuanto a los padres se subsana por la genérica remisión del artículo 10.2 a las normas internacionales suscritas y aceptadas por España; pero creo que, entonces, ya no podrá decirse que tal derecho tendrá sólo valor de ley ordinaria, como propugna algún autor [9], sino que habrá que entender que se trata de una norma internacional obtenida por vía de exégesis. En todo caso, una incertidumbre que el texto constitucional no debió nunca suscitar.

El mayor intervencionismo estatal queda de manifiesto en el dato de que, de los diez apartados de que consta el artículo 27, en cuatro de ellos el sujeto de la norma son «los poderes públicos», y en alguno más queda sobreentendido; a los padres se les menciona una sola vez, con exclusividad, en el apartado 2 (como titulares del derecho a proporcionar a sus hijos la formación religiosa y moral de acuerdo con sus propias convicciones), mientras que en el apartado 7 comparten mención junto con los profesores y alumnos, con facultades de intervención en el control y gestión de los centros educativos sostenidos con fondos públicos. Abundan las normas que se remiten a la ley ordinaria —como ocurre en el apartado últimamente citado—, con lo cual el texto constitucional de alguna manera pierde eficacia.

Los comentaristas vienen a reconocer, con práctica unanimidad, la nueva orientación educativa que resulta del artículo 27, ya sea para criticarla [10], ya sea para congratularse de ello. En esta línea Embid Irujo [11] afirma tajantemente que la Constitución otorga al Estado el papel preeminente sobre la instrucción tanto pública como privada, confiéndole la facultad de inspeccionar y homologar el sistema educativo con la finalidad de garantizar el cumplimiento de las leyes; la creación de centros docentes no se hace depender ya de la falta de iniciativa privada, como pretendería, afirma, la posición de la subsidiariedad, sino del cuidado efectivo del derecho a la educación. El Estado —prosigue este autor— es el sujeto primordial de la educación; es un Estado intervencionista, tuitivo de los derechos de los ciudadanos y agente propulsor de la igualdad entre los individuos, tal como se reconoce en el artículo 9.2 de nuestra Constitución. No escapa, sin embargo, al autor citado que esta intervención del Estado en la acción educativa puede convertirse en abusiva, sofocando el desarrollo de la libertad, y así aconseja que aquélla sea respetuosa con los contenidos de los derechos con los que se conexas. Si en 1983 el autor

citado pudo augurar que «las competencias estatales ... tienen una voluntad expansiva difícilmente delimitable a priori» [12], la década siguiente ha venido a confirmar tal vaticinio, pues, globalmente considerada, la situación de los Centros privados de Enseñanza Básica y Media viene a ser más desfavorable que la que disfrutaban al promulgarse la Constitución.

Resulta, por ello, insatisfactoria la regulación constitucional del derecho a la educación y a la libertad de enseñanza, con lagunas evidentes y cuestiones imprecisas que quedan al arbitrio del legislador ordinario. Se ha dicho con acierto [13], que el destinatario de aquéllas debe considerarse siempre como el sujeto al que corresponde el protagonismo principal en toda actividad educativa. Es evidente, por la propia naturaleza de las cosas, que el titular del derecho a la educación no está, normalmente, en condiciones de ejercitar por sí mismo dicho derecho; de aquí la principalísima actuación de los padres y tutores en nombre y representación de sus hijos y pupilos, adoptando la forma de derecho-deber en el marco de la patria potestad y de la autoridad tutelar. Padres y tutores ostentan así un derecho inderogable a elegir para sus hijos y pupilos el centro educativo que esté de acuerdo con sus convicciones. Y tal facultad no podría ser coartada o menoscabada por los poderes públicos. Ocurre además que padres y tutores son agentes activos de la enseñanza, no sólo religiosa o moral, que ejercen en el interior del hogar. Junto a los padres, las Iglesias y Confesiones religiosas, e, incluso, cualquier otro grupo humano organizado, también con fines de lucro, pueden ampararse en la libertad de enseñanza del artículo 27.1 de la Constitución, para abrir centros docentes de cualquier grado. Por supuesto, el Estado ejerce funciones de vigilancia y control, pero siempre respetando los derechos preferentes que acabo de describir.

2. Aspectos civiles del derecho a la educación

Bajo una perspectiva general cabe decir que el derecho a la educación y a la enseñanza pueden ser tomados en consideración por el Derecho civil en alguno de los supuestos siguientes:

a) Como uno de los derechos fundamentales de la persona humana, indispensable para que el hombre y la mujer lleguen a alcanzar la plenitud de su ser en todos los órdenes;

b) Como derecho-deber de los padres, integrando el haz de facultades familiares que denominamos patria potestad o autoridad paterna;

c) Como una de las facultades atribuidas a quien ejerce funciones tutelares sobre la persona del pupilo, que son de naturaleza para-familiar y sustitutorias de la patria potestad.

d) La educación se incluye de modo genérico dentro de la obligación legal de alimentos que se imponen a determinadas personas por razones de matrimonio o parentesco (a los padres respecto de sus hijos, a los ascendientes respecto de sus descendientes, a los cónyuges entre sí, y con ciertas restricciones, entre hermanos);

e) La actividad educativa puede presentarse dentro de una relación contractual regulada por las normas del arrendamiento de servicios;

f) El ejercicio de funciones educativas, en centros públicos o privados, puede originar responsabilidad extracontractual por culpa o negligencia, e, incluso, por riesgo, cuando con ocasión de las mismas se causan daños a terceras personas;

g) El local dentro del cual se ejercen actividades educativas puede ser objeto de un arrendamiento especial sujeto a la Ley de Arrendamientos Urbanos, con un trato de favor;

h) La empresa educativa puede ser objeto de negocios jurídicos *inter vivos* o *mortis causa*;

i) Cabe un legado de educación, previsto expresamente en el Código civil, impuesto en testamento, que afecta a sujetos no necesariamente ligados por vínculos de parentesco.

En las páginas que siguen voy a ocuparme sólo de las cuatro primeras cuestiones, partiendo de la primera como básica o fundamental, dado que la educación y la enseñanza guardan estrecha relación con el libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, siendo el Derecho civil el Derecho a la persona por excelencia. Por otra parte, la familia y las instituciones que la suplen, son el primer ámbito en que aquéllas se realizan, y son objeto de minuciosa regulación por el Derecho civil.

Como sabemos, falta en nuestra Constitución un precepto similar al artículo 6.º2 de la *Grundgesetz* alemana de 1949, a cuyo tenor: «El cuidado y la educación de los hijos son derecho natural de los padres y su natural obligación. La colectividad pública vigila su cumplimiento»; por ello nuestra doctrina se afana por encontrar un sólido apoyo normativo al mismo, ya sea en la propia Constitución, pero fuera del artículo 27, ya sea en las normas del Código civil.

En efecto, se invoca el artículo 39.3, conforme al cual «los padres deben prestar *asistencia de todo orden* a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda». A juicio de Lacruz Berdejo [14] este precepto pone de relieve el aspecto de función que tienen la paternidad y la maternidad, en

las cuales la asistencia de todo orden supone la imposición de una rigurosa responsabilidad a los padres por el hecho cierto de la procreación. Parece deducirse de dicho artículo —concebido, ciertamente, en término de gran generalidad— que el deber de los progenitores no se limita a proveer al hijo de mantenimiento, educación e instrucción, sino que, de algún modo, le es exigible al progenitor una contribución de afecto y de experiencia en el proceso de formación de la personalidad del menor, lo que supone la convivencia entre los padres y el hijo; así este autor considera inconstitucional una decisión paterna que rompiendo todo trato personal con el hijo, le colocase en una institución de modo permanente. En resumen, dice el profesor Lacruz Berdejo, si los padres tienen frente al Estado un derecho fundamental o constitucional de criar al hijo, controlar su educación y transformarle en una persona responsable, tal derecho debe ejercitarse considerando la propia dignidad humana del hijo y su derecho a desarrollar su propia personalidad; se trata del concepto del *bonum filii* que recogen de modo expreso las recientes reformas del Derecho de Familia y que nuestra Constitución enfatiza en frase un tanto hiperbólica que alude a «la protección integral de los hijos» (artículo 39.2). Por otra parte, el derecho-función de los padres a la crianza del hijo escapa, dice Lacruz Berdejo [15] al control del Estado, salvo en el supuesto de abuso o abandono. En tal sentido, la reforma de 1987 ha establecido que si se produce una situación de desamparo o abandono «de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos quedan privados de la necesaria asistencia moral o material» (con palabras del nuevo artículo 172.1 después de la reforma de 1987), entra en funcionamiento la novedosa figura de la tutela *ex lege*, en cuyo pormenorizado estudio no es posible entrar aquí [16]. La regla general es, por tanto, que el deber de asistencia —y el de educación en él incluido— se ejercen por los padres en el interior del hogar, amparados por el derecho constitucional a la intimidad (artículo 18.4). Constituiría una pretensión totalitaria que algún organismo público se propusiera controlar, familia por familia, la forma en que los progenitores cumplen su deber de asistencia; pretensión, por lo demás, prácticamente irrealizable por carecer el Estado de instrumentos adecuados para valorar la actuación educativa de los padres, salvo en los casos de grave incumplimiento.

En todo caso, buscar apoyo en el artículo 39.3 de la Constitución para fundamental el derecho educativo de los titulares de la patria potestad, no deja de ser laborioso, ya que obliga a deducciones hermenéuticas que acaso no todos compartan, y problemático, dado que, lamentablemente, dicho precepto se encuentra ubicado en el cap. 3.º del Libro I, por lo que su eficacia jurídica se reduce a la que establece el artículo 53.3 [17].

No queda, por tanto, otra solución que basarse en la regulación civil de la patria potestad y de la tutela, la cual, en cierto modo, desde su redacción original en 1889, hasta la vigente, introducida por Ley de 13 mayo 1981, ha venido a tener valor cuasi-constitucional dado que desarrolla, aclara y especifica lo que la propia Constitución enuncia de modo vago e impreciso, si bien con el riesgo de que, al tratarse de ley ordinaria, el legislador de turno lo elimine sin gran dificultad.

3. Regulación de la educación como derecho-deber de los Padres

Interesa a nuestro objeto, casi en su totalidad, el contenido del artículo 154 del Código civil cuyo tenor literal es el siguiente:

«Los hijos emancipados están bajo la responsabilidad del padre y de la madre.

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, *educarlos y procurarles una formación integral*.

4.º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieran suficiente juicio *deberán ser oídos* siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. También podrán *corregir razonable y moderadamente* a los hijos» [18].

La reforma de 1981 ha pretendido acomodar a los principios constitucionales la vieja regulación de la patria potestad en el Código civil, que estaba caracterizada por el predominio del padre (la ley sólo concedía a la madre la patria potestad con carácter subsidiario), graduación de los efectos según la clase de filiación (era inexistente respecto de los entonces llamados hijos ilegítimos no naturales), y producía importantes consecuencias económicas sobre el patrimonio de los hijos (administración y usufructo legal del padre). La nueva legislación se inspira —según Castán Vázquez [19]— en los siguientes principios esenciales: 1.º) La patria potestad es una función establecida en beneficio del hijo; 2.º) El juez puede intervenir de oficio en determinados casos para salvaguardar el interés de los hijos, y 3.º) La patria potestad se ejerce conjuntamente por ambos progenitores, o por uno solo con el consentimiento tácito del otro. Hay que señalar además que

la ley atribuye patria potestad respecto de toda clase de hijos, tanto de sangre (matrimoniales y no matrimoniales) como adoptivos, y se ha suprimido el usufructo legal de los padres sobre el patrimonio de los hijos —con lo que esta función se ha hecho «más desinteresada»—, aunque en compensación se ha impuesto a los hijos el deber de contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella (artículo 155-2.º). Algunos detalles de la nueva normativa han perfeccionado la anterior regulación: tener en cuenta la personalidad del hijo, procurarle una formación integral, audiencia preceptiva cuando tuvieren suficiente juicio antes de tomar decisiones que les afecten.

Se subraya por la doctrina que la norma civil se ha hecho eco de un principio de Derecho Natural (20), mostrando su coincidencia con la doctrina social de la Iglesia [21]. Es cierto que el Código civil no precisa el alcance y el contenido de ese deber de educación, lo que es debido, probablemente, a la dificultad de ofrecer una definición pedagógica de valor permanente, y ello se corrobora por la ausencia de nociones paralelas en el Derecho comparado [22]. Para llenar aquella laguna nuestra doctrina viene a inspirarse en el artículo 27.2 de la Constitución —redactado, como sabemos, en términos muy generales—; o bien aventura enunciaciones que permanecen asimismo dentro de lo genérico; por ejemplo, «la educación del hijo debe tender a prepararle para una vida sana física y moral, proporcionándole instrucción intelectual, orientación profesional, formación cívica y educación física» [23]; o bien se acude a formulaciones globales y sintéticas: «Su ámbito es exhaustivo —formación integral—; cultural, profesional, social, moral y religioso; naturalmente dentro del ámbito de libertad que competa al hijo conforme a su edad y, como dice el artículo 154 del Código civil, conforme a su personalidad» [24].

Como valoración de conjunto hay que decir que la regulación civil del derecho-deber de los padres de educar a sus hijos resulta bastante satisfactoria, sobre todo después de las modificaciones introducidas en la reforma de 1981; se ha logrado colmar las insuficiencias de la Constitución en este punto concreto, siguiendo la orientación del Derecho comparado en donde se atribuye tal función a instituciones denominadas con diferentes terminologías (*autorité parentale*, en Francia, *elterliche Sorge*, en Alemania, mientras que en Italia sigue utilizándose el nombre clásico), atribuyéndose a los progenitores en interés del hijo, y con respecto a la personalidad de éste; se les configura como derechos-deberes o funciones, y se atribuye a la autoridad judicial ciertas facultades de intervención, a solicitud del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, a fin de apartar al menor de un peligro, o de evitarle perjuicios (cf. artículo 158 del Código civil español), norma esta última que aparece redactada en términos de gran

amplitud, dentro de los que se incluye el peligro para la educación del menor [25]. Pero también se hace notar que, aún partiendo del juicio favorable de la mencionada legislación, el ejercicio de las facultades educativas puede constituir una de las más frecuentes causas de desacuerdo conyugal y subsiguiente intervención judicial [26]; ello es singularmente probable en las situaciones anormales en que pueden encontrarse los progenitores, con repercusión en la convivencia, entre ellos y con sus hijos, las cuales precisan de una especial consideración.

a) Modalidades de ejercicio de las facultades educativas

Dice el artículo 156, párrafo 1.º, que «la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro». La norma añade, con buena dosis de realismo, que «serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad».

El precepto recoge el supuesto normal de padres bien avenidos que deciden sobre las facultades que integran el derecho-deber de la patria potestad. La redacción recoge uno de los puntos fundamentales reformados en 1981. Al ser constitucional la igualdad de ambos cónyuges (artículo 32.1), la ley estaba obligada a sustituir el viejo principio de la primacía del padre por otro que no podía expresarse sino a través de la actuación conjunta de ambos progenitores, lo que la doctrina juzga favorablemente [27]. La comprensión del precepto exige distinguir entre titularidad y ejercicio de la patria potestad; la primera corresponde a ambos progenitores por Derecho natural y sólo en casos excepcionales puede perderse en virtud de sentencia civil o penal, por causas graves debidamente probadas; cosa distinta es el ejercicio que configura la guarda del hijo, y que la ley atribuye a ambos, o a uno u otro según diversidad de circunstancias (enfermedad, ausencia, cumplimiento de condena, etc.). La vida real presenta situaciones, cada vez en mayor número, en las que no resulta fácil ni posible la actuación conjunta, por lo que debe legitimarse la actuación individual dando por supuesta una armónica relación entre los padres (ausencias prolongadas por razón de trabajo o enfermedad, imposibilidad fáctica de uno de ellos para tomar decisiones, etc.). En tales casos las decisiones sobre el hijo se adoptan por el que puede hacerlo, o por aquél a quien de común acuerdo se le encargó, incluso tácitamente; es obvio que tales decisiones pueden ser también de naturaleza educativa.

Pero la doctrina se interroga sobre las características de tal acuerdo; ningún problema si se encomiendan actuaciones concretas (por ejemplo, encontrar plaza en un colegio privado), o bien, de carácter general, pero con limitación temporal. Pero cabe preguntarse si será válido el acuerdo de

encomendar a uno de ellos tales actuaciones educativas con carácter permanente, es decir, si cabe delegar indefinidamente en el otro cónyuge todo lo relativo a la educación del hijo. Estimo que no puede abdicarse de modo absoluto e irrevocable de las funciones de la patria potestad, aunque sí sería válido encomendarlas habitualmente al otro progenitor, siempre que no cupiera entender que aquél renunciara a intervenir en los asuntos más graves o, en general, cuando lo estimara oportuno. Si nos centramos en las funciones educativas, fácil es de advertir que las cuestiones controvertidas, o susceptibles de serlo, pueden ser de gran delicadeza, por afectar a las convicciones más íntimas del ser humano (educación en el seno de una confesión determinada siendo los padres de religión diferente, o uno de ellos ateo). Es deseable, en teoría, que en la resolución de estas discrepancias no intervengan extraños, por lo cual autores de varios países aconsejan extremar los esfuerzos para lograr el consenso [28]; pero no habiéndose éste alcanzado no habrá otro camino que acudir al juez.

Es la situación contemplada en el párrafo 2.º del artículo 156: «En caso de desacuerdo, cualquiera de los padres podrá acudir al juez, quien después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre.» Muchos son —dice Castán Vázquez [29]— los casos posibles de divergencias entre el padre y la madre en el ejercicio de la patria potestad; temas como el bautismo del hijo, su educación general, su empleo, sus relaciones con determinadas personas, su ingreso en una comunidad religiosa, sus viajes, sus tratamientos médicos, e incluso el consentimiento para una operación pueden hacer surgir un grave desacuerdo; la lista es meramente ejemplificativa y los desacuerdos en materia educativa pueden ser singularmente virulentos. Pero obsérvese que el Código civil no atribuye al juez el poder de adoptar por sí la decisión referente al menor, sino únicamente la facultad de atribuir al padre o a la madre sin argumentar la preferencia; ya se comprende que la decisión del progenitor es opción indirecta sobre el fondo pues la autoridad judicial ha escuchado previamente a los dos, pero no se excluye que el progenitor elegido cambie de postura a la hora de ejercer aquella facultad (el juez no atribuye ésta al padre o a la madre para que decida de tal modo, sino únicamente resuelve que será válida la decisión que adopte tal progenitor).

La norma prosigue: «Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, puede atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.» He aquí otro ejemplo de la prudencia del legislador a la hora de intervenir, a través del juez, en la intimidad familiar. Hay una medida extrema que autoriza el

artículo. 170, párrafo 1.º, a saber la privación de la patria potestad —no sólo de la guarda, sino de la titularidad de la función— «por grave incumplimiento de los deberes inherentes a la misma»; el juez puede tener conocimiento de éste a través de las reiteradas denuncias del otro progenitor en desacuerdo, por ejemplo, por medidas educativas aberrantes adoptadas respecto del hijo. Se trata de una situación excepcional. Lo normal serán desacuerdos en materias opinables que, sin embargo, pueden ser reiterados o pueden entorpecer gravemente la educación del menor. En tal caso, con la limitación temporal máxima de dos años, el juez puede encomendar a uno sólo de los padres, por ejemplo, las funciones educativas, privándole temporalmente al otro de intervenir en las mismas; se trata de una situación que ha de juzgarse restrictivamente limitándola a las funciones determinadas por el juez, pues en el resto tendrá las facultades normales. Cabe también un reparto de competencias entre ambos progenitores, lo que supone exclusión del otro en el ejercicio de las facultades encomendadas a cada uno, asimismo con duración que no puede exceder de dos años, y que la doctrina considera improrrogables; plazo suficiente para serenar los ánimos, aunque no se excluye que, reiterados los desacuerdos, proceda aplicar la misma regla. En todo caso, el juez ha de regirse por el *bonum filii*, siendo muy consciente de que las perturbaciones en materia educativa han de repercutir gravemente en la formación del menor.

El régimen hasta aquí descrito se aplica tanto en el supuesto de que los padres estén casados como que convivan en una relación de hecho, siempre que ambos hayan reconocido al hijo común con el que viven. Como advertí antes, la reforma de la patria potestad en 1981 no hace ya distinción en relación con la situación matrimonial de los progenitores, aunque sociológicamente será más estable la situación del hijo cuando sus padres están unidos en matrimonio.

El cumplimiento de las funciones educativas se pone en peligro cuando los progenitores —casados o no— dejan de vivir bajo el mismo techo. El párrafo 4.º del artículo 156 trata de resolver jurídicamente esta situación, en beneficio del hijo.

«Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva. Sin embargo, el juez, a solicitud fundada del otro progenitor podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.»

Hay que entender que la norma se refiere exclusivamente a las situaciones de separación de hecho, y aunque no se expresa con la perfección técnica deseable, lo que regula es la guarda del hijo, sin resolver problemas de atribución de la titularidad del poder paterno, que encuentran solución

en otras normas. Ello significa en nuestro caso que las funciones educativas se desempeñan por el progenitor que tiene en su compañía al hijo, sin tener que compartirlas con el otro ausente del hogar. La ausencia puede significar desinterés total por el hijo, de aquí que su educación será asegurada, en todos los aspectos, tanto en las cuestiones ordinarias, como en las de mayor trascendencia, por el progenitor que ejerce la guarda. Sin embargo, la ley admite la posibilidad de que el ausente vigile o controle «a distancia» el ejercicio de las funciones educativas por el otro, y como, en realidad, conserva la titularidad de la patria potestad, podrá solicitar intervenir en las cuestiones más importantes, y si tal intervención se le deniega, podrá ejercer las acciones, en interés del hijo, que le concede este precepto. Practicada la oportuna prueba, el juez podrá acordar una «guarda compartida» o «guarda conjunta», que se está generalizando en otros países y comienza a difundirse en el nuestro. Consiste en que, superando el obstáculo derivado de la falta de vida común, ambos progenitores ejercen respecto del hijo las funciones derivadas de la patria potestad, y, entre ellas, las educativas. Ello implica que el padre que ha roto la convivencia no quiere desentenderse de la educación del hijo, aun a riesgo de dialogar con persona que ya no le resulta grata, lo que acaso puede derivar hacia acuerdos sobre la educación del hijo que conllevan aportación financiera. El progenitor convivente deberá superar el inicial impulso de hostilidad y caer en la cuenta de que «el hijo es de los dos». Otra posibilidad que la norma brinda al juez es la «distribución de competencias» entre ambos progenitores, acaso menos favorable para el hijo, quien en ciertas cuestiones deberá hacer caso al padre y en otras a la madre. Esta situación puede prolongarse durante toda la minoría de edad del hijo, o puede finalizar antes, por ejemplo si los padres se reconcilian.

b) *Ejercicio de las funciones educativas en las crisis matrimoniales*

Cuando el matrimonio con hijos entra en crisis y ésta desemboca en un proceso judicial, ello va a repercutir de modo trascendental en la educación de los hijos menores. Tanto si el vínculo matrimonial se anula, como si los padres se limitan a interrumpir la convivencia subsistiendo aquél, o si obtienen el divorcio civil, ya no será posible que los deberes educativos frente a los hijos se cumplan igual que antes. La ley se ve obligada a intervenir para asegurar la *protección integral de los hijos* que garantiza el artículo 39.2 de la Constitución.

Puede ocurrir que los padres eviten el proceso judicial y opten por una separación de hecho consensuada. En tal caso es aconsejable que, además de regular las cuestiones económicas, acuerden de modo expreso lo relativo a la educación de los hijos, especialmente en lo relativo a la intervención

del cónyuge que no conserva su guarda, sobre todo en las decisiones más importantes, que son las susceptibles de originar conflictos en el futuro. Hoy día no puede cuestionarse la validez civil de estos acuerdos, que han de respetar, por lo demás, los principios generales antes aludidos (renuncia a la patria potestad, renuncia irrevocable a intervenir en la educación del hijo). Como sabemos, el artículo 156 párrafo 1.º permite que la patria potestad se ejerza, en general, por uno solo de los padres con el consentimiento expreso del otro.

Pero si optan por la vía judicial, hay que tener en cuenta la regulación legal que se acomoda a las diversas etapas del proceso. El cónyuge que se propone interponer una demanda matrimonial contra el otro puede solicitar del juez las medidas preparativas a que alude el artículo 104 del Código civil, entre las que figuran las relativas a los hijos, y que son las mismas que puede solicitar una vez presentada la demanda, conforme al artículo 103-1.º, consistentes en «determinar en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las decisiones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez».

He escrito en otro lugar [30] que tratándose de una situación no definida, condicionada al resultado del proceso y susceptible de acabar en reconciliación, el legislador no desea que se adopten decisiones sobre la titularidad de la potestad paterna, sino únicamente sobre la guarda y la forma de ejercicio de aquélla, para lo cual el juez decide discrecionalmente, aunque inspirado en el interés del hijo y aun en el de la familia; según las circunstancias podrá distribuir a los hijos por sexos o por edades, o hacer una distribución entre ambos padres de las facultades paternas; sólo excepcionalmente podrá darlos en acogimiento a familia distinta (artículo 172.2) o designarles tutor; ello supondrá una suspensión o privación de la patria potestad que exigirá la constancia de hechos graves que afectan al cuidado del hijo (por ejemplo, padres que obligan a sus hijos menores a la prostitución). Si la medida se ha solicitado antes de interponer la demanda matrimonial, tiene una validez de treinta días para que el solicitante presente dentro de este plazo la correspondiente demanda, y si se hace así, el juez suele ratificar lo acordado inicialmente pues en tan corto espacio de tiempo no resulta probable que hayan cambiado fundamentalmente las circunstancias de hecho. En cualquier caso, la duración máxima de esta situación es la del proceso, bien entendido que si el demandante desiste o

los cónyuges se reconcilian, los hijos volverán a la situación inicial. Lo propio ocurrirá si la demanda es desestimada, aunque en tal hipótesis es poco verosímil que las relaciones entre padres e hijos recuperen la normalidad, siendo lo más probable que se produzca una separación de hecho.

La sentencia estimatoria en un proceso matrimonial, una vez que sea firme, produce importantes consecuencias en relación con los hijos y, por derivación, en los aspectos educativos. La sentencia de nulidad declara que el matrimonio, debido a causas concomitantes con su celebración (vicio grave del consentimiento, vínculo anterior no disuelto, etc.), no ha existido nunca jurídicamente; si es de separación, se declara subsistente el vínculo pero se autoriza a los cónyuges a vivir separados; si es de divorcio civil, el matrimonio válido y existente hasta el momento de la sentencia, deja de existir para el futuro. Los efectos más energéticos son los derivados de la declaración de nulidad, pero tradicionalmente en España, sobre todo en beneficio de los hijos, aquéllos se han atenuado con la institución del llamado «matrimonio putativo», recogido en el artículo 79. La reforma de 1981 dedica el capítulo IX del título VI, a regular los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio unificando, en la medida de lo posible, las consecuencias personales y económicas que aquellas situaciones van a producir en las personas de los cónyuges y en sus hijos. La ley favorece el acuerdo de los cónyuges, a través del llamado «convenio regulador», que necesita la aprobación judicial, uno de cuyos extremos es el relativo a «la determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos» (artículo. 90, A). Ninguna duda cabe de que bajo el el concepto de «ejercicio» de la patria potestad se incluye lo relativo a la educación del hijo menor; dado que resulta definitivo que el hijo vaya a vivir con uno solo de sus padres, que ejercitará la guarda del menor, es aconsejable que éstos se hayan puesto de acuerdo sobre la educación del hijo, tanto en sus líneas generales, como en el desarrollo de cada una de sus etapas, y que establezcan medios de comunicación para estar permanentemente informados de la marcha de aquélla [31].

Pero en defecto de acuerdo, el artículo 91 obliga al juez a adoptar las medidas más adecuadas en relación con los hijos del matrimonio, las cuales pueden ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias. El artículo 92 las especifica y sienta los criterios generales en que ha de inspirarse el juez al dictarlas:

«La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán

adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años.

En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno y otro procurando no separar a los hermanos.

El juez, de oficio o a petición de los interesados, podrá recabar el dictamen de especialistas.»

Los criterios recogidos en el precepto transcrito—que por su colocación sistemática deben considerarse de aplicación general—, se reiteran sucintamente en el artículo 159, que, después de la reforma realizada por la Ley de 15 de octubre 1990, no contradice ni coarta las facultades judiciales en esta materia [32].

El legislador quiere que las crisis matrimoniales de los padres no afecten a sus hijos y por ello sigue imponiendo a aquéllos los deberes inherentes a la patria potestad para con éstos; por tanto, también en el orden educativo. El *desideratum* legal no pasa de ser una declaración de buenas intenciones, pues, como se ha dicho reiteradamente, los hijos son siempre las primeras víctimas de las desavenencias de sus padres, tanto si se materializan en una sentencia de separación o divorcio, como si se traducen en una mera separación de hecho. La realidad de todos los días muestra que, aunque los padres separados o divorciados siguen ateniéndose a la obligación de educarlos y procurarles una formación integral (artículo 164), no podrán hacerlo ya del mismo modo que antes de la sentencia, pues alguno de ellos, o los dos, no convivirán con el hijo.

En cambio, es de alabar que las decisiones que adopte el juez se inspiren necesariamente en beneficio del hijo y con su audiencia, de ser posible, pudiendo solicitar, incluso, el dictamen de especialistas, tanto para conocer el grado de madurez del menor, como para adoptar la medida más adecuada desde el punto de vista psicológico o pedagógico; lo que, sin duda, será especialmente relevante en materia educativa.

Por lo demás, el artículo 92 concede al juez amplia facultad de adopción de la medida concreta aplicable al menor, lo que en modo alguno significa arbitrariedad, sino que el padre que se considere perjudicado podrá recurrir ante la Audiencia Provincial, y el propio juez que la adoptó podrá revisarla cuando cambien las circunstancias.

Dada la gran variedad de situaciones, no es posible hacer una enume-

ración exhaustiva de las medidas que el juez puede adoptar. En otro lugar [33] he indicado que acaso la hipótesis del hijo único sea la que mayores problemas plantee en la práctica, porque, con frecuencia, el proceso matrimonial se convierte en una disputa por el hijo. Según las circunstancias el juez podrá encomendar la guarda a uno u otro de los cónyuges, bien por períodos fijos de tiempo, o hasta, o desde cierta edad; bien entendido que las decisiones más importantes para el menor, no podrán ser adoptadas unilateralmente por aquél con quien conviva, sino de común acuerdo ambos progenitores, o, en otro caso, acudiendo al procedimiento del artículo 156, antes expuesto. Habiendo varios hijos del matrimonio, puede hacerse una distribución cuantitativa, encomendando, por ejemplo, la mitad de ellos o los de un sexo, al padre, y los del otro, a la madre. También cabe una distribución temporal, como en el caso anterior. Puede ser aconsejable una distribución cualitativa de suerte que a uno de los padres se le atribuya el ejercicio normal de las facultades asistenciales y al otro las educativas, bien entendido que las decisiones importantes deban ser resueltas conjuntamente.

Ya se ve cómo la ley concede al juez amplio abanico de posibilidades de decisión teniendo como objetivo fundamental el bien del hijo. Esta finalidad es la que puede fundamentar la privación de la patria potestad a uno o a ambos progenitores, y que debe acordarse en la sentencia matrimonial cuando se acrediten hechos suficientes que la justifiquen, y que, en todo caso, será una medida excepcional.

Las decisiones sobre educación del hijo que se adopten en la sentencia matrimonial firme van a regir hasta que aquél llegue a la mayoría de edad; sin embargo, no producen cosa juzgada y pueden modificarse por el juez cuando cambien las circunstancias. Si se produce la reconciliación de los cónyuges y éstos reanudan la convivencia, ello repercutirá en la educación de los hijos menores, restableciéndose la situación anterior a la crisis matrimonial.

4. La educación como derecho de los tutores y otras personas

La tutela es una institución jurídica para-familiar, y aunque puede organizarse con arreglo a principios diversos, y aun opuestos (así se habla de tutela de familia, tutela de autoridad, tutela administrativa), siempre aparece con carácter subsidiario y subordinado respecto a la patria potestad; lo primero, porque existiendo padres no inhabilitados, no hay tutor; lo segundo, porque las facultades del tutor son paralelas, pero no idénticas, a las de los padres, y en ellas resalta siempre más el aspecto de deber que el

de derecho, es decir, su naturaleza de función. Por todo ello, en la lista de sujetos titulares del derecho a la educación, los tutores figuran en lugar secundario y subordinado, supliendo la carencia o deficiencia de los progenitores. Para desarrollar este aspecto, nada mejor que reproducir la base normativa y compararla con el régimen de la patria potestad.

Dice el artículo 269:

«El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular:

- 1.º A procurarle alimentos.
- 2.º A *educar al menor y procurarle una formación integral.*
- 3.º A promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad.
- 4.º A informar al juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración.»

Según el artículo 271, el tutor necesita autorización judicial para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial (núm. 1.º).

Si se compara con las funciones educativas de los padres, anteriormente expuestas, advertimos que aunque el legislador utiliza términos idénticos (deber de educar a los hijos y procurarles una formación integral), el modo de cumplirlo difiere radicalmente: los padres no están obligados a rendir cuenta a nadie de cómo educan a sus hijos (salvo que se produzca incumplimiento grave y notorio), mientras que el tutor se encuentra sujeto a control judicial, y en los casos de tutela de incapacitados, las decisiones más graves precisan expresa autorización del juez [34].

No hay que olvidar, además, que aunque el nuevo régimen de la tutela instaurado por la Ley de 24 de octubre 1983 es de tipo judicial, no ha desaparecido del todo el protagonismo de los padres, estableciendo el artículo 233 que «los padres podrán, en testamento o documento público notarial, nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos, u *ordenar cualquier otra disposición sobre la persona* o bienes de sus hijos menores o incapacitados». Estas disposiciones vincularán al juez, según el artículo siguiente, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa. Por tanto, en virtud de las facultades otorgadas por el artículo 223 los progenitores pueden disponer sobre la educación de sus hijos o, incluso, nombrar un tutor de su confianza que las lleve a efecto. De aquí resulta la posición subordinada del tutor en materia educativa, pues no sólo está sujeto al control judicial, sino que, en su caso, deberá atenerse a las instrucciones de los padres.

Por otro lado, el evidente paralelismo de las facultades educativas de los tutores y de los padres, autoriza a entender que aquéllas han de ejercerse «en beneficio de los hijos (y de los incapaces) y de acuerdo con su personalidad», y ello a pesar de que el artículo 269 no contenga la especificación del artículo 154.

En resumen, el tutor único o el tutor de la persona del menor o incapacitado, son titulares activos del derecho a la libertad de enseñanza y de educación, en sustitución de los padres, ejerciendo tales funciones, bien sea en cumplimiento estricto de las instrucciones de éstos, judicialmente homologadas, bien sea directamente bajo la autoridad judicial, a quien deben rendir, en todo caso, cuenta periódica de su actuación. La ley se cuida de advertir que, tratándose de deficientes es objetivo primordial de la actuación del tutor «promover la adquisición o recuperación de la capacidad... y su mejor inserción en la sociedad», exigiéndose autorización judicial expresa «para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial». Al margen de discrecionalidad del tutor, en el ejercicio de sus facultades educativas, es, por tanto variable, siendo más amplio cuando los padres no han dado instrucciones en este punto. En cualquier caso, el bien del tutelado es un límite esencial y criterio básico de actuación, cuya infracción puede acarrearle responsabilidad al extinguirse la tutela.

La reforma de 1987 ha introducido en nuestro Código la figura del acogimiento de menores como forma de protección; hay un acogimiento pre-adoptivo —obligatorio en la mayoría de los países europeos— pero cabe que se adopte como medida transitoria a instancia de los propios progenitores, o que lo decida el juez en atención a las circunstancias concurrentes. Aquí interesa destacar la definición o descripción contenida en el artículo 173.1: «El acogimiento produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien le recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, *educarlo y procurarle una formación integral.*» Hay un evidente mimetismo legal respecto a la definición de la patria potestad, si bien hay que observar que las funciones educativas de la familia acogedora son mucho menos intensas que las de los padres e, incluso, que las de los autores. En el acogimiento interviene la Administración debido a situaciones graves y urgentes en que puede hallarse el menor, por lo cual la familia acogedora colaborará en un programa de asistencia establecido por aquélla; puede darse que los padres no estén privados de la patria potestad, por lo cual correspondería a ellos la última palabra en materia educativa; por último, tiene carácter temporal y transitorio, desembocando, o en una adopción, o en el retorno a la familia de sangre, o en un nuevo acogimiento. En ausencia de progenitores puede, sin embargo, ocurrir que la familia acogedora adopte decisiones educativas en el lugar de aquéllos [35].

5. *La educación formando parte del deber legal de alimentos entre parientes*

En todos los Códigos se regula el deber legal que determinados parientes tienen entre sí de subvenir a las necesidades vitales más perentorias; esta obligación es manifestación de la solidaridad familiar y, en último término, se fundamenta en el derecho a la vida cuyo último garante es el Estado. La ley quiere que antes de dirigirse a la Administración en general, el derecho a la vida se haga valer frente las personas unidas al necesitado por estrechos vínculos de parentesco. Según el artículo 142.2 «los alimentos comprenden también la *educación e instrucción del alimentista* mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable». Nos encontramos ante una nueva perspectiva civil del único y fundamental derecho a la educación que proclama el artículo 27.1 C.E., advirtiendo, sin embargo, que el obligado a prestar alimentos no lo está, en términos generales, a educar él mismo, sino a procurar la educación del alimentista, facilitando para ello los necesarios medios económicos; es una obligación dineraria que puede revalorizarse periódicamente y que se modaliza conforme «al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe» (artículo 146). Es una obligación que se engloba entre las obligaciones derivadas de la patria potestad, pero que puede extenderse a otros sujetos.

Los gastos de educación como integrantes de la obligación alimenticia pueden solicitarlos los menores de edad, y también los mayores que por causas ajenas a su voluntad no han podido completar su formación (caso hoy normal en los estudios universitarios); por supuesto, también los incapacitados.

De las personas mencionadas en el artículo 143, como obligadas a prestar alimentos, aquí nos interesan principalmente los ascendientes; los padres, en primer lugar, pero, en su defecto, los abuelos aunque no son titulares de la patria potestad ni lo sean de la tutela, y, eventualmente, otros ascendientes. Los hermanos tienen un deber más restringido («auxilios necesarios para la vida») pero también «los que precisen para su educación», sin limitación, incluyendo los posteriores a la mayoría de edad en las circunstancias dichas. En cambio, será más insólito que un cónyuge reclame al otro alimentos para completar su formación, aunque no debe eliminarse (cónyuges con gran diferencia de edad, siendo menor uno de ellos) [36].

6. *A modo de conclusiones*

Como resumen de lo hasta aquí expuesto cabe concluir:

1.º) En el plano constitucional, el artículo 27, aun conteniendo elementos positivos, no satisface plenamente a los partidarios de la libertad de enseñanza por dejar amplio arbitrio al legislador ordinario, y contener excesivos «márgenes de constitucionalidad» a merced de la ocasional mayoría parlamentaria.

2.º) En el marco de la legislación civil, los derechos educativos de la persona y de la familia se encuentran aceptablemente regulados en las leyes promulgadas después de la Constitución, las cuales han perfeccionado cuestiones de detalle y han proclamado el *bonum filii* o *bonum educandi* como principio orientador de la actuación judicial.

En el caso de las familias normales apenas si se registran reclamaciones ante los Tribunales en materia educativa.

Más frecuentes son los pleitos sobre la custodia de los hijos, cuya resolución repercute indirectamente en la educación de los mismos.

Dirección del autor: Gabriel García Cantero, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, 50071 Zaragoza.

Fecha de recepción de la versión definitiva de este artículo: 10.VI.1993.

NOTAS

- [1] En los últimos años la bibliografía española es muy abundante, pero me permito destacar dos contribuciones significativas de civilistas.

Con anterioridad a la Constitución de 1978 se habían hecho meritorios esfuerzos doctrinales para plantear y fundamentar esta problemática. *Vide* en tal dirección la monografía de CASTÁN TOBEÑAS, J. (1969) *Los derechos del hombre* (Madrid, Reus) (cuya 3.ª ed. a cargo de M.ª Luisa Castán aparece en 1985), en la que se señala que en los textos constitucionales del siglo xx empiezan a reconocerse ya los derechos familiares junto a los individuales, perteneciendo al primer grupo el derecho a la educación y a la enseñanza, mientras que en las últimas Declaraciones de Derechos se propende a incluir aquéllos en el grupo de los derechos culturales (op. cit., 3.ª ed., p. 36s.).

Merece destacarse asimismo la atención que el Prof. Lacruz Berdejo ha dispensado al tema educativo en sus obras generales sobre el Derecho de Familia, especialmente en sus *Elementos de Derecho civil*, en la que han colaborado varios de sus discípulos. Últimamente en *Elementos I-2*, p. 70, al tratar de los derechos de la personalidad incluye la libertad de enseñanza y de creación de centros docentes, y en *Elementos IV-1*, 3.ª ed., subraya el derecho constitucional de los padres a criar al hijo y controlar su educación (p. 41).

- [2] Así opina EMBID IRUJO, A. (1983) *Las libertades en la enseñanza* (Madrid, Civitas), p. 180.

- [3] A juicio de SÁNCHEZ AGESTA, L. (1978) *Sistema político de la Constitución española* (Madrid), p. 140s., el art. 27 de la C. E. es desordenado y confuso, fruto del consenso. Apunta —en mi opinión— a una cuestión clave de ESTEBAN, J. (1980). *El régimen constitucional español* (Barcelona, Bosch), p. 202, cuando denuncia la indeterminación de aquel precepto, dependiendo su desarrollo de la correlación de fuerzas en el Parlamento. Más matizado es el parecer de ALZAGA, O. (1978) *La Constitución española de 1978* (Madrid), p. 250s., cuando escribe que el art. 27 «ni es tan vago como se pretende en ocasiones, ni merece desde una óptica política un juicio absolutamente negativo», lo que evidentemente no excluye el que se le valore desde perspectivas no políticas.

Por su parte, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. (1979) *La educación de la Constitución española*, en *Persona y Derecho*, 6, p. 217s., describe con gran lucidez la discusión constitucional en este punto: «En la Constitución de 1978 el debate se planteaba esencialmente en un enfrentamiento de posiciones que puede resumirse en estos términos: *Libertad de enseñanza versus alternativa socialista de la escuela pública autogestionada*, o bien, *pluralismo escolar frente a escuela única aunque pluralista*. Con la libertad de enseñanza se trataba de constitucionalizar, por una parte, el derecho de todos a crear y dirigir establecimientos de enseñanza libremente, el derecho preferente de los padres y tutores a escoger para sus hijos la educación que prefieran con arreglo a sus personales convicciones, y el deber del Estado de financiar, con arreglo al principio de igualdad, el derecho a la educación. Por otra parte, la alternativa socialista trataba de constitucionalizar un modelo único de escuela pública, en tanto que instrumento para asegurar la educación de todos en igualdad de condiciones que habría de gestionarse, no burocratizadamente por la Administración pública sino con arreglo a esquemas organizativos de autogestión, mediante la participación paritaria de Administración, profesorado, padres, personal no docente y, en su caso, los alumnos mismos de cada centro educativo. La escuela única y pluralista... debería desplazar, según esta pretensión, antes o después, al pluralismo de escuelas. La escuela privada —que cubre en España un importante campo de las actuales necesidades de escolarización a todos los niveles— podría respetarse mientras siga subsistiendo, pero prohibiendo toda ayuda directa o indirecta de los Poderes públicos. Quien quiera ir a un colegio privado, que se lo pague él mismo; el erario público tiene que sufragar sus propias e inagotables necesidades. A su juicio, el actual artículo 27 C.E., resultado del consenso, ha tenido un complemento fundamental en el párrafo 2.º del artículo 10, introducido por el Senado, pues obligará a tener en cuenta, en materia educativa, el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, de las Naciones Unidas (1966), el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de la misma fecha, la Convención de 1960 relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, el Convenio europeo de Roma para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 1950, y la Declaración de los Derechos del Niño (la de 1959 ha sido sustituida por la de 1989).

- [4] Observa MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. *o.c.*, p. 218, nota 4, que este artículo, junto con otros muchos, se aprobó sobre la base de un acuerdo entre UCD y PSOE forjado fuera de las sesiones públicas parlamentarias, después de que en el seno de la Ponencia, el diputado socialista señor Peces-Barba hubiera manifestado una firme oposición en relación precisamente con el tema educativo, dos meses antes, por lo cual ya no hubo debate sobre dicho artículo en ninguna de las sucesivas fases de elaboración parlamentaria.

Los trabajos parlamentarios pueden seguirse en la extensa obra de TRAVERSO, J. D. (1978) *Educación y Constitución* (Madrid).

- [5] En frase de EMBID IRUJO, A. *o.c.*, p. 181.
 [6] Así EMBID IRUJO, A. *o.c.*
 [7] MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. *o.c.*, p. 234, diferencia acertadamente los dos conceptos

que se mencionan en el artículo 27.1: «El derecho a la educación nos remite a la posición jurídica de quien carece de educación o instrucción en una u otra medida, en cuanto debe reconocérsele titular de facultades de hacer y poderes de exigir para lograr obtener ese bien que no posee, constituido por tal o cual grado o nivel de enseñanzas. Mientras la libertad de enseñanza se refiere al derecho de enseñar o de educar, el derecho a la educación tiene por objeto la recepción de la educación y por titular a toda persona en cuanto virtual educando; el destinatario de la enseñanza y de la educación debe considerarse siempre como el sujeto al que corresponde el protagonismo principal en toda actividad educativa, y han de ser sus derechos —los fines personales, humanos, a que éstos se ordenan— los que ofrezcan la base más firme para los derechos y libertades de los educadores y de las escuelas».

- [8] Escribire ORLANDIS, J. (1979) *El derecho a la libertad escolar*, *Persona y Derecho*, 6, p. 115s.: «Existe un peligro que no es prudente desconocer y que vale la pena denunciar de antemano: que se reconozca teóricamente la libertad escolar, pero que en la práctica se convierta en un engaño.» «Una pura libertad formal, esto es, un simulacro de la verdadera libertad. Éste sería el resultado a que llevaría un tratamiento discriminatorio de la financiación escolar, que reservase toda la ayuda pública para las escuelas estatales y la negara sistemáticamente a las escuelas libres... La escuela libre, en condiciones de manifiesta inferioridad y abandonada a sus solos recursos, estaría sentenciada a morir a corto plazo, que es lo que ha sido siempre, en definitiva, el objetivo de todos los estatismos totalitarios.»
- [9] Así EMBUD IRUJO, A. o.c., p. 187s.
- [10] Insiste con gran energía en el principio de subsidiariedad, GARCÍA HOZ, V. (1979) *La libertad de educación y la educación para la libertad*, en *Persona y Derecho*, 6, p. 37: «Dado que el Estado no puede educar imponiendo una determinada concepción cultural o religiosa no queda otro camino sino el de facilitar esta labor a quienes pueden realizarla. En primer lugar, a los propios sujetos que se educan o a quienes tienen la responsabilidad de sus vidas, es decir, a los padres. En segundo lugar, a las distintas entidades sociales (entidades culturales, entidades asistenciales, entidades religiosas) para que a través de su actuación se pueda llegar a una auténtica educación, es decir, a una educación en la que no quede marginada ninguna de las posibilidades humanas»; VELA, L. (1980) *Principios de Filosofía del derecho y doctrina eclesial en materia educativa*, en el vol. colectivo *Los Acuerdos entre la Iglesia y España* (Madrid), p. 387ss.; LÓPEZ MEDEL, J. (1983) *La escuela no ha muerto*, 2.ª ed. (Zaragoza), p. 53s. Este autor había escrito anteriormente en relación con el artículo 27 C.E.: «Estamos ante una encrucijada. Habrá que ver hasta el último reglamento de desarrollo de las distintas leyes, o la última partida del financiamiento, para ver el grado y medida de una verdadera libertad de enseñanza planteada desde los derechos del Niño, de los Padres y de la Sociedad, y no desde el plano de los poderes fácticos, más o menos turnantes» *¿A dónde va la educación?* (Zaragoza, 1981), p. 91.
- [11] EMBUD IRUJO, A. o.c., p. 186ss.
- [12] EMBUD IRUJO, A. o.c., p. 190.
- [13] MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J. L. o.c., p. 234.
- [14] LACRUZ BERDEJO, J. L. (1990) *Elementos de Derecho civil*, IV-1, 3.ª ed., p. 40.
- [15] LACRUZ BERDEJO, J. L. (1990) o.c., p. 41.
- [16] En general sobre los problemas que suscita el nuevo artículo 172, después de la reforma de 1987, vide SERRANO GARCÍA, I. en el vol. colectivo *Comentario del Ministerio de Justicia*, I (Madrid, 1991), p. 577s.
- [17] Ha visto bien el problema EMBUD IRUJO, A. o.c., p. 206.
- [18] Sobre el régimen derogado de la patria potestad, para comparar las diferencias, pueden consultarse obras generales de Derecho de Familia: DÍEZ PICAZO, L. y

- GULLÓN, A. (1978). *Sistema*, IV (Madrid, Tecnos), p. 400; LACRUZ, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A. (1966) *Derecho de Familia* (Barcelona), p. 450, quienes escriben: «El deber de educación e instrucción es el reflejo civil del que, con carácter primario, impone a los padres el Derecho Natural.» Con todo, el tratamiento más extenso y profundo se debe a CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a (1960) *La patria potestad* (Madrid, Revista de Derecho Privado), pp. 197-208, últimamente resumido en CASTÁN TOBEÑAS, J. (1966) *Derecho civil español*, común y foral, V-2.^o; 8.^a ed. con la colaboración de J. M.^a CASTÁN VÁZQUEZ (Madrid, Reus), p. 154s.
- [19] CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a Comentario al artículo 154, o.c., en el vol. colectivo *Comentario del Ministerio de Justicia*, o.c., I, p. 545.
- [20] ASÍ CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a Íd, p. 547.
- [21] ASÍ SANCHO REBULLIDA, F. de A. en LACRUZ, J. L. *Elementos o.c.*, IV-2, 3.^a ed., p. 249, mencionando la Declaración conciliar *Gravissimum educationis* núm. 3, y la Exhortación *Familiaris consortio*, de Juan Pablo II, núm. 36, que reitera la abundante doctrina de los Pontífices anteriores.
- [22] Para el Derecho francés *vide* WEILL, A. y TERRE, F. (1983) *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités* (París), 751 p. ss. Para el Derecho italiano, *vide* RESCIGNO, P., 5.^a ed. *Diritto privato italiano*, 1-2 (Napoli, p. 407ss.).
- [23] En expresión de CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a id., p. 547.
- [24] ASÍ SANCHO REBULLIDA, F. de A. en LACRUZ, o.c., p. 249.
- [25] CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a Comentario al artículo 158, en *Comentario del Ministerio de Justicia*, o.c., I, p. 554.
- [26] Para el Derecho italiano lo subraya RESCIGNO, P. o.c., p. 409.
- [27] ASÍ CASTÁN, J. M.^a, pp. 55.
- [28] Insiste especialmente en ello RESCIGNO, P., o.c., p. 407.
- [29] CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a o.c., p. 552.
- [30] GARCÍA CANTERO, G. (1982) *Comentarios al Código civil dirigidos por M. Albadalejo*, II, 2.^a ed. (Madrid), p. 462.
- [31] GARCÍA CANTERO, G. o.c., p. 380.
- [32] El texto del artículo 159 según la reforma de 1981 era el siguiente: «Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo.» Había dificultades para concordar este artículo con el 92 como puse de relieve en otro lugar (op. cit., p. 392). El contenido del artículo 159 se ha considerado discriminatorio para el progenitor varón, y por ello ha sido derogado por la Ley de 15 octubre 1990. De cualquier modo, ahora queda claro que el régimen general está contenido en el artículo 92.
- [33] GARCÍA CANTERO, G. o.c., p. 392s.
- [34] Sobre el régimen tutelar originario del Código Civil véase ESCOBAR DE LA RIVA, E. (1943). *La tutela* (Madrid, Revista de Derecho Privado), p. 145ss.; LETE DEL RÍO, J. M. (1978) *Comentarios Albadalejo*, IV (Madrid). Después de la reforma de 1983, véase la 2.^a ed. de LETE DEL RÍO, J. M. (1985) (Madrid, Edersa), GIL RODRÍGUEZ, J. (1985) Comentario al artículo 269, en *Comentario del Ministerio de Justicia*, I, p. 793ss.
- [35] En general sobre esta nueva figura de asistencia a menores e incapacitados, véase GARCÍA CANTERO, G. *Notas sobre el acogimiento familiar*, 1992-1, p. 305ss.; específicamente sobre el artículo 173, véase el comentario de SERRANO GARCÍA, I. (1991). *Comentarios del Ministerio de Justicia*, I, p. 580ss.

- [36] En general, sobre el deber legal de alimentos entre parientes: GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN, J. *Derecho civil español, común y foral*, V-2.º, 9.ª ed. o.c., LACRUZ, J. L. *Elementos de Derecho civil*, IV-1.º; BOSCH, J. M.ª 3.ª ed. (Barcelona), p. 45ss.: DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1990) Comentario a los artículos 142ss., en *Comentarios del Ministerio de Justicia*, I, p. 522ss.

BIBLIOGRAFÍA

- ALZAGA, O. (1978) *La Constitución Española de 1978. (Comentario sistemático)* (Madrid).
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1969) *Los derechos del hombre* (Madrid, Reus).
- CASTÁN TOBEÑAS, J. y COLS. (1966) *Derecho civil español, común y foral*, vol. 2.º, 8.ª ed. (Madrid, Reus).
- CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.ª (1960) *La patria potestad* (Madrid, Revista de Derecho Privado).
- CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.ª y COLS. Comentarios al artículo 154 C.C., en el vol. colectivo *Comentario del Ministerio de Justicia*, I (Madrid, Ministerio de Justicia).
- DE ESTEBAN, J. (1980) *El régimen constitucional español* (Barcelona, Bosch).
- DELGADO ECHEVARRÍA, J. Comentario a los artículos 142ss., en *Comentario del Ministerio de Justicia*, I. (Madrid, Ministerio de Justicia).
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1978) *Sistema IV* (Madrid, Tecnos).
- EMBID IRUJO, A. (1983) *Las libertades en la enseñanza* (Madrid, Civitas).
- ESCOBAR DE LA RIVA, E. (1943) *La tutela* (Madrid, Revista de Derecho Privado).
- GARCÍA CANTERO, G. (1982) *Comentarios al Código Civil dirigidos por M. Albadalejo*, II, 2.ª ed. (Madrid, Edersa).
- (1992) *Notas sobre el acogimiento familiar* (Madrid, Revista Actualidad Civil).
- (1985) en CASTÁN, J. *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, vol. 2.º, 9.ª ed. (Madrid, Reus).
- GARCÍA HOZ, V. (1979) La libertad de la educación y la educación para la libertad, *Persona y Derecho*, 6, pp. 13-55.
- GIL RODRÍGUEZ, J. Comentario al artículo 269 en *Comentarios del Ministerio de Justicia*, I. (Madrid, Ministerio de Justicia).
- LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil* (Barcelona, Bosch).
- (1990) *Elementos I-2* (Barcelona, Bosch).
- (1990) *Elementos IV-1*, 3.ª ed. (Barcelona, Bosch).
- (1966) *Derecho de familia* (Barcelona, Bosch).
- LETE DEL RÍO, J. M. (1978) *Comentarios Albadalejo*, IV (Madrid, Edersa).
- (1985) *Comentarios Albadalejo*, 2.ª ed. (Madrid, Edersa).
- LÓPEZ MEDEL, J. (1983) *La Escuela no ha muerto*, 2.ª ed. (Zaragoza).
- (1981) *¿A dónde va la Educación?* (Zaragoza).
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. (1979) La educación en la Constitución española *Persona y Derecho*, 6.
- ORLANDIS, J. (1979) El derecho a la libertad escolar, *Persona y Derecho*, 6.
- RESCIGNO, P. (1976) *Diritto privato italiano*, 1-2 (Napoli, Uted).

- SÁNCHEZ AGESTA, L. (1978) *Sistema político de la Constitución española* (Madrid).
- SERRANO GARCÍA, I. (1991) *Comentario del Ministerio de Justicia, I* (Madrid, Ministerio de Justicia).
- TRAVERSO, J. D. (1978) *Educación y Constitución* (Madrid).
- VELA, L. (1980) Principios de filosofía del derecho y doctrina eclesial en materia educativa, en vol. colectivo *Los acuerdos entre la Iglesia y España* (Madrid).
- WEIL, A. y TERRE, F. (1983) *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, 5.^a ed. (París, Sirey).

SUMMARY: LAW, FAMILY AND EDUCATION IN CONTEMPORARY SPAIN.

This paper makes a critical study of the 27th article of the Spanish Constitution of 1978, which regulates the freedom of education. It analyzes the Civil law aspects of this freedom in relation to parental authority and guardianship.

KEY WORDS: Constitutional Law. Freedom of education. Family. Guardianship.