

# EL DERECHO DE LOS PADRES A QUE SUS HIJOS RECIBAN UNA FORMACIÓN RELIGIOSA Y MORAL DE ACUERDO CON SUS PROPIAS CONVICCIONES: PATRIA POTESTAD Y AUTONOMÍA DEL MENOR

SILVIA GASPAR LERA  
Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad de Zaragoza

Recepción: 24/05/2010  
Aceptación después de revisión: 28/06/2010  
Publicación: 10/12/2010

I. PLURALIDAD CULTURAL Y FAMILIAS MULTICULTURALES: REALIDAD SOCIAL Y JURÍDICA. II. EL DERECHO DE LOS PADRES A QUE SUS HIJOS RECIBAN UNA FORMACIÓN RELIGIOSA Y MORAL DE ACUERDO CON SUS PROPIAS CONVICCIONES. III. DETERMINACIÓN POR EL MENOR DE SU PROPIO INTERÉS EN MATERIA DE EDUCACIÓN. IV. DETERMINACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR EN MATERIA DE EDUCACIÓN CUANDO SUS PADRES NO CONVIVEN: 1. *La patria potestad como presupuesto del derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones*. 2. *La privación de la patria potestad: incidencia de las creencias de sus titulares y efectos sobre la facultad de influir en la formación de sus hijos*. 3. *Ejercicio de la patria potestad en las situaciones de falta de convivencia de sus titulares*: 3.1. La guarda y custodia de los hijos: 3.1.1. Criterios judiciales de atribución de la guarda: incidencia de las creencias de los padres. 3.1.2. Contenido de la guarda: facultades del guardador en materia de educación de los hijos. 3.2. Ejercicio de la patria potestad por el progenitor no guardador. 3.3. Las facultades del progenitor no ejerciente en materia de educación de los hijos. V. EL CONFLICTO ENTRE LOS PADRES SOBRE EL TIPO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN RELIGIOSA DE SUS HIJOS: CRITERIOS JUDICIALES DE APRECIACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR. VI. BIBLIOGRAFÍA.

## RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto ahondar en el conflicto suscitado entre los padres sobre la educación y formación religiosa de sus hijos. De lo que se trata es de indicar los criterios que permiten concretar en esta materia el interés del menor. A estos efectos resulta ineludible, con carácter previo, determinar cuándo el menor tiene aptitud para ejercitar por sí el derecho de libertad religiosa. En los casos en que falta esa aptitud y los padres no conviven, la solución pasa por determinar si la atribución de la guarda, o el ejercicio de la patria potestad por uno de ellos, comportan la facultad de decidir en exclusiva sobre la educación de los hijos comunes.

**PALABRAS CLAVES:** libertad religiosa; educación de los hijos; patria potestad; interés del menor.

#### ABSTRACT

The aim of the present work is to go in depth into parental disagreement over the right to set out in what religion their child shall be brought up. Criteria to concrete in this matter minor interest involve, firstly, to settle on when children should be able to participate in reaching such a decision. As minor lacks aptitude to exercise himself the right of religious freedom, a suitable solution demands to establish the scope of custody and the powers and duties of parental responsibility as it is held by one of the progenitors on the education of their children.

**KEY WORDS:** religious freedom; child education; parental responsibility; minor interest.

### I. PLURALIDAD CULTURAL Y FAMILIAS MULTICULTURALES: REALIDAD SOCIAL Y JURÍDICA

La presencia en un mismo espacio de soberanía de grupos de personas caracterizados por rasgos comunes —étnicos, religiosos, lingüísticos o nacionales—, que reclaman una identidad cultural propia, es un hecho en la mayoría de las sociedades contemporáneas. En el marco de esa realidad plural, que cabe identificar como multiculturalidad, afloran relaciones de muy diversa índole, que no siempre encuentran acomodo apropiado en el ámbito en el que se establecen, planteando problemas jurídicos específicos desprovistos muchas veces de una respuesta normativa concreta<sup>1</sup>.

En este contexto adquiere singular relieve la diversidad de pensamiento y de conciencia de los individuos y la actitud que en cada ordenamiento jurídico asumen los poderes públicos ante el hecho religioso. Y es que así como el constitucionalismo es inconcebible sin pleno respeto hacia la libertad ideológica y religiosa, tanto de las personas como de los grupos aglutinados en torno a creencias compartidas, dista de ser unánime en lo que se refiere a las relaciones del Esta-

<sup>1</sup> Los estudios sobre el fenómeno social de la multiculturalidad —que ha sido abordado no sólo desde una perspectiva jurídica, sino también sociológica, política y filosófica— han puesto de manifiesto las lagunas y contradicciones del sistema jurídico occidental en orden a su gestión, así como la incapacidad del legislador para hacer frente a las necesidades y problemas que comporta. Esto último ha llevado a afirmar el particular protagonismo del juez en esta materia, en la que la norma parece abocada a perder su papel imperial. Cfr. DE LUCAS MARTÍN, J., «La sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos», en *La multiculturalidad*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001, págs. 9 y 96 a 103.

do con las confesiones<sup>2</sup>. El Derecho español ha acogido el modelo de aconfesionalidad, aunque sin utilizar expresamente este término, al establecer en el art. 16.3 de la Constitución que ninguna confesión puede tener carácter estatal. Ello supone que el Estado no se rige en sus actuaciones por parámetros religiosos, sino por el principio de neutralidad frente a todas las doctrinas o creencias, de manera que ninguna de ellas puede resultar beneficiada o perjudicada como resultado de la actuación de los poderes públicos<sup>3</sup>.

Mas lo anterior no excluye, como resulta del propio precepto citado, el establecimiento de relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las confesiones que reflejen las creencias de la sociedad española<sup>4</sup>. La celebración a estos efectos de los correspondientes Acuerdos con el Estado —lo que exige dilucidar con carácter previo qué se entiende por confesión religiosa— tiene consecuencias jurídicas relevantes<sup>5</sup>. Y es que dichos Acuerdos constituyen la base para, por ejemplo,

<sup>2</sup> En relación con lo expuesto en el texto resulta significativo el art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que, tras proclamar la libertad de religión, guarda silencio sobre la naturaleza de las relaciones que los Estados deben mantener con las confesiones religiosas. Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., «Las libertades de conciencia en el ordenamiento español», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 2, 2003, págs. 1889 a 1908.

<sup>3</sup> A diferencia de lo que ocurre en otros campos, como el educativo o el sanitario, el Estado no puede ofrecer un servicio público en orden a hacer efectivo el derecho de libertad religiosa, pues el principio de aconfesionalidad o laicidad positiva, como ha expresado reiteradamente el Tribunal Constitucional, «veda cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y estatales» (SSTC 128/2001, de 4 de julio, F. 2; 101/2004, de 2 de julio, F. 3; 38/2007, de 15 de febrero, F. 5; 128/2007, de 4 de junio, F. 5).

<sup>4</sup> Son diversos los términos que se han empleado para expresar la fórmula que recoge el art. 16.3 de la Constitución; a saber: aconfesionalidad, laicidad positiva y neutralidad. Como se ha puesto de manifiesto, el alcance de dichos términos no puede determinarse adecuadamente, sino con referencia a los demás principios del sistema que informan la cuestión religiosa —libertad de creencias y cooperación del Estado con las confesiones—; de ahí que en el caso español no proceda interpretar la laicidad en clave laicista, pues no comporta una separación hostil u oposición de los poderes públicos respecto de la religión (en este sentido, por todos, *vid.* FERRER ORTIZ, J., «Aconfesionalidad y laicidad: ¿nociones coincidentes, sucesivas o contrapuestas?», en *Estado aconfesional y laicidad*, Cuadernos de Derecho Judicial, n.º 1, 2008, págs. 407 a 425). Con todo, no está de más poner de relieve que los problemas que plantea en la práctica la gestión jurídica del factor religioso vienen propiciados por el enfrentamiento suscitado entre quienes, acaso por recelo ante la perpetuación de una confesionalidad sociológica, reclaman una absoluta separación entre los poderes públicos y todas sus manifestaciones de orden religioso, y los que, con base en el principio constitucional de cooperación entre los poderes públicos y las diversas confesiones, se oponen a la imposición de un laicismo de Estado (sobre este particular, cfr. OLLERO, A., *Un Estado laico. La libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson-Reuters, 2009, págs. 63 a 108).

<sup>5</sup> De conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (LOLR), para celebrar Acuerdos de cooperación con el Estado es preci-

reconocer eficacia civil al matrimonio religioso o incluir la religión en programas oficiales de enseñanza<sup>6</sup>.

Con estos presupuestos, de lo que aquí se trata es de abordar uno de los problemas específicos que plantea la realidad de la diversidad cultural en el ámbito de las relaciones familiares. Conviene anticipar que en dicho ámbito las dificultades traen causa, por lo general, de la ruptura de matrimonios o uniones de hecho entre personas que profesan creencias diferentes; y que adquiere particular relieve, por sus implicaciones y por el hecho de que comienza a ser cada vez más frecuente en la práctica de los tribunales, el conflicto suscitado entre los padres que ya no conviven sobre la educación y formación integral de sus hijos comunes. La respuesta a esta clase de desacuerdos, que constituye el objeto de la ulterior exposición, no es fácil si se tiene en cuenta lo siguiente: que no viene facilitada de forma expresa por la legislación vigente; que es muy escasa la doctrina que se ha ocupado de la materia; y que no hay al respecto una jurisprudencia consolidada, aca-

---

so que las iglesias, confesiones y comunidades de que se trate hayan alcanzado notorio arraigo en España y estén inscritas en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia (art. 7). Por cuanto se refiere al requisito del notorio arraigo, el legislador se limita a señalar en el citado precepto que vendrá determinado por su ámbito y número de creyentes, de manera que a falta de un procedimiento específico para declararlo habrá de ser apreciado caso por caso. Y en lo que hace a la exigencia de la inscripción, es preciso poner de relieve que la función del encargado del Registro es meramente formal y reglada, correspondiendo a los tribunales, en su caso, el control de fondo o de legitimidad de las creencias religiosas (STC 46/2001, de 15 de febrero, con un voto particular al que se adhieren cuatro magistrados). El cometido de la Administración consiste, pues, en comprobar: que la solicitud de inscripción viene acompañada de la documentación requerida; que no comporta un atentado contra el orden público concretado en la salvaguarda de la seguridad, la salud y la moralidad pública (art. 3.1. LOLR); y que no se refiere a actividades, finalidades o entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos ajenos a los religiosos (art. 3.2 LOLR). Sobre los problemas que plantea en la práctica la inscripción de las confesiones que representan las creencias religiosas de la sociedad española, cfr. MANTECÓN SANCHO, J., «Praxis administrativa y jurisprudencia en torno a la inscripción de las confesiones y entidades confesionales en el Registro de Entidades Religiosas», en *Pluralismo religioso y Estado de Derecho*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, págs. 289 a 331.

<sup>6</sup> Se ha afirmado que el principio de cooperación del Estado con las confesiones supone reconocer relevancia pública al fenómeno religioso, de manera que la profesión de una religión deja de ser un mero asunto privado de los ciudadanos, y las religiones institucionalizadas, la tutela de cuyos derechos conecta con el derecho de los individuos a la libertad religiosa, encuentran en la esfera pública, por derecho propio, un lugar de expresión y difusión de sus ideas: desde el ámbito de la educación, la cultura o la ciencia, al de las actividades sin fin de lucro, de los medios de comunicación e incluso de presión política. Cfr. MARTÍNEZ TORRÓN, J., «Transición democrática y libertad religiosa en España», *Persona y Derecho*, vol. 53, 2005, pág. 202.

so porque la tradicional uniformidad de creencias no planteó este tipo de problemas.

La búsqueda de una solución adecuada a las situaciones descritas exige la consideración de diversos elementos, que marcan el orden de proceder en la exposición. De entrada, la aptitud del menor para ejercer por sí su derecho de libertad religiosa y, en consecuencia, para resolver la controversia determinando su propio interés. En los supuestos en que no exista esa aptitud, resulta preciso conocer si las decisiones en materia de educación de los hijos corresponden a los dos o a uno solo de los padres, lo que vendrá establecido, como habrá ocasión de comprobar, por la forma en que se hubiere acordado el ejercicio de la patria potestad. Cuando como consecuencia de todo lo anterior deba reconocerse a ambos progenitores el derecho a que sus hijos reciban una formación conforme a sus convicciones, la indicación de criterios objetivos en orden a la superación del desacuerdo no resulta sencilla, señaladamente si las pretensiones contradictorias formuladas por aquéllos vienen asociadas a confesiones reconocidas por el Estado. De ahí que en este punto, incluso deba desestimarse de antemano la posibilidad de llegar a una respuesta plenamente satisfactoria<sup>7</sup>.

## II. EL DERECHO DE LOS PADRES A QUE SUS HIJOS RECIBAN UNA FORMACIÓN RELIGIOSA Y MORAL DE ACUERDO CON SUS PROPIAS CONVICCIONES

En el ordenamiento jurídico español, el derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación conforme a sus propias convicciones

---

<sup>7</sup> La Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo —que versa sobre las restricciones del régimen de visitas impuestas a un padre en razón de sus creencias—, sirvió para poner de manifiesto la dificultad existente a la hora de determinar las consecuencias positivas o negativas que las diversas religiones tienen en la personalidad de sus miembros y, muy en especial, en la personalidad en fase de formación de los menores. Con ocasión del referido pronunciamiento, planteó BERCOVITZ la cuestión relativa al criterio a seguir por los tribunales ante una eventual confrontación de los progenitores por religiones sobre las que no pesa sospecha alguna de su influencia negativa o destructiva: «¿Deberán optar por la creencia religiosa mayoritaria en España, o en el lugar de residencia y medio social de los progenitores? ¿Deberán optar por la religión preferida por el menor de diez años, que normalmente será la de aquel de los progenitores con quien se lleve mejor por las razones más variopintas? ¿Deberán optar por la religión del progenitor que conserve la guarda y custodia del niño de cuatro años? ¿Deberán optar por la religión del resto de la familia, del entorno profesional de los progenitores?...» (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Derecho de los progenitores a la formación religiosa y moral de sus hijos», *Aranzadi Civil*, n.º 8, 2000, págs. 11 y 12).

encuentra fundamento, con carácter general, en el art. 16.1 y 2 de la Constitución, que garantiza el derecho de libertad religiosa en su doble dimensión individual y colectiva, y como inmunidad de coacción<sup>8</sup>. El referido precepto ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (LOLR), cuyo art. 2.1.c) dispone que este derecho fundamental comprende el de toda persona *a elegir para sí, y para los menores no emancipados o incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*<sup>9</sup>.

Lo anterior debe ponerse en relación con el régimen de la patria potestad, en particular con el art. 154, párrafo segundo, donde se mencionan los deberes y facultades que la integran, entre los que figura expresamente el relativo a educar a los hijos y procurarles una formación integral; deber-facultad que comprende todo lo necesario para el desarrollo de las aptitudes y cualidades del hijo que le permitan desenvolverse en el futuro en las mejores condiciones posibles<sup>10</sup>. Partiendo de lo anterior, en orden a una mayor concreción de la referida función conviene referirse por separado a sus dos manifestaciones:

a) De un lado, la relativa a la formación de la personalidad de los hijos a través de la actuación directa y permanente de los titulares de la patria potestad, con influencia de sus propias creencias y opiniones religiosas, morales, políticas o culturales; formación que encuentra su medio natural en las relaciones familiares o personales entre padres e hijos, y que tiene fundamento en el art. 16.1 de la Constitución<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Art. 16 de la Constitución: *1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público establecido por la ley. 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre ideología, religión o creencias.*

<sup>9</sup> También en los textos internacionales tiene reconocimiento el derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación según sus convicciones: art. 26.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por las NN.UU. el 10 de diciembre de 1948; art. 18.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966; y art. 14.2 de la Convención de las NN.UU. sobre los Derechos del Niño, de 20 noviembre de 1989.

<sup>10</sup> Sobre el contenido de la patria potestad y, más en particular, sobre el alcance de la facultad-deber de educar a los hijos y proporcionarles una formación integral, cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Artículo 154 del Código civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1984, pág. 1053; ROCA TRIAS, E., *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Madrid, Civitas, 1999, págs. 229 a 236, y RÚBIO SAN ROMÁN, J. I., «Artículos 154 a 161 del Código civil», en *Comentarios al Código civil*, coord. J. Rams Albesa, tomo II, vol. 2.º, Barcelona, Bosch, 2000, p. 1483.

<sup>11</sup> Como ha expresado el Tribunal Constitucional, desde la perspectiva del art. 16 de la Constitución, la libertad de creencias de los progenitores comprende, en su dimensión

b) De otro lado, la atinente a la que puede denominarse educación externa o institucionalizada, que comporta la elección por los padres, de acuerdo con sus preferencias, tanto del centro o institución donde el menor cursará sus estudios como de la enseñanza de una determinada religión; ello con base en el art. 27.3 de la Constitución<sup>12</sup>.

Hechas las consideraciones precedentes, es preciso poner de relieve que el interés del menor y el respeto a su personalidad aparecen en todo caso como parámetro del ejercicio de la patria potestad (art. 154, párrafo segundo, del Cc.) y de los singulares derechos fundamentales de los padres a que se ha hecho referencia (arts. 16.1 y 27.3 C.). De ahí la oportunidad de comenzar el examen de la cuestión que aquí nos ocupa —desacuerdo de los padres sobre la educación y formación moral y religiosa de los hijos— recordando que el menor no es un incapaz en términos absolutos<sup>13</sup>. Antes al contrario, el hecho de que el legislador

---

externa, *el derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos*: SSTC 141/2000, de 29 de mayo (F. 5), y 154/2002, de 18 de julio (F. 9).

<sup>12</sup> El art. 27.3 de la Constitución determina que: *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*. Conviene aclarar que el precepto transcrito se refiere al derecho de libertad religiosa en materia de enseñanza; derecho que se reconoce a los padres frente al Estado en lo que atañe a las cuestiones que afectan a la educación de sus hijos. De ahí que se concrete: de un lado, en la posibilidad de elegir un centro docente distinto de los creados por los poderes públicos [art. 4.1.b) de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, que regula el Derecho a la Educación —LODE—] y, de otro lado, en la oportunidad de escoger la enseñanza de una determinada religión, sin que esta opción quede limitada a los centros con un ideario propio [art. 4.1.c) de la LODE y Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, que remite al Acuerdo suscrito por el Estado español con la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, a los Acuerdos de Cooperación celebrados con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Judías de España, la Comisión Islámica de España, y a los Acuerdos que en el futuro pudieran suscribirse con otras confesiones religiosas]. Sobre las dificultades y discrepancias que suscita la determinación del alcance de la libertad de enseñanza en el vigente sistema educativo español, vid. DE DIOS VIÉITEZ, M.<sup>a</sup> V., «Estado social y sistema educativo. Algunas cuestiones que distorsionan la percepción del modelo constitucional», en *Protección jurídica de la persona, tolerancia y libertad*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson-Reuters, 2010, págs. 271 a 287.

<sup>13</sup> En este sentido es ilustrativa la Resolución de 3 marzo de 1989, en la que la Dirección General de los Registros y del Notariado rechaza la existencia de una regla general de incapacidad del menor al no avenirse tal regla con el debido respeto de su personalidad: «... En torno a la situación jurídica del menor de edad en nuestro ordenamiento, debe tenerse en cuenta que no existe una norma que, de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil ... y no cabe derivar esa incapacidad ni del artículo 322 del Código Civil, en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil, ni tampoco de la representación legal que corresponde a los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados. No es la extensión de la representación legal, como instrumento supletorio de la falta de capa-

vincule la capacidad de obrar a partir de una determinada edad —dieciocho años—, presumiendo cuando se alcanza ésta la capacidad natural, no impide que con anterioridad pueda realizar eficazmente determinados actos si tiene suficiente juicio, madurez o discernimiento<sup>14</sup>.

Pues bien, precisamente la educación es uno de los campos en que los padres habrán de ser más respetuosos con la personalidad de sus hijos, de acuerdo con su grado de madurez, de manera que parece claro que a partir de una determinada edad no se podrá imponer a aquéllos una opción educativa concreta del tipo que sea<sup>15</sup>.

### III. DETERMINACIÓN POR EL MENOR DE SU PROPIO INTERÉS EN MATERIA DE EDUCACIÓN

El párrafo segundo del art. 162 del Código civil exceptúa de la representación legal que corresponde a los padres los actos relativos a los derechos de la personalidad —entre los que cabe incluir el de libertad religiosa— u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo<sup>16</sup>. Ciertamente,

---

ciudad, la que delimita el ámbito de ésta, sino a la inversa (*vid.* artículo 162-1.º del Código Civil); y, por otra parte, el artículo 322 del Código Civil debe ser valorado en conexión con la técnica del Código Civil de fijar, con ocasión de la regulación de actuaciones jurídicas concretas, la edad requerida para su válida conclusión (*vid.* artículos 46, 443, 662, 992, 1246 y 1263 del Código Civil, y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, etc.), lo que permite afirmar que si a partir de los dieciocho años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esta edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (artículos 1, 3 y 4 del Código Civil), y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene ni (*sic*) con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad».

<sup>14</sup> Éste es el criterio adoptado con carácter general en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM). En este sentido, en la Exposición de Motivos de la referida disposición legal se lee que: *... La mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección de la infancia es promover su autonomía como sujetos, para ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro.* Y el art. 2 de la referida disposición legal establece que: *Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.*

<sup>15</sup> En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Artículo 154 del Código civil», cit., págs. 1053 y 1054.

<sup>16</sup> Sobre la inclusión del derecho de libertad —una de cuyas más relevantes manifestaciones, considerado en su sentido más amplio, es la ideológica, religiosa y de culto— en la categoría de los derechos de la personalidad se ha pronunciado LACRUZ, afirmando que «el reconocimiento y protección a la libertad, inherente a la condición humana, es una consecuencia de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la per-



aceptar respecto de los menores de edad la titularidad de los derechos de la personalidad pero excluir su ejercicio cuando se tiene madurez suficiente equivaldría a negar la existencia misma del derecho y convertiría la tutela de la personalidad en una falacia<sup>17</sup>. De ahí que deba conferirse al menor —y no a sus padres— la decisión de ciertos asuntos ligados a su persona, tales como, en el ámbito de las opciones religiosas, la de profesar determinadas creencias o no practicar ninguna, elegir un determinado centro docente donde cursar sus estudios u optar por la enseñanza de una religión<sup>18</sup>.

Con estos presupuestos, de lo que se trata ahora es de fijar los criterios que permitan determinar cuándo el menor está en condiciones de concretar su propio interés en la materia indicada. A este respecto conviene poner de relieve que, con carácter general, cabe seguir principalmente dos criterios: el del discernimiento, en cuyo caso lo relevante es que el menor tenga la aptitud psíquica suficiente para comprender la naturaleza del acto que pretende ejecutar y sus consecuencias; y el puramente biológico, que consiste en vincular esa capacidad a una concreta edad, por debajo de la cual se presume que no existe. Pues bien, por lo que hace a la libertad ideológica y religiosa, la LOPJM se limita a reconocer al menor ese derecho (art. 6.1), permitiendo afirmar que

---

sonalidad ... La consideración del hombre en su entidad trascendente y como fin en sí mismo exige el reconocerle una esfera de libertad individual en que desenvolverse responsablemente, y un cierto ámbito de autodeterminación en el orden jurídico y social. El derecho de (o a la) libertad es, así, un derecho primario y general, y garantiza a la persona en su potestad genérica de hacer o no hacer cualquier cosa» (LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil I*, vol. 2.º, 5.ª ed. revisada y puesta al día por J. Delgado Echeverría, Madrid, Dykinson, 2008, págs. 86 y 87).

<sup>17</sup> Con carácter general, se ha puesto de relieve por la doctrina la conveniencia de fomentar en el menor el desarrollo de su personalidad, proporcionándole las máximas oportunidades para discernir y perseguir metas de vida que se traduzcan en una opción autónoma por su parte, acercándolo al umbral de la edad adulta. Este planteamiento conduce a afirmar que es preferible ayudar al menor a desarrollar su propia valoración de intereses y una razonable perspectiva de lo que le conviene, que restringir o excluir su posibilidad en la determinación de su interés y su futuro, con la excusa de los riesgos que conlleva (*vid.*, por todos, RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, 2.ª ed., Madrid, Dykinson, 2007, págs. 171 a 190; y en el sentido apuntado en el texto, refiriéndose expresamente al ejercicio de los derechos de la personalidad, cfr. DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Valencia, 2006, pág. 26).

<sup>18</sup> Como se expuso con anterioridad, la libertad religiosa en materia de enseñanza, reconocida en el art. 27.3 de la Constitución, garantiza frente a los poderes públicos el derecho a elegir centro docente y la enseñanza de una determinada religión. Pues bien, procede ahora precisar que dicho precepto debe interpretarse según los criterios que rigen el ejercicio de la libertad religiosa por el menor, de manera que la elección corresponderá a éste cuando tenga capacidad suficiente.

corresponde a los hijos la facultad de elegir su religión y creencias (art. 6.3)<sup>19</sup>.

En relación con lo anterior es ilustrativa la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, que versa sobre las notables restricciones impuestas por la Audiencia al derecho de visitas de un padre, tras su separación matrimonial, en razón de la influencia negativa de las creencias practicadas por éste sobre sus hijos:

*... desde la perspectiva del artículo 16 de la Constitución, los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar. Y se añade que ... frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieron afectar negativamente a su desarrollo personal (F. 5)<sup>20</sup>.*

<sup>19</sup> Artículo 6 LOPJM: *Libertad ideológica: 1. El menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión. 2. El ejercicio de los derechos dimanantes de esta libertad tiene únicamente las limitaciones prescritas por la Ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás. 3. Los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral.*

<sup>20</sup> En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 154/2002, de 18 de julio (F. 9), clarificando que el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor a los efectos de ejercitar el derecho de libertad religiosa no es de suyo suficiente para reconocer la eficacia jurídica de un acto que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable (la Sentencia gira en torno al caso de un menor de 13 años que había expresado con claridad, guiado por sus convicciones religiosas, su voluntad contraria a que se le practicase una transfusión sanguínea que resultaba vital).

Así las cosas, no estando vinculada la aptitud del menor para el ejercicio de la libertad religiosa a una edad concreta, corresponde al juez valorar en los casos de conflicto no solamente el desarrollo psíquico, la madurez y la responsabilidad del menor sino también la entidad, consecuencias y trascendencia de la decisión que ha de tomarse. Sobre el acierto de esta técnica legislativa, con referencia a la materia que nos ocupa, se ha pronunciado un sector de la doctrina, considerando que el criterio subjetivo, como pauta con arreglo a la cual se deba determinar si un menor tiene suficiente juicio para emitir un consentimiento válido y consciente en relación con el acto para el cual lo presta, es el que responde de forma más absoluta a su interés. Desde este punto de vista se rechaza el establecimiento de mínimos de edad, en la medida en que se estima que ello excluye la posibilidad de apreciar la aptitud efectiva de discernimiento del sujeto<sup>21</sup>. A esta postura cabe objetar que el hecho de tener que examinar caso por caso a los menores, a fin de determinar si cada uno de ellos tiene madurez como para realizar el acto vinculado a su libertad religiosa de que se trate, introduce un componente de inseguridad jurídica que acaso convierte en más adecuada la opción legislativa que consiste en señalar —siquiera como presunción *iuris tantum*— una determinada edad. Ello, sin descuidar el principio constitucional de protección del menor, previendo en determinados casos —piénsese en el rechazo de transfusiones sanguíneas por razón de las creencias profesadas— la asistencia de sus padres, del tutor o del juez<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> En el sentido de lo expuesto en el texto, se ha afirmado que la madurez de juicio determinante del ejercicio del derecho de libertad religiosa exige la comprobación *ad casum* porque debe relacionarse siempre con la naturaleza y trascendencia del acto de que se trate. Y es que puede haber comportamientos amparados por la libertad religiosa en los que la autonomía del menor sea completa y otros en los que atendiendo al bien jurídico afectado, al carácter esencial o vital de la decisión, y a las consecuencias irreparables o definitivas, se precisará la tutela o decisión paternas (cfr. MORENO ANTÓN, M., *Multiculturalidad y libertad religiosa del menor de edad*, Madrid, Fundación Universitaria Española, 2007, págs. 71 y 72, y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., «Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamento del libre ejercicio de los derechos de la personalidad», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo I, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, pág. 959).

<sup>22</sup> En sede doctrinal se han formulado propuestas diversas en orden a la edad que cabe tomar como referencia de la capacidad del menor para ejercer su derecho de libertad religiosa. Así, algunos autores señalan los 12 años (cfr. LÓPEZ ALARCÓN, M., «Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas», *Anales de Derecho*, n.º 151, 1997, pág. 333, y ASENSIO SÁNCHEZ, M. A., *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Madrid, Tecnos, 2006, pág. 102). Otros estiman que el menor debe haber cumplido 14 años (cfr. MANTECÓN SANCHO, J., *El derecho fundamental de libertad religiosa. Textos, comentarios y bibliografía*, Pamplona, Eunsa, 1996, pág. 90, y PUENTE ALCUBILLA, V., *Minoría de edad y Derecho*, Madrid, Dirección Gene-

Esta última es la solución acogida por el legislador aragonés en la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona (en adelante, LDPA). Con carácter general, el art. 4 de la LDPA establece que *el menor que tenga suficiente juicio podrá ejercitar por sí los derechos de la personalidad*, quedando excluida de dicho ámbito la representación de los titulares de la autoridad familiar<sup>23</sup>. Dicha afirmación debe ponerse en relación con el art. 31 de la misma disposición legal, que contiene una presunción de suficiente juicio del que ha cumplido 14 años, de manera que el menor que tiene esa edad es el que en principio decide si presta su consentimiento o no consiente determinadas actuaciones relativas a sus derechos de la personalidad<sup>24</sup>. Esta regla general presenta dos excepciones, que recoge el art. 21 LDPA, directamente relacionadas con los casos de intromisión de terceros en el ámbito de los mencionados derechos; a saber<sup>25</sup>: a) cuando la decisión del menor entraña un grave riesgo para su vida o integridad física o psíquica, en cuyo caso necesitará adicionalmente la asistencia de uno cualquiera de sus padres que esté en el ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, del tutor; b) contra su voluntad sólo será posible la intromisión con autorización judicial en interés del menor (por ejemplo, cuando no acepta una transfusión sanguínea por ser Testigo

---

ral de Acción Social, del Menor y de la Familia, 2001, pág. 392). Y, en fin, también se sostiene a los efectos indicados que la edad más razonable es la de 16 años (cfr. CEBRIÁ GARCÍA, M., «El derecho a la libertad religiosa del menor», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, n.ºs 19-20, 2001-2002, pág. 144, y LINACERO DE LA FUENTE, M., *Protección jurídica del menor*, Madrid, Montecorvo, 2001, pág. 86).

<sup>23</sup> La autoridad familiar se configura en el Derecho aragonés como el poder para el cumplimiento del deber de crianza y educación; poder que corresponde a los padres pero del que pueden ser titulares otras personas (sobre este particular, con mayor detalle, cfr. PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> A., «Capacidad y estado de las personas», en *Manual de Derecho civil aragonés*, dir. J. Delgado Echeverría, coord. M. A.<sup>a</sup> Parra Lucán, 2.<sup>a</sup> ed., 2007, Zaragoza, Justicia de Aragón, págs. 126 a 147).

<sup>24</sup> Artículo 31 LDPA: *Presunción de capacidad. 1. La capacidad de la persona que ha cumplido los catorce años y no ha sido incapacitada se presume siempre. 2. Se presume también su aptitud de entender y querer para un acto concreto mientras no se demuestre lo contrario.*

<sup>25</sup> Artículo 21 LDPA: *Intromisión de terceros en los derechos de la personalidad. 1. Siempre que con arreglo a las leyes la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión en sus derechos de la personalidad, la intromisión en los del menor mayor de catorce años dependerá de su exclusiva voluntad, con las salvedades siguientes: a) Si su decisión entraña un grave riesgo para su vida o integridad física o psíquica, necesitará la asistencia prevista en el artículo anterior. b) Contra su voluntad sólo será posible la intromisión con autorización judicial en interés del menor. 2. Si el menor no está en condiciones de decidir sobre ella, sólo será posible la intromisión cuando lo exija el interés del menor apreciado por uno de los titulares de la autoridad familiar o por el tutor y, subsidiariamente, por el juez.*

de Jehová), pudiendo ser solicitada su intervención por el facultativo que conoce el caso y por los titulares de la autoridad familiar o cualquier persona que conozca la situación<sup>26</sup>.

Con estos presupuestos, regulando el contenido de la autoridad familiar, el art. 62.1.c) LPA establece que la crianza y educación de los hijos comprenden para quienes las ejercen, entre otros, los siguientes deberes y derechos: *Educarlos y procurarles una formación integral. Corresponde a los padres decidir sobre la educación religiosa de los hijos menores de catorce años*. No cabe, pues, a este respecto la intervención de los padres o del juez, al no entrar el supuesto en ninguna

<sup>26</sup> Conviene poner de relieve que el consentimiento informado que debe prestar el paciente para legitimar intervenciones médicas ha sido objeto de regulación expresa por el legislador estatal; ello en virtud de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. En la referida disposición legal se establece una edad (16 años) y un estado civil (emancipación) como presupuestos para que el menor, si tiene suficiente juicio y no está incapacitado, consienta por sí mismo. A este respecto explica PARRA LUCÁN que no parece que la capacidad del menor deba venir determinada por su ley personal; y es que si se admite que las normas que regulan el consentimiento informado forman parte de la ordenación de la actividad sanitaria, la competencia corresponde en exclusiva al Estado en función de lo dispuesto en el art. 149.1.1.<sup>a</sup> y 16.<sup>a</sup> de la Constitución (cfr. PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> A., «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», *Aranzadi Civil*, n.º 1, 2003, págs. 1901 a 1930). La misma autora, en un trabajo posterior sobre voluntades anticipadas, se ocupa de los problemas de título competencial y ley aplicable a la capacidad para prestar consentimiento en materia sanitaria. En dicho trabajo mantiene con convincentes argumentos —entre otros, que las normas de protección de menores parecen regirse en orden a su aplicación por el principio de territorialidad— que las Comunidades Autónomas no pueden introducir reglas propias al respecto (cfr. PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> A., «Voluntades anticipadas (autonomía personal: voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos)», en *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2006, págs. 87 a 91). En otro sentido, sostiene BAYOD LÓPEZ que la regulación del consentimiento informado corresponde al Estado tan sólo en lo que sean condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio (derecho del paciente a ser informado, a ser oído, a la confidencialidad, a tener una historia clínica y a poder manifestar sus voluntades anticipadas). Por su parte, las Comunidades Autónomas con competencia en materia de sanidad pueden establecer, respetando las condiciones básicas de la mencionada Ley estatal, las reglas relativas a la prestación de los servicios sanitarios, tanto para usuarios como para facultativos. Y en cuanto a las Comunidades Autónomas con competencia en Derecho civil, opina la citada autora que pueden fijar una edad inferior a la establecida por el legislador estatal para poder prestar dicho consentimiento, de manera que respecto del sujeto que se vaya a someter a la actuación médica de que se trate la respuesta sobre la capacidad la proporcionará su ley personal y, desconociéndose ésta, la ley autonómica que regule la actividad sanitaria en el territorio en el que el consentimiento deba prestarse (cfr. BAYOD LÓPEZ, C., «Derechos de la personalidad de los menores en Aragón. Referencia al aborto de las menores de edad aragonesas. Algunas cuestiones de competencia en materia de capacidad para consentir actos médicos», en *Actas de los XVIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2009, págs. 156 a 163).

de las excepciones previstas por el legislador autonómico relativas a la intromisión de terceros en los derechos de la personalidad del menor.

Así pues, recapitulando lo expuesto sobre el derecho del menor a determinar su propio interés en materia de enseñanza, cabe afirmar lo siguiente: que la apreciación de su aptitud en orden a elegir una opción educativa concreta habrá de determinarse atendiendo en cada caso a su grado de madurez; que tratándose de menores de edad de vecindad civil aragonesa, la decisión podrá tomarla el menor por sí mismo a partir de los 14 años.

#### IV DETERMINACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR EN MATERIA DE EDUCACIÓN CUANDO SUS PADRES NO CONVIVEN

##### 1. *La patria potestad como presupuesto del derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones*

El principio de protección del menor, que encuentra acomodo en el art. 39 de la Constitución<sup>27</sup>, se lleva a cabo, de entrada, por medio de la patria potestad. Como es sabido, ésta deriva de la existencia de un vínculo de filiación, ya lo sea por naturaleza o por adopción, de manera que su titularidad corresponde *ex lege* a ambos padres una vez determinada la filiación<sup>28</sup>. En cuanto a su ejercicio, también incumbe

<sup>27</sup> Art. 39 de la Constitución: 1. *Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.* 2. *Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.* 3. *Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.* 4. *Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.*

<sup>28</sup> Adviértase que, respecto de los problemas que se suscitan en el ámbito de la patria potestad, las soluciones son las mismas tanto si la filiación es de naturaleza matrimonial como no matrimonial, con fundamento en el principio constitucional de no discriminación de los hijos por razón de su nacimiento (art. 108 C.). Junto a lo anterior, no debe ignorarse que en el Derecho español, con referencia al régimen vigente, la patria potestad dual ya no requiere diversidad de sexo —hombre, mujer— entre los titulares de la misma, pues la reforma del Código civil llevada a cabo por la Ley 13/2005, de 1 de julio, supuso la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo y la adopción por los mismos, con la consiguiente atribución a los adoptantes de la patria potestad respecto del adoptado (cfr. art. 175.4 en relación con el art. 44 Cc.). Sobre el particular, cfr. PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., «La protección de los menores e incapacitados en general. La patria potestad», en *Curso de Derecho civil (IV). Derecho de familia*, 2.ª ed., Madrid, Colex, 2008, págs. 347 a 374.

como regla general a los dos progenitores, lo que supone que todos los asuntos concernientes a sus hijos no emancipados habrán de ser tomados de común acuerdo o por uno de ellos con el consentimiento del otro (art. 156, párrafo primero, Cc.).

Ello sentado, antes de proseguir con el examen de la cuestión que aquí nos ocupa, es necesario tener en cuenta que no siempre se hace un uso adecuado de los términos titularidad y ejercicio de la patria potestad<sup>29</sup>. A este respecto conviene advertir que la distinción únicamente tiene sentido en las situaciones de falta de convivencia de los progenitores, pudiéndose afirmar lo siguiente<sup>30</sup>: que para ejercer la patria potestad es preciso ser titular de ella; que en los casos de cotitularidad el ejercicio podrá ser conjunto, parcial o individual; y que habrá cotitularidad mientras alguno de los progenitores no incurra en causa de privación según lo dispuesto en el art. 170 del Código civil.

Con estos presupuestos, de lo que se trata a continuación es de concretar, en relación con los padres que no conviven, si el derecho a que sus hijos reciban una educación que esté de acuerdo con sus propias convicciones corresponde a ambos o a uno de ellos. A tal fin será objeto de examen, en primer lugar, la figura de la privación de la titularidad de la patria potestad; ello con un doble propósito: determinar sus consecuencias respecto del progenitor al que afecta y clarificar si pue-

<sup>29</sup> Sobre la confusión en torno al deslinde entre titularidad y ejercicio de la patria potestad, propiciada en buena medida por los términos en que a este respecto se pronuncia el Código civil, cfr. SEISDEDOS MUIÑO, A., *La patria potestad dual*, Erandio, Universidad del País Vasco, 1988, págs. 25 a 30; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Artículos 108 a 111 del Código civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirs. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, tomo III, vol. 1, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Edersa, 2000, págs. 65 a 70; GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, págs. 158 a 161; y RUBIO SAN ROMÁN, J. I., «Artículos 154 a 161 del Código civil», cit., pág. 1489.

<sup>30</sup> En orden a la distinción entre titularidad y ejercicio de la patria potestad, afirma BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. («Artículo 154 del Código civil», cit., págs. 1044 y 1045), que «una lectura detenida de los diversos preceptos parece indicar que las competencias y responsabilidades que forman el contenido de la patria potestad se relacionan con su ejercicio (así los arts. 162, 164, 165, 166, 1043, párr. 2.<sup>o</sup>), mientras que la mera titularidad constituye un estado latente de la patria potestad en la que el progenitor tiene fundamentalmente cargas (alimentos) y muy escasas facultades o competencias (fundamentalmente de control en relación con el ejercicio de la patria potestad por el otro progenitor)». Siguiendo este planteamiento, precisa LÓPEZ SUÁREZ, M. A. («Algunas certezas y no pocas incertidumbres en relación con la privación de la patria potestad», en *Protección jurídica de la persona, tolerancia y libertad*, Cizur Menor, Civitas Thomson-Reuters, 2010, pág. 38), que «de una interpretación sistemática del Código civil cabe inferir que la titularidad guarda relación con la atribución genérica de las funciones que en relación con los menores les corresponde a los progenitores y, como tal, es indivisible; el ejercicio, en cambio, implica la actuación concreta de las funciones que comporta la patria potestad y que son susceptibles de ser distribuidas entre los titulares».

de ser acordada por los tribunales con base en las creencias profesadas por los padres. En segundo lugar, con referencia a los supuestos de cotitularidad de la patria potestad, se abordará la cuestión relativa a las facultades del progenitor no guardador en materia de educación; cuestión que, como se verá, exige considerar el modo en que hubiere quedado configurado el ejercicio de la patria potestad.

## 2. *La privación de la patria potestad: incidencia de las creencias de sus titulares y efectos sobre la facultad de influir en la formación de sus hijos*

A tenor de lo dispuesto en el art. 170 del Código civil, la privación de la patria potestad sólo puede tener lugar en virtud de sentencia *fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial*. En sintonía con lo que establece este precepto, el art. 92.3 del mismo texto legal permite que el juez acuerde en los procesos matrimoniales de nulidad, separación y divorcio la privación de la patria potestad si se revela causa para ello<sup>31</sup>.

El progenitor afectado por la privación pierde la titularidad y, con ella, el ejercicio de la patria potestad, de manera que no conserva siquiera las limitadas facultades que corresponden, como habrá ocasión de comprobar más adelante, al titular no ejerciente<sup>32</sup>. En orden a una mayor concreción de la afirmación anterior, cabe sostener que el progenitor afectado por la medida que nos ocupa resultará excluido de toma de decisión alguna respecto de sus hijos<sup>33</sup>. Y habiendo acordado

<sup>31</sup> Entiende RIVERO que la privación de la patria potestad en sede de los procesos de nulidad, separación y divorcio no siempre tiene que revestir el carácter de sanción a una conducta indigna del titular, bastando sencillamente que concurren hechos que sin llegar a esa categoría desvalorativa aconsejen la adopción de tal medida respecto de uno de los progenitores; ello con el fin de evitar injerencias en el ejercicio de la patria potestad por el otro y superar problemas y tensiones que podrían perjudicar a los hijos. En este sentido, sostiene el citado autor que cabría la privación, por ejemplo, cuando se hubiere acreditado en el proceso matrimonial la existencia de rivalidades o discusiones entre los cónyuges en relación con la educación de los hijos como expresión de su irreductible enfrentamiento personal (cfr. «Artículo 92 del Código civil», en *Comentarios al Código civil*, coord. J. Rams Albesa, Barcelona, Bosch, 2000, págs. 935 y 936).

<sup>32</sup> Cfr. SEISDEDOS MUIÑO, A., *La patria potestad dual*, cit., pág. 348, y «Suspensión *versus* privación de la patria potestad», *Revista de Derecho Privado*, 2001, pág. 563; CASTILLO MARTÍNEZ, C., *La privación de la patria potestad (criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales)*, Valencia, Editorial Práctica de Derecho, 2000, pág. 129; RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., *La privación de la patria potestad*, Barcelona, Atelier, 2006, págs. 165 a 185.

<sup>33</sup> En este sentido, *vid.* la STS de 31 de diciembre de 1996, en la que se afirma que la privación de la titularidad de la patria potestad —en el caso enjuiciado el padre había



el juez la supresión del derecho de visitas, tampoco podrá influir en el desarrollo de la personalidad de los hijos proporcionándoles una formación que esté de acuerdo con sus propias convicciones<sup>34</sup>.

Conviene poner de relieve que el carácter excepcional de la privación de la patria potestad determina la interpretación restrictiva por los tribunales de las causas que justifican su imposición. En este sentido debe quedar plenamente probado que el progenitor afectado por ella no ha observado los deberes que le incumben de modo constante, grave y peligroso para el hijo, señaladamente en un sentido personal. Además, la medida ha de resultar conveniente o beneficiosa para el menor, sin que proceda su aplicación mecánica a modo de sanción abstracta a la conducta de los titulares de la patria potestad. Ciertamente, el legislador concede al juez un amplio margen de discrecionalidad en la apreciación de la concurrencia o no de causa a los efectos considerados. Mas por lo que se refiere, en particular, a las creencias de los padres, parece claro que la religión no puede constituir *per se* motivo para privar a ninguno de ellos de la patria potestad. Y es que lo contrario supondría una vulneración del art. 16.1 de la Constitución, que garantiza al individuo la libertad ideológica y de culto sin más limitación que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. Así pues, únicamente las prácticas derivadas de un determinado tipo de creencias profesadas por los progenitores, y siempre que comporten un incumplimiento grave y reiterado de sus obligaciones paterno-filia-

---

causado la muerte a su mujer— *implica no ya la conveniencia, sino la auténtica necesidad, al menos en las actuales circunstancias, de privar de la posibilidad de adoptar decisión alguna respecto de su hijo ... más que una sanción al progenitor incumplidor implica una medida de protección del niño, y por ende debe ser adoptada en beneficio del mismo, en cuanto la conducta de aquél, gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor, no se revele precisamente como la más adecuada para la futura formación y educación de dicho sujeto infantil* (en el mismo sentido, *vid.* la STS de 2 de octubre de 2003, en la que también el padre había causado la muerte de su mujer; y la SAP de Murcia de 29 de julio de 2009, en la que la privación de la patria potestad trae causa del hecho de haberse desentendido absolutamente el padre de sus hijos).

<sup>34</sup> El derecho de visitas no viene condicionado por la causa que hubiere determinado la falta de convivencia de los padres (arts. 160 y 94.1 Cc.). Ello no obstante, en los casos en que dicha situación obedeciera a la circunstancia de haber sido privado uno de los progenitores de la patria potestad *ex art.* 170 del Código civil, el juez podrá acordar la suspensión o supresión de las visitas respecto de dicho progenitor con el fin de preservar la estabilidad del menor (*vid.* SAP de Guipúzcoa de 5 de diciembre de 2008 y SAP de Murcia de 3 de febrero de 2009). Entre la doctrina, en el sentido de lo expuesto, *cfr.* ROCA TRÍAS, E., «Artículo 94 del Código civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1984, págs. 597 y 598; RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El derecho de visita*, Barcelona, Bosch, 1997, págs. 340 a 354, y ROGEL VIDE, C., «Artículo 160 del Código civil», en *Comentarios a las reformas del Código civil*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, Tecnos, 1993, págs. 261 a 264.

les más esenciales, permitirían fundamentar una sentencia en el sentido indicado<sup>35</sup>.

En relación con lo expuesto resulta ilustrativa la SAP de Madrid de 30 de septiembre de 1999, en la que se enjuicia un caso de ruptura de una unión de hecho entre una mujer católica y un hombre musulmán de la que había un hijo menor. Como consecuencia del cese de la convivencia, el juez de Primera Instancia atribuyó la guarda y custodia del niño a la madre — fijando el correspondiente régimen de visitas respecto del padre —, reconociendo a ambos el ejercicio conjunto de la patria potestad. La mujer interpuso recurso de apelación, solicitando que se privase de la titularidad y ejercicio al padre, alegando la circunstancia de profesar éste la religión musulmana, lo que, a juicio de la demandante, podía causar al hijo común un grave perjuicio habida cuenta los principios y teorías en que se fundan las mencionadas creencias. La Audiencia Provincial desestimó el recurso, *al margen de las opciones de futuro que para el menor en su momento deban reservársele*, argumentando lo siguiente:

*... la privación de la patria potestad debe estar basada, amén de la situación de ruptura convivencial, en causas excepcionales, por cuanto que se impida tal ejercicio de la patria potestad o porque su ejercicio afecte de forma grave y perjudicial a la formación del menor en todos los órdenes, por ello la decisión que se adopte ha de basarse en supuestos muy concretos y específicos y sobre datos y pruebas alejadas de las meras conjeturas o sospechas de lo que en un futuro pudiera ocurrir y sólo si el material probatorio ha sido determinante de la realidad del perjuicio del menor y del incumplimiento de los deberes podrá dar lugar a la privación total o parcial de la patria potestad en los términos señalados en el art. 170 del Código civil.*

Conviene resaltar los dos elementos decisivos del fallo: que la demandante no fue capaz de aportar un solo dato ni una sola prueba que permitieran afirmar que el ejercicio del derecho de libertad de culto

---

<sup>35</sup> No conozco pronunciamientos de los tribunales españoles sobre privación de la patria potestad que traigan causa de los hábitos y creencias profesadas por los padres. Sí que existe jurisprudencia sobre el particular en el Derecho británico, asociada generalmente a la pertenencia de los progenitores a ciertas sectas, cuyas prácticas son calificadas como inmorales y manifiestamente perjudiciales para el menor [a este respecto, *vid.* AHDAR, R., «Religion as a factor in custody and access disputes», *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 10 (2), 1996, págs. 177 a 204].

por parte del padre, las costumbres que tenía para cumplir sus obligaciones religiosas o el hábito diario o permanente de quien profesa tal religión hubieran incidido de modo negativo en el desarrollo del hijo menor; que, sin embargo, sí que pudo constatarse el hecho de que el demandado no era una persona con desarraigo en España, sino que, al contrario, estaba domiciliado en este país y contaba con suficiente capacidad laboral y profesional y de orden económico para proporcionar a su hijo cuantos medios necesita para su formación y educación, sin que constara por otra parte que dicho progenitor hubiera incumplido con sus obligaciones paterno-filiales.

A la vista de las consideraciones precedentes debe retenerse, en lo que aquí interesa: que el progenitor privado de la patria potestad queda excluido de la posibilidad de intervenir en las decisiones relativas a la enseñanza de sus hijos; que si la privación comporta la suspensión o supresión del derecho de visitas, tampoco podrá proporcionar a éstos una formación moral o religiosa de acuerdo con sus propias convicciones; que, en todo caso, las creencias profesadas por los padres no constituirán *per se* causa suficiente para privarles de la patria potestad.

### 3. *Ejercicio de la patria potestad en las situaciones de falta de convivencia de sus titulares*

#### 3.1. *La guarda y custodia de los hijos*

##### 3.1.1. *Criterios judiciales de atribución de la guarda: incidencia de las creencias de los padres*

La falta de convivencia entre los progenitores, además de dar sentido a la distinción entre titularidad y ejercicio de la patria potestad, introduce el concepto de la guarda y custodia de los hijos<sup>36</sup>. De ella se ocupa el Código civil en dos sedes. De un lado, en el ámbito de las relaciones paterno-filiales, estableciendo el art. 159 que si los padres vi-

<sup>36</sup> Cabe afirmar que, tras el cese de la convivencia de los progenitores, el deber facultad de los titulares de la patria potestad que consiste en «tener a los hijos en su compañía» (art. 154.II.1.º) se escinde del contenido de ésta, identificándose a partir de entonces con la guarda. En el Código civil no existe uniformidad terminológica respecto de esta figura, empleándose indistintamente los siguientes vocablos: custodia (art. 92.2 y 5); cuidado (arts. 92.2 y 159); guarda (arts. 90 y 92.5 y 7); o guarda y custodia (arts. 92.5 y 8 y 103).

ven separados y no decidieren de común acuerdo, el juez resolverá al cuidado de qué progenitor quedarán los menores de edad, a los que habrá de oír si tuvieren suficiente juicio y en todo caso si fueren mayores de 12 años. De otro lado, la guarda es objeto de consideración en las situaciones de crisis matrimonial, determinando el art. 92.2 que corresponde al juez —en defecto de acuerdo entre los padres— adoptar en la sentencia de nulidad matrimonial, separación o divorcio las medidas oportunas sobre la custodia de los hijos menores, previa audiencia de éstos cuando proceda<sup>37</sup>.

Con carácter general cabe afirmar que la guarda alude a la función específica de convivencia habitual con los hijos, bien de forma permanente hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial, bien de forma alterna en los periodos prefijados convencional o judicialmente; convivencia que debe entenderse en sentido amplio: no necesariamente física, sino como efectiva ocupación y atención para con el hijo<sup>38</sup>.

En el Derecho español no está definido legalmente el interés del menor a los efectos de decidir a cuál de los padres se confía su cuidado. Mas en orden a procurar su atribución a aquel que se encuentra en mejores condiciones de cumplirlo, los tribunales ponderan generalmente los siguientes criterios: la edad del hijo y, en consecuencia, su eventual mayor dependencia respecto de uno de los progenitores; la intensidad afectiva de la relación paterno-filial con cada uno de ellos en la etapa previa al cese de la convivencia; el mantenimiento del *statu quo* respecto de la situación precedente, procurando evitar la alte-

<sup>37</sup> Para los procesos matrimoniales consensuales, el art. 777.5 de la Ley de enjuiciamiento civil dispone que el tribunal oír a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario. Y por lo que hace a los procesos contenciosos, el art. 770.4.<sup>a</sup> del mismo texto legal, modificado por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, establece en el párrafo segundo que *si se estima necesario se oír a los hijos menores o incapacitados cuando tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años*. Hubiera sido más adecuado introducir, con ocasión de la referida reforma, una redacción del art. 770.4.<sup>a</sup> similar a la del art. 777.5, para evitar un tratamiento diverso de la audiencia del menor en función del carácter consensual o contencioso del proceso matrimonial. En este sentido se ha pronunciado MARÍN LÓPEZ, poniendo de relieve que, aunque el precepto transcrito propicia diversas interpretaciones, parece razonable entender que la audiencia del menor se producirá cuando, tenga o no más de 12 años, el juez estime que tiene suficiente juicio (siempre lo tendrá si tiene más de 12 años) y, además, la considere necesaria. Cfr. MARÍN LÓPEZ, M. J., «La audiencia del menor en los procesos matrimoniales tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el régimen de separación y divorcio», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 23, 2009, págs. 256 a 260.

<sup>38</sup> En este sentido, cfr. SEISDEDOS MUÑO, A., *La patria potestad dual*, cit., pág. 238, y ROGEL VIDE, C., «Artículo 159 del Código civil», en *Comentarios a las reformas del Código civil*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, Tecnos, 1993, pág. 597.

ración de la estabilidad personal y emocional del menor asegurando la continuidad del entorno (familia amplia, amigos, colegio...); y la disponibilidad de tiempo de cada uno de los padres para ocuparse de sus hijos<sup>39</sup>.

Pues bien, a los efectos de atribución de la guarda, las creencias religiosas profesadas por los progenitores únicamente se han tenido en cuenta cuando ha sido posible demostrar que las prácticas vinculadas a ellas resultaban perjudiciales para el menor<sup>40</sup>. En este sentido, en la Sentencia de 27 de febrero de 1980, el Tribunal Supremo atribuyó la custodia de la hija de dos años al padre, católico converso, por considerar que el hecho de que la madre fuera Testigo de Jehová constituía un peligro para la vida de la niña, que no podría recibir una transfusión de sangre en caso de necesitarla.

Sin embargo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 14 de julio de 1999, esa misma circunstancia no impidió atribuir a la madre, Testigo de Jehová, la guarda de la menor, cuando esta decisión venía aconsejada por la ponderación de otros criterios como los que han sido anteriormente relacionados. En el caso enjuiciado, frente a la pretensión formulada por el padre, que reclamaba para sí la custodia de la niña alegando el hecho de las creencias profesadas por la mujer, se pronunció el Tribunal en el sentido de considerar que acceder a tal solicitud significaría una vulneración de los arts. 16 y 27 de la Constitución, que garantizan, respectivamente, el derecho individual de carácter fundamental a la libertad religiosa, ideológica y de culto —sin más limitación que el orden público protegido por la ley— y el derecho de los padres a que los hijos reciban una formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones.

Otra cosa es que, en atención a los eventuales perjuicios y peligros que en el supuesto referido podían derivarse para la menor del hecho de pertenecer la madre a los Testigos de Jehová, el Tribunal conviniera la adopción de ciertas cautelas. En este sentido, de un

---

<sup>39</sup> Cfr. MARÍN LÓPEZ, M. J., «Artículo 92 del Código civil», en *Comentarios al Código civil*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 3.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009, págs. 212 y 213; y ORTUÑO MUÑOZ, P., *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, págs. 56 y 57.

<sup>40</sup> Es el planteamiento que acoge la Sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao de 14 de octubre de 1987, relativa a un caso de atribución de la guarda de los hijos a la madre, perteneciente a una escuela de meditación trascendental, a cuyas actividades venía asistiendo acompañada de sus hijos, lo que fue considerado por el padre motivo de privación de la guarda. El Tribunal, a pesar de comprender la preocupación de éste, deniega la modificación solicitada sobre la base de haberse comprobado el perfecto desarrollo de los niños bajo la custodia de la madre.

lado, se limitaron las facultades de esta última en el desempeño de la función de guarda y custodia: ... *no podrá llevar a su hija a ningún acto religioso sin el consentimiento de don J —el padre—, ni tampoco podrá prohibir ni impedir que su hija acuda a actividades tales como fiestas o cumpleaños, que se encuentran admitidos en nuestro entorno social dado el deber de cooperar que tienen los padres para que su hija menor ejerza su derecho a la libertad ideológica, religiosa y de conciencia del mejor modo para su desarrollo integral.* De otro lado, en la Sentencia que comentamos también se determinó el ejercicio compartido de la patria potestad en orden a tomar decisiones de cierta trascendencia: ... *asimismo, y en relación a las cuestiones que se puedan suscitar relativas a la educación (colegio, actividades extraescolares), como al tratamiento médico de la menor, deberán estar conformes ambos padres, en su defecto, acudir a la autoridad judicial para decidir al respecto*<sup>41</sup>.

Examinados los criterios de atribución de la guarda, lo que procede ahora es delimitar su contenido, señalando los deberes y facultades que corresponden al progenitor guardador y al no guardador.

### 3.1.2. *Contenido de la guarda: facultades del guardador en materia de educación de los hijos*

La guarda supone, según se ha anticipado, la atención de los menores en las necesidades diarias más elementales. De ahí que, por razones prácticas y de flexibilidad, corresponda al guardador tomar individualmente las decisiones relativas a aquellos actos usuales que exigen esa atención o cuidado<sup>42</sup>. En este sentido cabe afirmar que serán de su incumbencia la alimentación, vestido, régimen de horarios,

<sup>41</sup> La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de junio de 1993 (*Hoffmann v. Austria*) ofrece otro ejemplo en que, tras una separación matrimonial, no se consideró un inconveniente el hecho de que la madre —la Sra. Hoffmann— fuera Testigo de Jehová en orden a atribuirle la guarda y custodia de los hijos. En el caso enjuiciado se consideró conveniente la adopción de la referida medida, al haber quedado constatada la aptitud general de aquélla para ocuparse de los menores. Ahora bien, debe ponerse de relieve que el Tribunal tuvo en cuenta la circunstancia de que la Sra. Hoffmann había declarado estar dispuesta a autorizar la administración de transfusiones de sangre en provecho de los niños, en la medida exigida por la ley aplicable al caso.

<sup>42</sup> En los casos de guarda alterna —guarda conjunta o ejercicio compartido de la guarda, como impropia la denomina el legislador en el art. 92 del Código civil—, consistente en la alternancia de periodos de convivencia con uno y otro progenitor, las decisiones relativas a la vida cotidiana del menor corresponderá adoptarlas a aquel con el que en cada momento conviva.

consultas médicas obligatorias o higiene de los menores a su cargo; y en materia de educación, que es lo que aquí nos ocupa, corresponderá al progenitor custodio el control ordinario de los estudios de sus hijos (asistencia a clase, realización de tareas)<sup>43</sup>. Resultan, por tanto, excluidos de la guarda los asuntos que exceden de lo cotidiano, caracterizados por comportar un elemento de trascendencia o permanencia para el menor; por ejemplo: los que atañen a su nacionalidad, vecindad y complemento de capacidad, así como a la elección del centro donde habrá de cursar sus estudios o la enseñanza de una determinada religión<sup>44</sup>.

Por consiguiente, respecto de estas últimas cuestiones, no siendo la guarda el criterio para decidir sobre la educación de los hijos, resulta ineludible atender al modo en que se hubiere establecido el ejercicio de la patria potestad. Ello sentado, antes de entrar en el examen de las diversas posibilidades que existen sobre el particular, conviene tener en cuenta que lo razonable es que el guardador no quede desprovisto por completo de dicho ejercicio, ya que se encontraría desasistido de medios jurídicos para llevar a cabo la crianza y cuidado de los hijos, quedando vacía de contenido su propia función<sup>45</sup>.

Pero debe quedar claro que la convivencia de un progenitor con el menor no es, sin más, causa eficiente del ejercicio en exclusiva de la patria potestad por el guardador. A los efectos de justificar esta afirmación cabe mencionar, en sede de relaciones paterno-filiales, el art. 156,

<sup>43</sup> Conviene precisar que la custodia también comporta la facultad del guardador de influir en el desarrollo moral e intelectual de los hijos o proporcionarles una formación a través de las relaciones personales que el guardador mantiene con ellos; facultad que —como habrá ocasión de comprobar en la última parte del presente trabajo— conserva también el progenitor no guardador por medio del derecho de visitas (arts. 94.1 y 160.1 Cc.).

<sup>44</sup> Sobre el contenido de la guarda, cfr. RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «La guarda y custodia de los hijos», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 15, 2001, págs. 296 a 303; PÉREZ MARTÍN, J., «Reparto de los hijos menores con sus progenitores», en VV.AA., *Los hijos menores en situación de crisis familiares*, Madrid, Dykinson, 2002, pág. 94; CRESPO ALLUÉ, F., «La responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos menores», en VV.AA., *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Madrid, Lex Nova, 2009, pág. 67.

<sup>45</sup> Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Artículo 92 del Código civil», en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro primero del Código civil*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1994, págs. 1031 y 1032, y, del mismo autor, «Artículo 92 del Código civil», en *Comentarios al Código civil*, cit., pág. 931; LÓPEZ Y LÓPEZ, M., «Artículo 90 del Código civil», en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro primero del Código civil*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1994, pág. 978; ROCA TRÍAS, E., «Artículo 90 del Código civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1984, págs. 552 y 553; GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica de los hijos...*, cit., págs. 84 a 93; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «La guarda y custodia de los hijos», cit., págs. 296 a 303.

párrafo quinto, del Código civil; y en el ámbito de los procesos matrimoniales, el art. 92.4 del mismo texto legal. Según se establece en el primero de los preceptos citados, la patria potestad se ejercerá individualmente por el progenitor con quien el hijo convive, pero el juez, a solicitud fundada del otro, podrá resolver según criterio asentado en el interés del hijo: bien el ejercicio conjunto de la patria potestad, bien una distribución entre los padres de las funciones relativas a dicho ejercicio. Por su parte, el art. 92.4 establece, con independencia de lo que se hubiere establecido respecto de la custodia y cuidado de los hijos, que los padres podrán acordar en el convenio regulador o el juez decidir, en beneficio de aquéllos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.

Así pues, tomando como premisa los preceptos aludidos, puede colegirse que no existe una conexión automática entre convivencia y ejercicio exclusivo de la patria potestad; en consecuencia, no siempre el progenitor que tenga el cuidado de los hijos será ejerciente exclusivo de la potestad sobre ellos.

### 3.2. *Ejercicio de la patria potestad por el progenitor no guardador*

Como es sabido, el ejercicio conjunto de la patria potestad implica la actuación de mutuo acuerdo de los padres respecto de aquellos asuntos que, ajenos al ámbito estricto de la guarda, atañen a sus hijos. Mas no cabe ignorar que la teórica igualdad de los ejercientes se difumina en la práctica cuando falta la convivencia entre ellos, de suerte que será el progenitor que tenga la custodia el que acabará dirigiendo la orientación del menor. Con todo, no cabe duda que el no guardador ejerciente, en orden a hacer efectivo su derecho a participar en el referido tipo de decisiones — como la elección de centro escolar o la enseñanza de determinada religión —, podrá recabar del otro toda la información que resulte precisa. Y si ésta no le fuera proporcionada, o cuando no hubiere entendimiento sobre el derecho del no ejerciente, corresponderá a los tribunales resolver si se le han de facilitar los datos requeridos sobre sus hijos o si en esta materia corresponde al otro decidir<sup>46</sup>.

Los mismos derechos y dificultades que plantea el ejercicio conjunto de la patria potestad cuando los padres no conviven se suscitarán

<sup>46</sup> En este sentido, cfr. SEISDEDOS MUIÑO, A., *La patria potestad dual*, cit., págs. 70 y 210, y GARCÍA PASTOR, M., *op. cit.*, págs. 218 y 219.



en los casos de ejercicio parcial respecto de aquellas concretas decisiones que requieran la actuación de ambos progenitores<sup>47</sup>. Conviene recordar que precisamente esta fórmula se ha empleado por los tribunales cuando no se ha considerado conveniente que el guardador ejerciente, en razón de sus creencias, adoptase de forma individual las decisiones atinentes a ciertos aspectos esenciales de la vida de sus hijos, como el relativo a la educación<sup>48</sup>.

### 3.3. *Las facultades del progenitor no ejerciente en materia de educación de los hijos*

Hasta aquí la actuación del progenitor no guardador, respecto de sus hijos, cuando ejerce conjunta o parcialmente la patria potestad. De lo que se trata ahora es de concretar la posición jurídica del no ejerciente y, más en particular, de determinar si conserva la facultad de influir en la educación y formación de sus hijos. A estos efectos estimo necesario, como punto de partida, atender a las razones que motivan la falta de ejercicio de la patria potestad. Y es que, a mi modo de ver, no cabe defender una posición jurídica uniforme del no ejerciente.

En el sentido de lo anterior, hay que recordar que el hecho de que uno de los progenitores no tenga el ejercicio de la patria potestad puede obedecer a una sentencia de privación fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma. En estos supuestos, como hubo ocasión de comprobar, el escaso papel del no ejerciente en la vida del menor —que queda excluido de las decisiones relativas a sus hijos e incluso puede perder el derecho de visitas— está plenamente justificado.

Sin embargo, creo que esas consecuencias no son susceptibles de ser aplicadas al que ha sido apartado del ejercicio de la referida fun-

---

<sup>47</sup> Adviértase que el ejercicio parcial de la patria potestad exige que el juez precise cuidadosamente las facultades y limitaciones de cada uno de los progenitores. Ello puede traducirse en una limitación cuantitativa o cualitativa de las facultades del guardador jurídico, bien relativas a un área determinada (como la de los estudios), bien para exigir consentimientos o actuación conjunta de los progenitores en asuntos específicos (cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Artículo 92 del Código civil», en *Matrimonio y divorcio...*, cit., pág. 1038, y, del mismo autor, «Artículo 92 del Código civil», en *Comentarios al Código civil*, cit., pág. 935, y GARCÍA PASTOR, M., *op. cit.*, págs. 203 y 204).

<sup>48</sup> Cabe referirse a la SAP de Salamanca de 14 de julio de 1999, en la que el Tribunal determinó la necesidad del consentimiento de ambos progenitores para resolver las cuestiones relativas a la salud, colegio y actividades extraescolares de la hija menor, quedando el resto de la patria potestad sometido al ejercicio exclusivo de la madre, Testigo de Jehová, a la que se había atribuido la custodia.

ción por alguno de los motivos siguientes: a) porque habiéndose separado de hecho, el hijo convive con el otro progenitor (art. 156.V Cc.)<sup>49</sup>; b) porque habiendo mediado sentencia de nulidad, separación o divorcio, el juez acuerda, en interés del menor, que la patria potestad sea ejercida totalmente por el otro (art. 92.4 Cc.)<sup>50</sup>.

Teniendo en cuenta que estas situaciones no presuponen un incumplimiento grave y reiterado de las funciones paternas del no ejerciente, parece razonable defender su derecho a participar en aquellas decisiones de sus hijos de particular relieve, como las relativas a su orientación educativa. Esa participación encuentra justificación en el deber de los padres de velar por los hijos (art. 110 Cc.), cuyo origen causal — como el de las obligaciones de aquéllos que subsisten para con éstos tras la nulidad, separación o divorcio (art. 92.1 Cc.)— se sitúa en la relación de filiación y no en la patria potestad. En este contexto, esos deberes u obligaciones, propiamente, tienen un aspecto más relevante de función,

<sup>49</sup> Según resulta del art. 156.V del Código civil, en las situaciones de separación fáctica de los padres, casados o no casados entre sí, el ejercicio de la patria potestad corresponderá a aquel con quien el hijo conviva; ello salvo que, a petición fundada del otro, el juez acuerde el ejercicio conjunto o una distribución de funciones. Adviértase que en este último caso —distribución de funciones— el ejercicio de la patria potestad seguiría siendo exclusivo, correspondiendo a cada uno de los padres actuar individualmente las concretas funciones que le hubieren sido atribuidas.

<sup>50</sup> Conviene poner de relieve que mediando sentencia de nulidad, separación o divorcio, si el juez no se hubiere pronunciado expresamente sobre el ejercicio de la patria potestad, algunos autores consideran que corresponderá en exclusiva al progenitor que tenga la guarda; ello, por aplicación de la norma que se contiene en el art. 156.V del Código civil (en este sentido, cfr. GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica...*, cit., págs. 185 a 190; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., «La patria potestad», en *Instituciones de Derecho Privado*, tomo IV: *Familia*, vol. 1.º, Madrid, Civitas, 2001, págs. 675 y 676; GUI-LARTE MARTÍN-CALERO, C., «El ejercicio de la patria potestad en situaciones de ruptura convivencial», en *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Madrid, Lex Nova, 2009, págs. 88 y 89). Desde otro punto de vista, se ha afirmado que cuando la sentencia que pone fin al proceso matrimonial guarda silencio sobre el ejercicio de la patria potestad hay que entender que éste será conjunto. A esta conclusión se llega, esencialmente, a partir de una interpretación literal del art. 92.4 del Código civil, desestimando el juego del art. 156.V por referirse únicamente a las situaciones de separación fáctica de los padres (cfr. ROCA TRÍAS, E., «Artículo 92 del Código civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, I, Madrid, Tecnos, 1982, págs. 579 y 580; RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Artículo 92 del Código civil», en *Matrimonio...*, cit., págs. 1033 y 1034; SEISDEDOS MUIÑO, A., *La patria potestad dual*, cit., pág. 334; y DE LA CÁMARA, M., «Artículos 108 a 111 del Código civil», cit., pág. 68). Ésta es, por cierto, la solución del Derecho catalán, al sentar en el art. 137 del Código de Familia de Cataluña (Ley 9/1998, de 5 de julio) la regla del ejercicio conjunto de la patria potestad, sin establecer diferencias para los casos de falta de convivencia; solución que ha sido calificada como una decisión política arriesgada (FERRER I RIBA, J., «Artículo 137 del Codi de Família», en *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mutua*, dirs. J. Egea Fernández y J. Ferrer i Riba, Madrid, Tecnos, 2000, pág. 647).

de manera que para cumplirlos es preciso conceder a sus titulares un cierto ámbito de poder<sup>51</sup>. Por consiguiente, con referencia a los supuestos considerados, cabe afirmar que determinados actos trascendentes seguirán requiriendo el concurso de ambos progenitores, aunque uno de ellos haya sido excluido del ejercicio de la patria potestad.

Ésta es la solución que ha acogido el legislador catalán en el art. 139.4 del Código de Familia de Cataluña (Ley 9/1998, de 5 de julio); precepto que, refiriéndose a las situaciones de vida separada del padre y la madre, establece lo siguiente: *Salvo que la autoridad judicial lo disponga de otro modo, el padre o la madre que ejerce la potestad necesita el consentimiento expreso o tácito del otro para decidir el tipo de enseñanza, para variar el domicilio del hijo o hija menor de forma que lo aparte de su entorno habitual y para disponer su patrimonio más allá de lo necesario para atender a sus necesidades ordinarias. Se entiende tácitamente conferido el consentimiento una vez transcurrido el plazo de treinta días desde la notificación que se realice con la finalidad de obtenerlo sin que el padre o la madre que no ejerce la potestad no plante el desacuerdo, conforme a lo establecido en el artículo 138<sup>52</sup>.*

<sup>51</sup> En este sentido, respecto del deber de vela a que alude el art. 110 del Código civil, cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Artículo 110 del Código civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Madrid, Tecnos, 1984, vol. I, págs. 815 y 816; RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Artículo 110 del Código civil», en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro primero del Código civil*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Civitas, 1994, pág. 1041, y «Artículo 110 del Código civil», en *Comentarios al Código civil*, coord. J. Rams Albesa, Barcelona, Bosch, 2000, pág. 1096. En la misma línea, con referencia al art. 92.1 del Código civil, se ha afirmado que aunque nada concreta el citado precepto sobre las obligaciones subsistentes de los padres tras la nulidad del matrimonio, separación o divorcio, hay que entender que la norma no se reduce a la contribución de alimentos para los hijos, permitiendo afirmar la necesidad de actuación de ambos progenitores respecto de determinados actos —como la emancipación— aunque el ejercicio de la patria potestad lo tenga sólo uno de ellos (cfr. ROCA TRÍAS, E., «Artículo 92 del Código civil», *Comentarios a las reformas...*, cit., pág. 580).

<sup>52</sup> También el Derecho comparado ofrece argumentos a favor de la solución que aquí se propone. Así, en Alemania, la Ley de educación de 15 de julio de 1921 dispone que el régimen de la religión de los hijos no varía aunque con el divorcio se atribuya la patria potestad a uno solo de los progenitores, de manera que toda decisión de los padres sobre el particular ha de ser siempre común (cfr. PAU PEDRÓN, A., «La nueva regulación alemana sobre la patria potestad», *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pág. 732). En Francia son los tribunales los que han afirmado que la religión del niño es una cuestión que queda fuera del ámbito de decisión del que ejerce en exclusiva la patria potestad, de manera que si el divorcio provoca necesariamente una desmembración de los atributos de la referida función, esta desmembración no puede alcanzar a aquellos que por naturaleza son indivisibles, como el relativo a la elección de una religión (en este sentido, *vid.* la Sentencia de la *Cour de Cassation* de 6 de abril de 1967, en *Revue Trimestrielle du Droit Civil*, 1968, pág. 140; y la Sentencia de la *Cour de Apellation* de París de 14 de febrero de 1957, en *Revue Trimestrielle du Droit Civil*, 1957, pág. 312).

En cuanto a la posibilidad de influir en la formación de sus hijos de conformidad con sus convicciones, el no ejerciente también conservará dicha facultad en las situaciones que son objeto de consideración. Ello, en virtud del derecho de visitas, que también deriva jurídicamente, como el deber de vela, de la relación paterno-filial (arts. 160 y 94.1 Cc.)<sup>53</sup>. Con todo, conviene poner de relieve a este respecto que los tribunales, en ocasiones, han acordado restringir el régimen de estancias del progenitor que no tiene la guarda de sus hijos, precisamente por haberse podido demostrar la influencia negativa de sus creencias sobre la personalidad de éstos<sup>54</sup>.

Así pues, cuando el ejercicio exclusivo de la patria potestad obedece a la falta de convivencia de los progenitores, conserva el no ejerciente el derecho a que sus hijos reciban una educación y formación religiosa conforme a sus propias convicciones.

<sup>53</sup> Precisamente el derecho de visitas permite continuar o reanudar la relación paterno-filial, cuando no puede desarrollarse de forma natural por la falta de convivencia de los padres, constituyendo el medio para cumplir el deber de contribuir al desarrollo de la personalidad del hijo, de conformidad con lo establecido en el art. 39.3 de la Constitución (a este respecto, cfr. GARCÍA CANTERO, G., «Artículo 94 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirs. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, tomo II, Madrid, Edersa, 1982, pág. 399; ROCA TRÍAS, E., «Artículo 94 del Código civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Madrid, Tecnos, 1984, págs. 596 y 597; RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Artículo 94 del Código civil», en *Comentarios al Código civil*, coord. J. Rams Albesa, Barcelona, Bosch, 2000, págs. 962 a 973).

<sup>54</sup> En este sentido cabe referirse a la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, que trae causa del recurso de amparo interpuesto por un padre tras su separación matrimonial. Alegaba el recurrente que las limitaciones impuestas al derecho de visitas por las instancias inferiores —que se habían fundamentado en la influencia negativa de las creencias que profesaba sobre sus hijos— constituían una vulneración de su derecho de libertad religiosa. El Tribunal Constitucional confirma en esencia las referidas limitaciones, afirmando que obedecían a una finalidad constitucionalmente legítima: *... frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite (...) la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos*. Es ilustrativa igualmente, a los efectos que consideramos, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 7 de febrero de 2007, que trae causa de un divorcio habiendo una hija común menor de edad. En esta ocasión, el juez de Primera Instancia había acordado la limitación temporal del derecho de visitas del padre; ello sobre la base de haber quedado probado que la relación que mantenía con la comunidad religiosa a la que pertenecía y las implicaciones que ello comportaba constituían un factor que interfería negativamente a todos los niveles sobre la niña. El padre interpone recurso de apelación, alegando vulneración por la juzgadora *a quo* de su derecho de libertad ideológica, religiosa y de culto. La Audiencia lo desestima argumentando que el interés de la menor debía prevalecer por encima de cualquier otro, incluso el de sus padres o progenitores, confirmando las restricciones temporales que se habían fijado en la instancia inferior al derecho de visitas.

## V. EL CONFLICTO ENTRE LOS PADRES SOBRE EL TIPO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN RELIGIOSA DE SUS HIJOS: CRITERIOS JUDICIALES DE APRECIACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR

Hasta aquí las pautas que permiten determinar, en las situaciones de falta de convivencia de los padres, cuándo las decisiones sobre la educación y formación de los hijos deben ser adoptadas conjuntamente por ambos. De lo que se trata ahora es de indicar los criterios con arreglo a los cuales cabe resolver la falta de acuerdo de los progenitores al respecto.

Una solución con base jurídica suficientemente segura la proporcionaría la existencia de un pacto previo entre los padres sobre el particular<sup>55</sup>. No mediando tal pacto, todavía podría resolverse la controversia con arreglo a un criterio objetivo que con carácter general permite concretar el interés del menor. Me refiero al criterio del equilibrio psíquico y emocional de éste, en cuya virtud procederá mantener el tipo de enseñanza y formación religiosa que hubiera venido recibiendo hasta entonces, ponderando los efectos negativos que en su personalidad pudiera tener un cambio al respecto<sup>56</sup>.

Más dificultades puede suscitar la cuestión relativa a la orientación educativa del hijo cuando, en razón de su corta edad, no es posible aplicar el mencionado criterio de la continuidad<sup>57</sup>. En estos casos, en

<sup>55</sup> Tratándose del matrimonio, los acuerdos en previsión de eventuales conflictos entre los cónyuges, que generalmente surgirán con ocasión de la ruptura, bien podrían incluirse en las correspondientes capitulaciones matrimoniales (a este respecto, cfr. ROCA TRÍAS, E., «Artículo 92 del Código civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1984, pág. 579).

<sup>56</sup> Adviértase que el criterio de continuidad tiene amplio reconocimiento en el Derecho comparado para resolver los conflictos que son ahora objeto de consideración. Así, en Francia el art. 372.1 del *Code civil* establece que el desacuerdo de los padres sobre lo que conviene al hijo se resuelve manteniendo la práctica que se hubiere seguido precedentemente. En Alemania, la Ley sobre educación de 15 de julio de 1921 determina que, habiendo cumplido el niño 12 años, no puede ser obligado a modificar la enseñanza religiosa que hasta entonces venía recibiendo. Y norma similar rige en Austria, donde la Ley federal sobre educación religiosa del menor (*BGBl* n.º 155/1985) dispone que a partir de los 12 años de edad es necesario que quienes ejerzan la patria potestad otorguen su consentimiento para cambiar la educación religiosa del menor.

<sup>57</sup> La relación entre el principio de laicismo del Estado y la función de los jueces se ha explicado acertadamente en los términos siguientes: «El ciudadano tiene derecho a un sistema judicial que responda a la voluntad de Estado, sin interferencia por parte de quien es su instrumento para resolver un litigio, función que asume el juez. De él se espera que concrete una norma abstracta al caso enjuiciado pues nuestro sistema de convivencia exige que el conflicto se resuelva pero de cierta manera, con cierto contenido jurídico. Este sistema exige que el juez no evidencie su ideología ni creencias porque el ciudadano tie-

orden la elección de un determinado centro y tipo de enseñanza, creo que el principio general del interés del menor exige la toma en consideración de su futuro a los efectos de seleccionar la opción que mejor facilite y garantice su desarrollo personal y social<sup>58</sup>. La propuesta, sin duda, no deja de ser en sí misma compleja, pues supone el conocimiento por el juzgador de las efectivas realidades de integración que cada una de las opciones representa para el niño.

Por lo que se refiere al tipo de formación que han de recibir los hijos de sus padres, estimo que resulta de difícil justificación que un tribunal pueda decidir cuál de las dos posibilidades que proponen cada uno de aquéllos es mejor. En este sentido pudiera resultar significativo el que, en las resoluciones judiciales examinadas, ninguna ha determinado que el interés del menor esté en seguir una u otra religión. Antes al contrario, los tribunales eluden cualquier mediatización en las relaciones personales entre padres e hijos, estimando que lo más adecuado es permitir que cada uno de los progenitores forme a los menores de acuerdo con sus respectivas convicciones.

A este respecto cabe referirse a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 22 de febrero de 2005, que versa sobre una separación matrimonial y las medidas acordadas en orden a la educación y formación religiosa del hijo de cuatro años. El juez de Primera Instancia determinó el ejercicio conjunto de la patria potestad, atribuyendo la guarda del menor a la madre. Interpone recurso de apelación el padre, musulmán, solicitando la custodia del hijo y el ejercicio en exclusiva de la patria potestad, aduciendo la existencia de malos tratos de que supuestamente era objeto el menor por parte de la madre, así como la conveniencia de que fuera educado en sus creencias religiosas. No habiendo evidencia alguna de los pretendidos malos tratos, la Audiencia resuelve lo siguiente:

---

ne derecho más que a la neutralidad ideológica o religiosa del juez, a que la resolución de su litigio responda a la aplicación de la norma que sólo ese juez tiene potestad para aplicar y que se haga de acuerdo con la opción jurídica presente en una normativa o deducible de otras fuentes y de acuerdo con la jurisprudencia que la interpreta» (REQUERO IBÁÑEZ, J. L., «La objeción de conciencia por los jueces», en *Opciones de conciencia: propuestas para una ley*, coord. M. J. Roca, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pág. 184).

<sup>58</sup> Como ha puesto de relieve RIVERO, el interés actual del menor debe ser valorado no en atención al futuro de la sociedad en que se integrará como adulto, sino al futuro de esa persona en su doble dimensión individual y como ciudadano. De ahí que en este punto, como explica el citado autor, el principio del *favor filii*, no obstante tener carácter universal, adquiera connotaciones diversas según el contexto cultural y el momento en el que se invoca (en este sentido, cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, cit., págs. 165 a 169).

*... el respeto que ha de merecer la convicción religiosa del actor ha de ir parejo con el que, en su caso, han de merecer también las creencias religiosas de la demandada, porque así está constitucionalmente refrendado (art. 16.1 C.), que consagra el principio de libertad religiosa, sin que el hecho de que, por ahora, la guarda y custodia se atribuya a la madre, quiera decir que necesariamente se le prive al actor de inculcar al menor sus sentimientos religiosos, pues no en vano se ha establecido un amplio régimen de visitas que le permitirá tener continuos y prolongados periodos de convivencia, con lo que se compatibilizarán los deseos del actor con los de la demandada, caso de que ésta decida inclinarse por otro credo; sin que sea permisible aceptar la expresión que se contiene en el hecho tercero de la demanda en cuanto que el actor «no puede permitir que su menor hijo (sic) sea educado en otra religión que no sea la suya», cuando esa postura intransigente choca frontalmente con el citado principio constitucional.*

También es ilustrativa, en la línea de lo que se ha afirmado, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 23 de octubre de 2006, que gira en torno a la autorización concedida al padre por el juez de Primera Instancia para educar al hijo, de cuatro años de edad, en la fe católica. Interpone recurso de apelación la madre, alegando vulneración de los arts. 14, 16 y 27 de la Constitución, por considerar que la referida autorización constituye una intromisión civil inadmisibles en el ámbito de la educación integral del niño, que contraría el espíritu y finalidad de la Carta Magna sobre la libertad religiosa. Sostiene la Audiencia que es perfectamente compatible que el menor curse sus estudios en un «colegio laico», por el que la madre muestra preferencia, con el hecho de que su padre le eduque en la «fe católica», cuando este tipo de creencias no resulta perjudicial para el menor, ni puede anular su libre desarrollo integral ni su capacidad de autodeterminación futura con respecto al hecho religioso. A las consideraciones precedentes añade la Sentencia las siguientes, de carácter más general:

*... No creemos que se pueda considerar indudable que la mejor manera de formar a la persona en relación con el hecho religioso, consista en excluir o marginar el hecho religioso y la práctica religiosa de la vida de la persona hasta que ésta sea mayor de edad y tenga suficiente juicio y formación para ejercer su libertad religiosa con plenitud de madurez y conocimiento.*

*tos; ni que la única manera posible de acercarse a la religión sea a partir de una previa formación más o menos completa sobre el hecho religioso y las religiones, que pocas personas (aun mayores de edad) tienen.*

*Parece poco realista creer que es posible que la persona tan sólo se pueda y se deba iniciar en el hecho religioso y en las prácticas religiosas después de haber estudiado y reflexionado sobre la religión, en base a una formación completa y plural (sobre las diversas opciones religiosas y creencias) que pocas personas tienen, y a la que es claro que es difícil acceder durante la minoría de edad. Estos planteamientos abocarían prácticamente a no reconocer más posibilidad de ejercicio responsable de la libertad religiosa de los menores de edad, que el no profesar religión o creencia algunas; limitándose la relación del menor con el hecho religioso a la sola formación (información) aséptica y distanciada sobre las diversas religiones y creencias.*

A la vista de lo expuesto, en orden a proporcionar una solución al conflicto suscitado entre los padres sobre la educación y formación de sus hijos, cabe afirmar que, de entrada, el interés del menor en esta materia vendrá determinado por el criterio de continuidad. No siendo posible aplicar dicho criterio, por lo que se refiere al centro en el que hubiere de cursar sus estudios y a la opción por la enseñanza de una determinada religión, corresponde al juez escoger lo que mejor garantice su adecuado desarrollo; y por lo que hace a la formación que hubiere de recibir de sus padres, no resulta contrario al interés del menor que, hasta que tenga suficiente juicio para ejercer por sí su derecho de libertad religiosa, sea educado de conformidad con las creencias que aquéllos respectivamente profesan.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- AHDAR, R. (1996): «Religion as a factor in custody and access disputes», *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 10 (2), págs. 177 a 204.
- ASENSIO SÁNCHEZ, M. A. (2006): *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Madrid, Tecnos.
- BAYOD LÓPEZ, C. (2009): «Derechos de la personalidad de los menores en Aragón. Referencia al aborto de las menores de edad aragonesas. Algunas cuestiones de competencia en materia de capacidad para consentir actos médicos», en *Actas de los XVIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, págs. 121 a 169.



- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1984): «Artículo 154 del Código civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, Tecnos.
- (2000): «Derecho de los progenitores a la formación religiosa y moral de sus hijos», *Aranzadi Civil*, n.º 8, págs. 11 y 12.
- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J. (2001): «La patria potestad», en *Instituciones de Derecho Privado*, tomo IV: *Familia*, vol. 1.º, Madrid, Civitas, págs. 619 a 827.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. (2000): *La privación de la patria potestad (criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales)*, Valencia, Editorial Práctica de Derecho.
- CEBRÍA GARCÍA, M. (2001-2002): «El derecho a la libertad religiosa del menor», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, n.ºs 19-20, págs. 129 a 154.
- CREPO ALLUÉ, F. (2009): «La responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos menores», en VV.AA., *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Madrid, Lex Nova, págs. 51 a 74.
- DE DIOS VIÉITEZ, M.ª V. (2010): «Estado social y sistema educativo. Algunas cuestiones que distorsionan la percepción del modelo constitucional», en *Protección jurídica de la persona, tolerancia y libertad*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson-Reuters, págs. 271 a 287.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (2000): «Artículos 108 a 111 del Código civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirs. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, tomo III, vol. 1, 2.ª ed., Madrid, Edersa, págs. 41 a 100.
- DE LAMA AYMÁ, A. (2006): *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- DE LUCAS MARTÍN, J. (2001): «La sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos», en *La multiculturalidad*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, págs. 59 a 102.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M. (2003): «Las libertades de conciencia en el ordenamiento español», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 2, págs. 1889 a 1908.
- FERRER I RIBA, J. (2000): «Artículo 137 del Codi de Família», en *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mutua*, dirs. J. Egea Fernández y J. Ferrer i Riba, Madrid, Tecnos.
- FERRER ORTIZ, J. (2008): «Aconfesionalidad y laicidad: ¿nociones coincidentes, sucesivas o contrapuestas?», en *Estado aconfesional y laicidad*, Cuadernos de Derecho Judicial, n.º 1, págs. 391-424.
- GARCÍA CANTERO, G. (1982): «Artículo 94 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirs. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, tomo II, Madrid, Edersa.
- GARCÍA PASTOR, M. (1997): *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, Madrid, McGraw-Hill.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2009): «El ejercicio de la patria potestad en situaciones de ruptura convivencial», en *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Madrid, Lex Nova, págs. 75 a 100.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (2008): *Elementos de Derecho civil I*, vol. 2.º, 5.ª ed. revisada y puesta al día por J. Delgado Echeverría, Madrid, Dykinson.
- LINACERO DE LA FUENTE, M. (2001): *Protección jurídica del menor*, Madrid, Montecorvo.

- LÓPEZ ALARCÓN, M. (1997): «Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas», *Anales de Derecho*, n.º 15, págs. 323 a 344.
- LÓPEZ SUÁREZ, M. A. (2010): «Algunas certezas y no pocas incertidumbres en relación con la privación de la patria potestad», en *Protección jurídica de la persona, tolerancia y libertad*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson-Reuters, págs. 35 a 51.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, M. (1994): «Artículo 90 del Código civil», en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro primero del Código civil*, 2.ª ed., Madrid, Civitas.
- MANTECÓN SANCHO, J. (1996): *El derecho fundamental de libertad religiosa. Textos, comentarios y bibliografía*, Pamplona, Eunsa, 1996.
- (2004): «Praxis administrativa y jurisprudencia en torno a la inscripción de las confesiones y entidades confesionales en el Registro de Entidades Religiosas», en *Pluralismo religioso y Estado de Derecho*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, págs. 289 a 332.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2009): «La audiencia del menor en los procesos matrimoniales tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el régimen de separación y divorcio», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 23, págs. 249 a 283.
- (2009): «Artículo 92 del Código civil», en *Comentarios al Código civil*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 3.ª ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi.
- MARTÍNEZ TORRÓN, J. (2005): «Transición democrática y libertad religiosa en España», *Persona y Derecho*, vol. 53, págs. 183 a 222.
- MORENO ANTÓN, M. (2007): *Multiculturalidad y libertad religiosa del menor de edad*, Madrid, Fundación Universitaria Española.
- ORTUÑO MUÑOZ, P. (2006): *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Madrid, Thomson-Civitas.
- PARRA LUCÁN, M.ª A. (2003): «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», *Aranzadi Civil*, n.º 1, págs. 1901 a 1930.
- (2006): «Voluntades anticipadas (autonomía personal: voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos)», en *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2006, págs. 77 a 116.
- (2007): «Capacidad y estado de las personas», en *Manual de Derecho civil aragonés*, dir. J. Delgado Echeverría, coord. M.ª A. Parra Lucán, 2.ª ed., Zaragoza, Justicia de Aragón, págs. 115 a 195.
- PAU PEDRÓN, A. (1982): «La nueva regulación alemana sobre la patria potestad», *Anuario de Derecho Civil*, págs. 723 a 750.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1984): «Artículo 110 del Código civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Madrid, Tecnos.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (2008): «La protección de los menores e incapacitados en general. La patria potestad», en *Curso de Derecho civil (IV). Derecho de familia*, 2.ª ed., Madrid, Colex, págs. 347 a 374.
- PUENTE ALCUBILLA, V. (2001): *Minoría de edad y Derecho*, Madrid, Dirección General de Acción Social, del Menor y de la Familia.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2001): «La guarda y custodia de los hijos», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 15, págs. 281 a 329.
- REQUERO IBÁÑEZ, J. L. (2008): «La objeción de conciencia por los jueces», en *Opciones de conciencia: propuestas para una ley*, coord. M. J. Roca, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 161 a 204.

- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1994): «Artículos 92 y 110 del Código civil», en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro primero del Código civil*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Civitas.
- (1997): *El derecho de visita*, Barcelona, Bosch.
  - (2000): «Artículos 92, 94 y 110 del Código civil», en *Comentarios al Código civil*, coord. J. Rams Albesa, Barcelona, Bosch.
  - (2007): *El interés del menor*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Dykinson.
- ROCA TRÍAS, E. (1984): «Artículos 90, 92 y 94 del Código civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, Tecnos.
- (1999): *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Madrid, Civitas.
  - (1993): «Artículo 92 del Código civil», en *Comentario del Código civil*, tomo I, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Ministerio de Justicia.
- ROGEL VIDE, C. (1993): «Artículos 159 y 160 del Código civil», en *Comentarios a las reformas del Código civil*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, Tecnos.
- RUBIO SAN ROMÁN, J. I. (2000): «Artículos 154 a 161», en *Comentarios al Código civil*, coord. J. Rams Albesa, tomo II, vol. 2.º, Barcelona, Bosch.
- RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. (2006): *La privación de la patria potestad*, Barcelona, Atelier.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. (2003): «Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamento del libre ejercicio de los derechos de la personalidad», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo I, Madrid, Thomson-Civitas, págs. 951 a 974.
- SEISDEDOS MUIÑO, A. (1988): *La patria potestad dual*, Erandio, Universidad del País Vasco.
- (2001): «Suspensión *versus* privación de la patria potestad», *Revista de Derecho Privado*, 2001, págs. 554 a 580.

