

Conflicto entre normas civiles y canónicas en relación con la patria potestad*

MARÍA J. ROCA

Catedrática de Derecho eclesiástico
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

Las diferencias de criterio entre los progenitores acerca de la educación religiosa de los menores (recepción de sacramentos, clases de religión, etc.), llegan a plantear conflictos. Se analizan en este trabajo en qué medida incide para la resolución del conflicto el régimen en que se encuentre el menor (acogimiento, patria potestad compartida pero no la custodia, custodia y patria potestad compartidas). La falta de claridad entre las facultades exclusivas de la patria potestad y las propias de la custodia hace que no sea tan relevante en la práctica si el menor está bajo patria potestad y custodia compartidas o si está bajo patria potestad compartida y custodia de uno de los progenitores. Lo verdaderamente relevante es si las medidas relativas al menor de la sentencia de nulidad, separación o divorcio de sus progenitores contemplaban o no alguna previsión acerca de su educación religiosa y moral, de los gastos que lleve consigo, y de si hay o no continuidad con la educación recibida hasta el momento. Asimismo, se pondera la edad a partir de la cual se deberá respetar la libertad del menor, como titular del derecho de libertad religiosa.

En el caso de solicitud de bautismo para hijos sin uso de razón por parte de uno de los progenitores, constando la oposición manifiesta del otro, el ministro deberá pedir a los padres que acudan al juez, si no pueden llegar a un acuerdo. El juez debe atender la solicitud del progenitor que pide el bautismo, si los padres celebraron entre sí matrimonio canónico, pues el hecho de la celebración presupone el deseo (o al menos la aceptación) de la educación católica de la prole y será al cónyuge que haya cambiado de creencias a quien corresponde probar en sede civil que el bautismo es un perjuicio para su hijo. En el mismo supuesto, si el matrimonio celebrado fue civil, el

* Texto de la Ponencia presentada a las XXXII Jornadas de Actualidad Canónica de la Asociación Española de Canonistas (Madrid, 11, 12 y 13 de abril de 2014). Agradezco a mis colegas, la Prof.^a Dra. I. de la Iglesia y la Prof.^a Dra. C. Armendáriz, su competente y generosa ayuda en los aspectos de Derecho civil y Derecho penal, respectivamente, que les he consultado.

juéz deberá pronunciarse por el retraso del bautismo del menor, hasta que éste pueda ejercer sus derechos fundamentales por sí mismo.

PALABRAS CLAVE

Patria potestad/minoría de edad/derechos del menor/custodia compartida/educación religiosa

ABSTRACT

The different point of view of the parents about the religious education of their minor children (reception of sacraments, religious training, etc.) can take them to a clash of interests and criteria. To solve this conflict, this work tries to analyze the incidence of the minor situation (guardianship, joint legal custody but physical custody to one parent, joint legal and physical custody) on the possible solution. It is not so relevant from a practical point of view, whether the court award child custody to both parents, or legal custody to both and physical custody to one parent. Legal custody encompasses the right to make all decisions concerning the child's welfare such as education, religion or health care. The real important question is if at the time of divorce, separation or nullity of the child's parents, the court decision has included any provision about the moral and religious training of the minor, the expenses of all this, and if there is going to be a continuity or not with the education received by the child till that moment. It is also considered the age when it can be recognized the child's maturity and the possibility of his election of religion, due to the own child's right to religious freedom.

If one parent decides the baptism with the opposition of the other, the religious minister must ask them to go to the court if they cannot reach an agreement; the court will have to take a decision if parents don't agree to the baptism of the child, not mature enough to make this choice. The judge should accept the baptism asked by one of the parents if they had celebrated a canonical marriage, because the celebration of that marriage means the desire (or at least the acceptance) of the catholic education of their children and it will be the spouse who has changed his creed or his mind who must prove, at the civil court, that the baptism or the other spouse's religious belief or practice threaten the health or well being of the child. On that same case, if the marriage celebrated was civil, the judge must decide not to celebrate the baptism till the minor is able to choose about his fundamental rights by himself.

KEY WORDS

Custody/age minority/rights of the minor/joint custody/religious training.

SUMARIO: I. Introducción. La patria potestad en Derecho canónico y en Derecho español.-II. Conflictos entre los titulares de la patria potestad en la educación religiosa del menor. 1. Situaciones en las que ambos progenitores tienen tanto la custodia como la patria potestad compartida. 2. Situaciones en las que los ambos progenitores ejercen la patria potestad y uno de ellos la custodia. 3. Situaciones en las que los ambos

progenitores ejercen la patria potestad y el menor está en situación de acogimiento.—III. El ministro de los sacramentos de la iniciación cristiana, los derechos de los titulares de la patria potestad y el menor como titular de derechos fundamentales. 1. Responsabilidad jurídica del ministro de los sacramentos en el Derecho canónico y en el Derecho español. 2. Derechos y deberes de quienes ejercen la patria potestad. 3. El menor.—IV. Aspectos penales: delitos contra la patria potestad. 1. El menor como sujeto pasivo. 1.1. Derecho penal estatal. 1.2. Derecho penal canónico. 2. Responsabilidad penal del menor.—V. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN. LA PATRIA POTESTAD EN DERECHO CANÓNICO Y EN DERECHO ESPAÑOL

Tanto en el Derecho canónico como en el Derecho español¹ la patria potestad es un conjunto de derechos y deberes de los progenitores con respecto al menor. Estos deberes tienen como fin el bien del menor, y en consecuencia, los derechos tienen también el interés del menor como límite. No debería por tanto, en principio, plantearse un conflicto entre ambos ordenamientos. Sin embargo, se plantean de hecho controversias cuando hay diferencias de criterio entre el padre y la madre respecto a la educación de los hijos. Puede ocurrir en tales supuestos que uno de ellos se acoja a lo que en un ordenamiento es un derecho y otro invoque lo que en el otro ordenamiento es un deber, por ejemplo.

La jurisprudencia española se ha pronunciado sobre supuestos en los que uno de los progenitores tiene una concepción cristiana de la vida, desea que el menor reciba los sacramentos de la iniciación cristiana y la formación previa que la Iglesia proporciona en las catequesis de confirmación, primera comunión o las clases de religión en la escuela; incluso la asistencia a un colegio con ideario católico, y, en cambio, el otro progenitor se opone a que el menor (o los menores) reciban formación religiosa, o formación humana

¹ Artículo 154 del Código Civil: «Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres.

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica.

Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades:

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

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

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

Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad».

de acuerdo con una concepción cristiana del hombre, o practiquen actos de culto. No se trata propiamente de conflicto entre dos ordenamientos jurídicos, puesto que dentro del Derecho español tiene cabida perfectamente una formación cristiana y también la recepción de los sacramentos por parte los menores. Estos supuestos son más bien casos de conflicto entre los dos progenitores del menor. A lo largo de este trabajo se verá qué soluciones ofrece el Derecho español en cada caso.

En el Derecho canónico, el c. 98 § 2 establece que «la persona menor está sujeta a la potestad de los padres o tutores en el ejercicio de sus derechos, excepto en aquello en que por ley divina o por el Derecho canónico, los menores están exentos de aquella potestad; respecto a la designación y potestad de los tutores, obsérvense las prescripciones del Derecho civil a no ser que se establezca otra cosa por el Derecho canónico o que el Obispo Diocesano, con justa causa, estime que en casos determinados se ha de proveer mediante nombramiento de otro tutor». En tiempos recientes, solo conocemos un supuesto en el que la jurisprudencia canónica se haya ocupado de cuestiones relativas a la patria potestad². Si la Rota Romana se pronunció sobre la guarda de los menores y la pensión alimenticia, lo hizo porque se trataba de un caso proveniente de Líbano donde, en virtud del sistema de estatuto personal, corresponde esta decisión en el ámbito civil a la jurisdicción canónica.

Según la doctrina, en el ejercicio de la patria potestad, el Derecho canónico de familia³ requiere que se armonicen el principio de igualdad entre padre y madre⁴, con el principio de unidad en el ejercicio de las facultades inherentes a la patria potestad⁵. Esa unidad solo se logra cuando ambos se empeñan en obtenerla mediante una actitud personal de renuncia y de servicio⁶. En la legislación

² R. RODRÍGUEZ CHACÓN, «Estatuto personal» y Rota Romana. (Una muy peculiar intervención del Tribunal de la Rota Romana sobre custodia de los hijos y fijación de pensión alimenticia con motivo del cambio de religión de un libanés), en «Anuario de Derecho eclesástico del Estado», vol. XXIX, 2013, pp. 545 y ss.

³ Sobre el «Derecho Canónico de Familia», cfr.: P. BIANCHI, *Il 'Diritto di famiglia' della Chiesa*, en «Quaderni di Diritto Ecclesiastico», 7, 1994, pp. 285-299.

⁴ M. B. TERZANO BOUZÓN, *La patria potestad en el ordenamiento canónico. Contribución a la sistematización del Derecho canónico de familia*, en «Cuadernos doctorales», núm. 8, 1990, pp. 130-193, accesible en <http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/10612>, Consulta del [15-09-2014] «la igualdad de ambos progenitores en cuanto a la patria potestad en el ordenamiento canónico, se pone de manifiesto tanto en el c. 98 como en el c. 1135, al establecer que «ambos cónyuges tiene igual obligación y derecho respecto a todo aquello que pertenece al consorcio de la vida conyugal» (p. 148).

⁵ M. B. TERZANO BOUZÓN, *La patria potestad en el ordenamiento canónico...*, p. 148, añade que «por corresponder al padre y a la madre la autoridad en la familia, el único modo de gobernarla es el gobierno en comunión. Esto implica que las decisiones han de ser tomadas de común acuerdo, llegando los padres a una armonía o unidad».

⁶ M. B. TERZANO BOUZÓN, *La patria potestad en el ordenamiento canónico...*, p. 149, siguiendo Gaudium et Spes, n. 52 y Juan Pablo II, Discurso a los miembros del Tribunal de

canónica solo hay una norma que considere el criterio a seguir cuando hay falta de acuerdo entre los cónyuges. El c. 111 § 1 prevé que si uno de los progenitores pertenece a la Iglesia latina y el otro a un rito distinto, y no hay acuerdo entre ambos para decidir en qué rito se bautiza la prole, se incorpora al rito al que pertenece el padre. No se sigue la voluntad del padre, sino que se bautiza en el rito al que pertenece el padre⁷.

La obligación de la educación de los hijos en el Derecho canónico es efecto de la procreación, no del matrimonio⁸. Haya o no matrimonio, los padres católicos están obligados a la educación de sus hijos, a tenor del c. 11. En este sentido conviene tener en cuenta que las cautelas que el ordenamiento de la Iglesia establece, por ejemplo, para denegar en ocasiones extremas el bautismo de los niños no obedecen a la situación irregular de sus padres, sino a la previsible y fundada falta de educación religiosa del menor⁹. Estas circunstancias habrá de ponderarlas el ministro del sacramento del bautismo en supuestos muy variados: matrimonios civiles de personas del mismo sexo que solicitan el bautismo de un infante, por ejemplo.

En el Derecho canónico, a medida que el menor crece, la potestad de los padres disminuye gradualmente; de ahí que se reconozcan al menor una serie de ámbitos en los que no está sujeto a la potestad de los padres o tutores, como son la posibilidad de adquirir un cuasidomicilio (c. 105), a partir de los catorce años puede decidir por sí mismo el rito al que desea pertenecer (c. 112 § 1, 3.º), con 14 años la mujer y con 16 el varón adquieren la edad mínima para contraer válidamente matrimonio, con diecisiete años se alcanza la edad a partir de la cual cabe ser admitido a un noviciado¹⁰, con el uso de razón gozan de capacidad procesal en la causas espirituales (1478 § 3, «los menores que hayan alcanzado el uso de razón pueden demandar y contestar por sí mismos, sin el consentimiento de los padres y del tutor si hubieran cumplido catorce años; de no ser así deberán hacerlo mediante un curador nombrado por el juez»).

En el Derecho canónico no está prevista la intervención de un tercero imparcial –el juez en el caso del Derecho español– para dirimir la controversia en caso de desacuerdo entre el padre y la madre. Algún autor ha concluido que nadie puede suplantarlos en la con-

la Rota Romana, 5. II.1987.

⁷ M. B. TERZANO BOUZÓN, *La patria potestad en el ordenamiento canónico...*, p. 150.

⁸ M. B. TERZANO BOUZÓN, *La patria potestad en el ordenamiento canónico...*, p. 152, citando los trabajos de la reforma del Código vigente, «Comunicaciones», V, 1973, p. 76.

⁹ C. 868, 1, 2.º

¹⁰ El c. 643 § 1, 1.º, establece que cabe la admisión válida a un noviciado a los 17 años.

fección de una decisión común¹¹. La idea de que nadie puede adoptar decisiones por propia iniciativa, de algún modo se refleja en el Código civil, ya que solo cabe que el juez decida según la voluntad del padre o la de la madre; no cabe una solución judicial «creativa» o intermedia entre la voluntad del padre y la de la madre. Ahora bien, en ocasiones, no quedará más remedio que la intervención del juez. La canonización de la ley civil en materia de patria potestad, nos lleva a analizar la jurisprudencia española en sus líneas generales, y las soluciones en casos de conflicto, como se verá más adelante.

El ejercicio ordinario de la patria potestad corresponde a ambos progenitores en el Derecho español. «La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad» (art. 156, párr. 1.º del Código civil)¹². Hoy, en el Derecho español y en los documentos internacionales, la patria potestad es entendida como un conjunto de facultades de los padres dirigidas a guiar a los menores en el ejercicio de sus derechos de una forma progresiva, según el grado de madurez que van alcanzando. Ambos progenitores están en plena igualdad en esta relación jurídica. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos¹³ ha declarado que no puede discriminarse en el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores por el hecho de que no haya habido nunca vínculo matrimonial entre ellos.

Estas son las coordenadas en las que debe situarse el ejercicio de la patria potestad y los derechos del menor tanto el ámbito canónico como en el Derecho del Estado. En los supuestos en que hay discrepancia de criterio entre los titulares de la patria potestad, y la voluntad del menor, el conflicto se resuelve atendiendo a la decisión

¹¹ M. B. TERZANO BOUZÓN, *La patria potestad en el ordenamiento canónico...*, p. 151.

¹² M. A. ASENSIO SÁNCHEZ, *Minoría de edad y derechos fundamentales: su ejercicio por el menor de edad*, en www.iustel.com «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado», n. 7, 2005, pp. 26-30.

¹³ El 1626a del Código Civil Alemán (BGB) atribuía a la madre exclusivamente la patria potestad de los menores cuando los progenitores no tenían ningún vínculo matrimonial entre ellos. Para que el padre pudiera compartir la patria potestad (*Sorgerecht*) era necesario el consentimiento de la madre. A partir de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de diciembre de 2009, este alto tribunal declaró que las disposiciones de este precepto lesionaban el artículo 8 y el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así pues, para los países firmantes del Convenio es necesario que se reconozca la patria potestad compartida también en estos casos. Mediante Auto, el Tribunal Constitucional Federal (Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 21.7.2010-1 BvR 420/09) declaró que este precepto del BGB era inconstitucional, por oponerse a lo previsto en el artículo 6, 2 de la Ley Fundamental («Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft») y a la decisión el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de diciembre de 2009.

del menor, si ha alcanzado un grado suficiente de madurez. Pero ¿qué ocurre cuando falta la unidad de criterio entre los padres? Trataremos de dar respuesta atendiendo a las situaciones que pueden presentarse, y que son las siguientes:

1.º Que ambos progenitores ejerzan la patria potestad y el menor esté en situación de acogimiento temporal en atención a determinadas circunstancias.

2.º Que ambos progenitores ejerzan la patria potestad y sólo uno de ellos tenga la custodia.

3.º Que ambos progenitores ejerzan la patria potestad y tengan también compartida la custodia.

4.º En circunstancias muy excepcionales, puede uno de los padres ser privado de la patria potestad. Este derecho puede ser asimismo compartido por ambos progenitores mediante la distribución de las funciones inherentes a ella entre los dos. A esta situación puede llegarse tanto de común acuerdo como por decisión judicial. Estos dos últimos supuestos (que sólo uno de los progenitores sea titular de la patria potestad o que las funciones inherentes a ella estén distribuidas entre ambos) tienen menos interés para nuestro estudio. Al tener uno solo de ellos la competencia para decidir sobre la educación religiosa (bien sea porque esa función la tiene atribuida él, bien sea porque el otro está privado de la patria potestad en general), no habrá conflicto.

Naturalmente, habría que contemplar también los supuestos en que los padres pierden la patria potestad, pero en esos casos ya no tienen el derecho a decidir sobre la educación religiosa de sus hijos, y, por tanto, no nos interesan para el objeto de este estudio. Veamos cómo influyen las tres primeras situaciones enumeradas (números 1.º-3.º) en la educación religiosa de los menores.

II. CONFLICTOS ENTRE LOS TITULARES DE LA PATRIA POTESTAD EN LA EDUCACIÓN RELIGIOSA DEL MENOR

Con carácter general en los supuestos de desacuerdo, el artículo 156 del Código civil establece:

Cualquiera de los dos podrán acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reitera-

dos o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

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

Del tenor literal de este precepto se deriva que el juez no puede adoptar una solución no planteada por los progenitores¹⁴. Las disposiciones legales y la intervención judicial en la regulación de los efectos de la nulidad o divorcio con respecto a los hijos son supletorias del acuerdo a la que hayan podido llegar los cónyuges. Sólo en el caso en que no exista convenio regulador o cuando los acuerdos sean dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, corresponde al juez adoptar medidas¹⁵.

Cuando el menor no puede tomar decisiones por sí mismo, éstas son tomadas por quienes ejercen la patria potestad y dentro de esas decisiones se incluye la pertenencia a una religión y la educación conforme a ese credo, sin que por eso pueda considerarse lesionado ningún derecho del menor¹⁶. El derecho a educar a los menores según las propias convicciones religiosas e ideológicas forma parte del contenido de la patria potestad, y puede y debe ser ejercitado por sus titulares.

¹⁴ C. GUZMÁN PÉREZ, *La patria potestad y custodia de los hijos, en los casos de separación y divorcio, según la legislación y jurisprudencia española. Notas desde el Derecho canónico*, en «Estudios eclesiásticos», vol. 86, 2011, p. 775.

¹⁵ C. GUZMÁN PÉREZ, *La patria potestad y custodia de los hijos...*, p. 778.

¹⁶ Hace años el Tribunal Europeo ya se pronunció en un caso en el que Islandia era la demandada por una persona que había sido bautizada a las pocas semanas después del nacimiento, y luego confirmada. El demandante alegó que tenía derecho -a tenor de los artículos 9 y 10 del Convenio- a elegir sus propias creencias, y que la recepción de esos sacramentos implicaba unas promesas que se le habían impuesto. El Tribunal rechazó la demanda porque consideró que no se producía violación de dichos artículos en este caso. I. MARTÍN SÁNCHEZ, *Patria potestad y libertad religiosa del menor en la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos humano*, en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado: Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado. San Sebastián, 1 al 3 de junio del año 2000*, 2001, p. 588.

1. SITUACIONES EN LAS QUE LOS AMBOS PROGENITORES EJERCEN LA PATRIA POTESTAD Y EL MENOR ESTÁ EN SITUACIÓN DE ACOGIMIENTO

Los derechos y deberes de los padres y otros parientes del menor en situación de acogimiento están regulados en los artículos 160¹⁷ y 161¹⁸ del Código civil.

¿Puede tenerse en cuenta la religión de los progenitores por el juez o la autoridad administrativa en el momento tomar decisiones con respecto a un menor? Por ejemplo, si un menor va a ser dado en guarda a una institución o a otra familia, ¿debe tenerse en cuenta la religión de los progenitores o la educación religiosa que se haya dado al niño hasta entonces?

Como se sabe, una decisión judicial sobre la guarda de un menor no supone que los padres queden privados de la patria potestad. La guarda tiene un carácter temporal, y deben ser respetados los derechos de los padres durante ese tiempo, también los relativos a la educación religiosa del menor. La Jurisprudencia europea al respecto ha señalado que si los padres desean una determinada educación religiosa para los hijos que estén en situación de acogimiento, deben hacerlo constar expresamente, y debe ser coherente con su propia conducta. Las autoridades no actúan en estos casos al dictado de los deseos de los padres, tienen el deber de velar para que no se produzca un adoctrinamiento de los menores mientras están en acogida. Y deben tener en cuenta no sólo el elemento religioso sino también otros, como, por ejemplo, la cercanía al lugar del domicilio de la institución o familia de acogida, pues en otro caso el derecho de visitas se dificultaría notablemente e incluso podría ser impracticable¹⁹.

Sin ser la religión del menor y de los padres el único factor que deba tener en cuenta el juez al dar a un menor en acogida, sí constituye un elemento que debe valorar. En el Derecho islámico

¹⁷ Artículo 160: «Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.

No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados.

En caso de oposición, el juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculden la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores».

¹⁸ Artículo 161: «Tratándose del menor acogido, el derecho que a sus padres, abuelos y demás parientes corresponde para visitarle y relacionarse con él, podrá ser regulado o suspendido por el juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor».

¹⁹ I. MARTÍN SÁNCHEZ, *Patria potestad y libertad religiosa del menor en la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos humanos...*, pp. 591-592.

no existe la institución de la adopción sino solo la del acogimiento (*kafala*²⁰). En este Derecho se exige que la persona que acoge (*kafil*) y el menor (*makfoul*) sean de religión islámica. El reconocimiento que de esta institución se hace en el Derecho español supone solo un control formal, no un control material²¹ como se hace por ejemplo en Francia. Es decir, la Dirección General de los Registros y del Notariado está admitiendo en el Derecho español que el mayor que acoge al menor sea de la misma religión que éste. Por su parte, el BGB alemán prevé expresamente para los casos de adopción que se procure que los adoptantes sean de la misma religión del adoptado. Así pues, tanto en otros Derechos de nuestro entorno como en las normas de Derecho internacional privado aplicadas en España se admite que la religión del menor es un factor que debe (o al menos puede) tenerse en cuenta en la institución del acogimiento. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²² también considera que debe tenerse en cuenta, siempre que la petición de los padres biológicos se formule a tiempo y sea coherente con su conducta. En consecuencia, es admisible que quienes acogen a un menor, le proporcionen continuidad en la educación religiosa y moral que éste venía recibiendo de sus padres.

2. SITUACIONES EN LAS QUE LOS AMBOS PROGENITORES EJERCEN LA PATRIA POTESTAD Y UNO DE ELLOS LA CUSTODIA

El Código civil (art. 92, 7) y las legislaciones autonómicas establecen que la custodia compartida no procede cuando cualquiera de los progenitores está incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ellos, o cuando el juez advierta indicios fundados de violencia doméstica²³. A tenor del artículo 159

²⁰ P. DIAGO DIAGO, *La kafala islámica*, en «Cuadernos de Derecho transnacional», vol. 2, 2010, pp. 140-164. N. MARCHAL ESCALONA, *La kafala marroquí: problemas de ayer, hoy y mañana*, en «Revista internacional de Doctrina y jurisprudencia», accesible en http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2013-07/articulos_la-kafala-marroqui.pdf ISSN 2255-1824 Consulta del [13-IV-2014]

²¹ J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, *Efectos jurídicos en España del acogimiento de derecho islámico («kafala»)*, en Diario La Ley, n.º 7393, Sección Doctrina, 3 mayo 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY 2131/2010, pp. 6 y ss., pueden verse las principales resoluciones de la DGRN antes y después de la entrada en vigor de la ley de adopción internacional.

²² Vid. *supra*, nota 19.

²³ C. GUZMÁN PÉREZ, *La patria potestad y custodia de los hijos...*, p. 782. C. ARMENDÁRIZ LEÓN/P. MIRAT HERNÁNDEZ, *La familia en la parte general del derecho*

del Código civil, «si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años».

A juicio de algunos autores, al progenitor que tiene la custodia es a quien compete dirigir su educación y formación moral²⁴. Sin embargo, las decisiones que no son cotidianas deben ser los dos titulares de la patria potestad los que decidan alcanzando un acuerdo²⁵. Esta distinción que, en principio, parece de decisiva relevancia se ve atenuada en la media en que no hay en la jurisprudencia una distinción clara entre el contenido de la custodia y el de la patria potestad. No obstante, puede tenerse como seguro que «si en la sentencia el Juzgador ya contempló el tipo de educación y/o formación moral que el menor debe recibir y uno de los progenitores obstaculiza dicha formación, el otro progenitor estará legitimado para interesar que la sentencia se ejecute. En este caso, no cabe discusión. La única vía que dispone la persona que se opone a la educación recibida por su hijo consistirá en demandar un proceso de modificación de medidas definitivas del artículo 775 de la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil. No podrá invocar la acción descrita en el artículo 156, 2 del Código civil»²⁶.

Sobre las controversias acerca de la educación religiosa y moral del menor sólo están legitimados activamente para demandar cualquiera de los dos progenitores (art. 156, 2 del C.c.), no el Ministerio Fiscal. Ahora bien, será parte activa en esta clase de litigios por mandato del artículo 749, 2 de la ley de enjuiciamiento civil, y del artículo 3, 1, 7.º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, velando por el interés del menor²⁷.

Las decisiones de las audiencias provinciales han reiterado que «el deseo del progenitor por la continuidad o modificación de la educación o formación moral/religiosa de su hijo irá orientado al beneficio del menor. Esto implica, *a sensu contrario*, que el cam-

penal (Libro I del Código Penal de 1995), en M. YZQUIERDO TOLSADA/M. CUENA CASAS (dirs.), *Tratado de derecho de la familia (Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia)*, Vol. 6, 2011, pp. 997 y ss.

²⁴ Esta es la opinión de Rivero, cfr.: R. LACUEVA BERTOLACCI, *Discrepancias en la educación y formación moral de los hijos tras un proceso contencioso*, en «Abogados de familia», n. 59, sección Tribuna, primer trimestre 2011, p. 3.

²⁵ R. LACUEVA BERTOLACCI, *Discrepancias en la educación y formación moral de los hijos tras un proceso contencioso...*, p. 3.

²⁶ R. LACUEVA BERTOLACCI, *Discrepancias en la educación y formación moral de los hijos tras un proceso contencioso...*, p. 6.

²⁷ R. LACUEVA BERTOLACCI, *Discrepancias en la educación y formación moral de los hijos tras un proceso contencioso...*, p. 8.

bio o la continuidad, en su caso, en la educación recibida e interesada por el otro progenitor le perjudica»²⁸. Por ello, el solicitante de un cambio de colegio o de formación moral tiene que acreditar, durante el curso del proceso, que la educación recibida hasta la fecha es perjudicial para el menor o que la modificación demandada le beneficia. Sin embargo, en nuestro Derecho, al no ser susceptibles de recurso las decisiones judiciales en esta materia, se dificulta que haya una jurisprudencia uniforme. El criterio de la continuidad en la formación religiosa recibida por el menor es asimismo el mantenido por la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁹.

Ahora bien, el progenitor que tiene encomendada la custodia, no puede pretender privar del régimen de visitas al otro, alegando que sus hijos recibirán una educación religiosa que no está en continuidad con la recibida hasta entonces. El Tribunal Constitucional ha declarado que la libertad religiosa de uno de los progenitores, titular de la patria potestad, no puede suponer un límite de su derecho de visitas³⁰. Se trataba en este caso de la pretensión de una madre de limitar el régimen de visitas del padre, por su pertenencia a una secta. El padre no había llevado a los hijos a actividades de la secta, ni se había demostrado ningún perjuicio para los menores.

La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso de *Rupprecht c. España*³¹ declaró inadmisibile la pretensión del padre que solicitó que se le atribuyera el derecho a decidir acerca de la educación religiosa de su hija. Se trataba de un supuesto en el que una menor (de padres separados, que compartían la patria potestad y cuya custodia ejercía la madre) había

²⁸ R. LACUEVA BERTOLACCI, *Discrepancias en la educación y formación moral de los hijos tras un proceso contencioso...*, p. 10.

²⁹ Casos *Hoffmann contra Austria*, de 23 de junio de 1993 y *Palau Martínez contra Francia*, de 16 de diciembre de 2003. Sobre el criterio de la continuidad, vid.: R. NAVARRO VALLS, *Matrimonio, familia y libertad religiosa*, en «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», vol. XII, 1996, p. 394. M. MORENO ANTÓN, *Minoría de edad y libertad religiosa: estudio jurisprudencial*, en www.iustel.com «Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado», núm. 19, 2019, p. 30.

³⁰ Sentencia 141/2000, de 29 de mayo de 2000 (BOE núm. 156, de 30 de junio de 2000). Un comentario puede verse en F. RIVERO FERNÁNDEZ, *Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos...*, pp. 245 y ss. Sobre los límites a la libertad religiosa, Z. COMBALÍA, en *Libertad religiosa e igualdad. Los límites a su ejercicio*, en <http://www.iustel.com/v2/c.asp?r=911126&s=20&p=8.&Z=4&O=1§or=Consulta> del [23-4-2014]. Desde el punto de vista de la autonomía del paciente, vid. A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Derecho y conciencia en las profesiones sanitarias*, Madrid, 2009, pp. 107 y ss.

³¹ La Decisión de admisibilidad del TEDH, en el asunto *Rupprecht contra España*, de 19 de febrero de 2013 (versión francesa), inadmite la demanda en el caso de padre separado que consideraba vulnerado el derecho de libertad religiosa de su hija menor, al no haberse tomado en cuenta su opinión en contra de su bautismo y educación religiosa. Puede consultarse en http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=413359&http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=413359& [16. VII.2014]

recibido el bautismo y participaba en la catequesis. El Tribunal de primera instancia de Denia, y la Audiencia Provincial de Alicante, habían desestimado la pretensión del padre de que se le atribuyera a él la capacidad de decidir sobre la educación religiosa de su hija. Los tribunales habían considerado que la niña asistía a las clases de religión católica que se impartían en la escuela. Y que a la edad en que sus compañeros recibían la primera comunión había manifestado su deseo de recibirla. Su madre había accedido a los deseos manifestados por la niña, respetando su derecho de libertad religiosa. El padre recurrió al Tribunal Supremo, donde su demanda no fue admitida. Planteado el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, éste no lo admitió por considerar que la cuestión planteada carecía de relevancia constitucional.

El juzgado de primera instancia de Barbastro accedió en el año 2011³² a la petición de la madre de dos menores que solicitaba que se le atribuyera ella –dada la oposición del padre– la facultad de decidir sobre si los menores debían seguir recibiendo educación en la religión católica (en concreto, si uno de ellos podía cursar la asignatura de religión en 2011, y si el otro podía asistir a la catequesis de primera comunión). Cuando transcurridos dos años, uno de los menores va a recibir la primera comunión, la madre vuelve a elevar la misma petición ante el mismo Juzgado. Sin embargo, en este caso, el mismo juez atribuye al padre la decisión acerca de si el menor debe o no recibir la primera comunión. La circunstancia decisiva para este cambio de criterio fue que el menor declaró ante el juez, que le daba igual hacer la primera comunión o no. El auto fundamenta que «el hecho de si hace o no la comunión, en este caso concreto (no se puede generalizar) es advertido por B. como un conflicto. Por tanto, dentro del perjuicio que se le causa al menor por involucrarlo en un conflicto, considero que lo menos perjudicial ahora, lo más beneficioso por tanto, es que se deje para el futuro la decisión sobre si realiza o no el rito de la comunión, cuando el menor alcance una edad en que su grado de conocimiento y madurez permita tener una opinión más fundada sobre este aspecto de su desarrollo vital»³³.

³² El Auto fundamenta la decisión de atribuir a la madre la facultad de decidir en que ésta «no hace sino seguir el modelo y las pautas que ambos progenitores fijaron desde el inicio de su convivencia». (...) Otorgaría la facultad de decidir a quien siguiera el modelo dado a sus hijos desde el inicio, no realizando cambios que más tienen que ver con la separación de sus padres que con el interés de los propios menores» (Auto 246/2011, de 5-XII-2011).

³³ Auto 10/12, de 30-IV-2013. He podido disponer de una copia de estos dos Autos, pero no me consta que hayan sido publicados.

De cuanto hemos expuesto en este apartado se deduce la dificultad de ofrecer una síntesis con criterios claros que orienten acerca de cómo decidirá el juez en caso de que se plantee un conflicto. Puede anotarse, no obstante, que lo más frecuente es que las decisiones sobre la educación religiosa se consideran como parte del ejercicio de la patria potestad (y no de las decisiones ordinarias propias de la custodia). Asimismo, en caso de conflicto, la jurisprudencia tiende a la continuidad en la educación que recibe el menor. La regla general de la continuidad ocasionalmente no se sigue, si el menor no se pronuncia manifestando un interés en la formación religiosa.

3. SITUACIONES EN LAS QUE AMBOS PROGENITORES TIENEN TANTO LA CUSTODIA COMO LA PATRIA POTESTAD COMPARTIDA

La regla general en nuestro Derecho es que ambos progenitores tengan la patria potestad compartida. Respecto al régimen de custodia hay que estar a lo previsto en el desarrollo legislativo autonómico. Así, en Comunidades Autónomas como Aragón³⁴, Valencia³⁵ y Cataluña³⁶, también la custodia es compartida como regla general. En todo caso, para la aplicación de estas previsiones generales de la ley, «las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor»³⁷. En estas Comunidades Autónomas, la ley presume, *iuris tantum*, que la custodia

³⁴ Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, y ley de igualdad en relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, BOA ley 2/2010, de 26 de mayo.

³⁵ Ley de la Comunidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, «BOE» núm. 98, de 25 de abril de 2011, establece en su art. 5: 1. «A falta de pacto entre los progenitores, será la autoridad judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la que fijará los extremos enumerados en el apartado 2 del artículo 4 de esta Ley.

2. Como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos».

³⁶ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia («BOE» n.º 203, de 21 de agosto de 2010), art. 233-10. «Ejercicio de guarda (...) 2. La autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo».

³⁷ C. GUZMÁN PÉREZ, *La patria potestad y custodia de los hijos...*, p. 781, en nota 21, citando la sentencia de la audiencia provincial de Sevilla 180/2009, de 1 de abril, y la STS de 22 de julio de 2011.

compartida, es preferente y debe prevalecer sobre el de custodia individual o exclusiva; el Juez no deberá razonar que la custodia compartida es el régimen de guarda más beneficioso para el menor³⁸

La distinción entre unas comunidades autónomas u otras, tendría una importancia decisiva si se entendiera que las decisiones relativas a la educación religiosa corresponden al progenitor que ejerce la custodia de los hijos. Pero el problema fundamental se presenta en la práctica porque no se distingue con precisión qué decisiones son las que entran dentro de la patria potestad³⁹, y cuáles por ser más cotidianas o de menor importancia corresponden a la custodia.

En mi opinión, la falta de claridad entre los contenidos de estas dos instituciones, y la consideración mayoritaria de que las decisiones acerca de la educación religiosa del menor forman parte de las facultades de la patria potestad (no de la custodia), hacen que no sea tan relevante en la práctica si el menor está bajo patria potestad y custodia compartidas o si está bajo patria potestad compartida y custodia de uno de los progenitores. Lo verdaderamente relevante es si las medidas relativas al menor, en la sentencia de nulidad, separación o divorcio de sus progenitores, contemplaban o no alguna previsión acerca de su educación religiosa y moral, de los gastos que lleve consigo, y de si hay o no continuidad con la educación recibida hasta el momento.

³⁸ I. DE LA IGLESIA MONJE, *Custodia compartida de los progenitores. Casos de procedencia e improcedencia. Análisis jurisprudencial*, en «Revista Crítica del Derecho Inmobiliario», núm. 731, pp. 1549 y ss.

³⁹ C. GUZMÁN PÉREZ, *La patria potestad y custodia de los hijos...*, pp. 784-785, citando a González del Pozo, «se considera que exceden el contenido ordinario y constituyen actos de ejercicio extraordinario de la patria potestad las decisiones que ordinariamente son llevadas a cabo por ambos progenitores por implicar decisiones de gran trascendencia e importante repercusión, potencial o real, en la vida del menor». Como ejemplos, pueden mencionarse los siguientes: la elección del lugar de residencia del menor y la de traslado de domicilio del mismo; elección del colegio o institución de enseñanza en que el menor ha de cursar sus estudios o su posible cambio a otro distinto; la determinación de si el centro docente ha de ser público o privado, religioso o laico, situado en España o en el extranjero; en régimen ordinario o de internado; las decisiones relativas a la salud física o psíquica del menor, como el sometimiento o no del mismo a terapias o tratamientos médicos preventivos o curativos agresivos (...); la formación del menor en determinadas ideas o creencias religiosas y su participación en actos de iniciación o culto de una confesión religiosa; estudiar en un seminario diocesano, el bautismo, la primera comunión, al confirmación; la realización o no por el menor de determinadas actividades de ocio o deporte de alto riesgo; viajes a países en situación de conflicto bélico o prebélico (...), constituyen un acto extraordinario de patria potestad porque la elección resulta de enorme trascendencia para la formación del menor y porque además constituyen un gasto extraordinario que, salvo resolución o convenio en contrario, debe abonarse por ambos por mitad».

III. EL MINISTRO DE LOS SACRAMENTOS DE LA INICIACIÓN CRISTIANA, LOS DERECHOS DE LOS TITULARES DE LA PATRIA POTESTAD Y EL MENOR COMO TITULAR DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1. RESPONSABILIDAD JURÍDICA DEL MINISTRO DE LOS SACRAMENTOS EN EL DERECHO CANÓNICO Y EN EL DERECHO ESPAÑOL

El c. 868 § 1 establece que para bautizar lícitamente a un niño, se requiere:

1.º Que den su consentimiento los padres o al menos uno de los dos, o quienes legítimamente hacen sus veces; 2.º Que haya esperanza fundada de que el niño va a ser educado en la religión católica; si falta por completo esa esperanza debe diferirse el bautismo, según las disposiciones del Derecho particular, haciendo saber la razón a sus padres.

§ 2 El niño de padres católicos e incluso no católicos, en peligro de muerte, puede lícitamente ser bautizado, aun contra la voluntad de sus padres.

A tenor de lo que establece el c. 852 § 1 según el cual, «las disposiciones de los cánones sobre el bautismo de adultos se aplican a todos aquellos que han salido de la infancia y tienen uso de razón», y de lo previsto en el c. 863⁴⁰, que equipara el bautismo de los menores que han cumplido catorce años al bautismo de adultos, puede concluirse que el párroco debe acceder a administrar el bautismo al menor que ha alcanzado la edad de catorce años, aun cuando se opongán sus padres.

En este sentido, hay coherencia con el criterio que establece el Derecho español de cuándo un menor decide por sí mismo si asiste o no a clase de religión, que es también a partir de los catorce años⁴¹. Por este motivo, no debería producirse ningún conflicto

⁴⁰ El c. 863: «Ofrézcase al Obispo el bautismo de los adultos, por lo menos el de aquellos que han cumplido catorce años, para que lo administre él mismo, si lo considera conveniente».

⁴¹ E. MARCOS PASCUAL, *El derecho de los padres a elegir el tipo de educación que deseen para sus hijos* en REDR, 5, diciembre 2007, pp. 151-170, accesible en <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redu/numero5/marcos.pdf> Consulta del [15-9-2014]. continúa mencionando la edad de 14 años, que era el paso de EGB a BUP, aunque la ordenación escolar haya cambiado, puede entenderse que la edad para elegir la clase de religión se mantiene. L. RUANO ESPINA, *El derecho a elegir en el ámbito escolar la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con las propias convicciones en el marco de la LOLR*, en www.iustel.com.

entre el ministro del bautismo⁴² y los titulares de la patria potestad del menor, cumplidos los catorce años.

En el Derecho español son válidos los actos que realice uno de los titulares de la patria potestad conforme al uso social y a las circunstancias, o en situación de urgente necesidad⁴³. Por ello, a mi modo de ver, en principio, el párroco podrá atender a la petición que le haga uno de los progenitores con respecto a un menor sobre recepción de sacramentos o formación cristiana. Si por las circunstancias del caso (por ejemplo, nunca acude uno de los progenitores), cabe suponer la oposición manifiesta de uno de los padres, el párroco debe comprobar que cuenta con el consentimiento al menos tácito del otro progenitor. En caso de que le conste la oposición manifiesta del padre o de la madre del menor y éste no tenga uso de razón, ¿qué debe hacer? Si la solución en caso de oposición de uno de los progenitores fuera siempre la de dejar que el menor alcance la mayoría de edad, se estaría primando sistemáticamente la opinión de uno de los titulares de la patria potestad con respeto al otro. Pero el párroco tampoco debe suplantar al juez dirimiendo la controversia entre los cónyuges. El ministro del bautismo deberá pedir al progenitor que pide este sacramento para un menor sin uso de razón con oposición del otro, que acuda al juez.

El juez civil, llegado el caso, deberá tener en cuenta, si el menor no tiene uso de razón, la existencia o no de matrimonio canónico entre los progenitores, puesto que esto supone una decisión (o al menos aceptación) del bautismo y educación católica de la prole. Ciertamente, la existencia de matrimonio canónico, no impide que los padres puedan cambiar de creencias, en el libre ejercicio de su derecho de libertad religiosa, y que decidan dar una orientación distinta a la educación de sus hijos. Pueden hacerlo con pleno derecho. Ahora bien, si sólo uno de los progenitores cambia de orientación, antes de imponerla a sus hijos en contra de la opinión del otro cónyuge, deberá justificar que la educación que recibe el menor le perjudica. Lo mismo cabe afirmar si el matrimonio contraído es civil o el hijo es fruto de la convivencia no matrimonial, y uno de

com «Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado», 19, 2009, pondera los derechos de los padres y la libertad del menor.

⁴² M. BLANCO, *Bautismo*, en J. OTADUY/A. VIANA/J. SEDANO (coords.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, Vol. I, Pamplona, 2013, pp. 630 y ss. T. BAHÍLLO RUIZ, *Ejercicio del derecho a recibir los sacramentos de iniciación cristiana en el derecho eclesial universal y particular español*, en R. RODRÍGUEZ CHACÓN / C. GUZMÁN PÉREZ (coord.), *Instituciones básicas, interacciones y zonas conflictivas de Derecho canónico y Derecho eclesialístico. Actas de las XXVIII Jornadas de Actualidad Canónica organizadas por la Asociación Española de Canonistas*. Madrid, 26-28 de marzo 2008, Madrid, 2009, pp. 51 y ss. J. SAN JOSÉ PRISCO, *Actualidad de la iniciación cristiana en la parroquia*, en «Revista Española de Derecho Canónico», 66, 2009, pp. 587 y ss.

⁴³ C. GUZMÁN PÉREZ, *La patria potestad y custodia de los hijos...*, p. 774.

los cónyuges quiere bautizarlo contra la voluntad del otro. En este supuesto, en el ámbito del Derecho civil, goza de «presunción de continuidad» la educación no cristiana del menor, si uno de los cónyuges se opone. Desde el punto de vista del Derecho canónico, lo que debe quedar asegurado antes de que se administre el bautismo es que el menor (sea cual sea el contexto de su nacimiento: convivencia *more uxorio*, matrimonio civil, fecundación artificial en pareja heterosexual u homosexual, etc.) recibirá formación cristiana (pueden asumir esta responsabilidad los abuelos, los padrinos, etc., si los padres no pueden o no quieren asumirla).

Es poco probable que el ministro de la confirmación (otro de los sacramentos de la iniciación cristiana) pueda verse en una situación de conflicto entre el menor que recibe el sacramento y los derechos de quienes ejercen la patria potestad⁴⁴. El Código de Derecho canónico establece que se requiere uso de razón para recibirlo (c. 889, 2), y que debe recibirse en el tiempo oportuno (c. 890), a no ser que la Conferencia Episcopal determine otra edad (c. 891). La Conferencia Episcopal Española⁴⁵ ha establecido los catorce años como edad en torno a la cual debe recibirse, salvando que el Obispo diocesano pueda seguir el criterio de la discreción que establece el Código⁴⁶. La Resolución de la Congregación para el Culto Divino y la Disciplina de los Sacramentos, de 18 de diciembre de 1999, orienta en el sentido de que no debe retardarse la recepción de este sacramento⁴⁷. Ciertamente, si se establece en los Directorios diocesanos como edad en torno a la que debe recibirse el sacramento la de 17 años, ya no cabría plantearse problema alguno con el Derecho del Estado. Sin embargo, por una parte, este conflicto tampoco se da en torno a los 14 años, y en todo caso, no parece que se deba tener como un criterio determinante para establecer con carácter general en una Diócesis la edad en la que debe recibirse el sacramento, el evitar cualquier posible conflicto con el Derecho del Estado. Se retrasaría así injustificadamente la recepción de un sacramento a muchos menores (la mayoría) en los que no se dan esas situaciones de conflicto.

⁴⁴ C. GUZMÁN PÉREZ, *La patria potestad y custodia de los hijos, en los casos de separación y divorcio*, p. 791.

⁴⁵ I Decreto, BOCEE, 3 1984, p. 102, artículo 10. «En uso de las facultades reconocidas en el c. 891, se establece como edad para recibir el sacramento de la confirmación la situada en torno a los catorce años, salvo el derecho del Obispo diocesano a seguir la edad de la discreción a la que hace referencia el c.»

⁴⁶ J. SAN JOSÉ PRISCO, *Requisitos para la confirmación en los directorios diocesanos*, en «Revista Española de Derecho Canónico», 59, 2002, pp. 857 y ss.

⁴⁷ F. PÉREZ MADRID, *El derecho a recibir el sacramento de la confirmación y el requisito de la preparación debida*, en «Ius Canonicum», XLIV, n. 87, 2004, pp. 87 y ss.

2. DERECHOS Y DEBERES DE QUIENES EJERCEN LA PATRIA POTESTAD

La función de los padres o tutores es la de guiar o cooperar con el menor, con respeto a su plena libertad, sin sustituir coaccionar o manipular su voluntad⁴⁸. «El sujeto protagonista de las decisiones sobre opciones religiosas ideológicas y de conciencia que le afectan es el mismo menor en cuanto tenga suficiente uso de razón para el ejercicio de tales opciones»⁴⁹. Ello supone que otros parientes, como pueden ser los abuelos, aunque tengan reconocido el derecho de visitas de un menor que sido dado en acogida o tengan, como otros parientes, legitimación activa para demandar en el caso de sustracción de menores, por ejemplo, no pueden pretender -en contra de la voluntad de los padres- una educación cristiana de los nietos. Si los abuelos pueden ser de gran ayuda en esa educación, será siempre respetando la voluntad, o al menos la no oposición, de los padres. En este sentido, es claro que el párroco no puede acceder a administrar el bautismo ni la primera comunión a un menor a petición de los abuelos, sin el consentimiento de los padres.

3. EL MENOR

La Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del niño⁵⁰, aprobada el 20 de noviembre de 1989, y ratificada por España el 6 de diciembre de 1990, establece en su artículo 14.1, que «los Estados partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión». El artículo 6.1 de la ley de protección del menor dispone que «el menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión»⁵¹. En el texto de la convención se especifica que el sujeto pasivo del derecho del niño es el Estado. En el preámbulo de la ley del menor se describe el nuevo enfoque dado al estatuto de la infancia, «el reconocimiento

⁴⁸ M. LÓPEZ ALARCÓN, *Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas*, Anales de Derecho. Universidad de Murcia, núm. 15, 1997, p. 330. Accesible en <http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/81601> Consulta del [24-09-2014]

⁴⁹ M. LÓPEZ ALARCÓN, *Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas...*, p. 330.

⁵⁰ En J. R. SALCEDO HERNÁNDEZ, *La libertad religiosa del menor*, en T. VICENTE JIMÉNEZ, *Los derechos de los niños responsabilidad de todos*, Murcia, 2007, pp. 191 y ss., puede verse una exposición sucinta de los documentos internacionales sobre derechos del niño. Cfr. M. B. RODRIGO LARA, *La libertad religiosa del menor de edad*, en <http://www.iustel.com/v2/c.asp?r=910236&s=20&p=8.&Z=4&O=1§or=> Consulta del [24-9-2014].

⁵¹ M. LÓPEZ ALARCÓN, *Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas...*, p. 329.

pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos»⁵².

El menor es en nuestro ordenamiento jurídico titular del derecho de libertad religiosa⁵³. Esta solemne declaración supone, ciertamente, que ningún menor puede ser obligado por sus padres a recibir los sacramentos, pero también que si pide recibirlos, ninguno de sus progenitores puede impedirselo. Ésta es, a mi juicio, la respuesta ajustada al Derecho civil español. Ahora bien, ¿qué ocurre si no se trata de un acto concreto de recepción de un sacramento como la confirmación, por ejemplo, sino de dificultades reales para que reciba formación o asista a la celebración de la Eucaristía el domingo, etc.? En estos casos, me parece que es muy difícil que un juez dicte una sentencia en favor del ejercicio de la libertad religiosa del menor en contra del progenitor (o los progenitores) que le ocasiona dificultades en su formación o práctica religiosa. El menor está a expensas en gran medida del lugar de veraneo que elijan sus padres, depende ellos para que le lleven a la parroquia si son lugares alejados que requieren algún medio de transporte, etc. Y el Código civil, artículo 155 prevé que «Los hijos deben: 1. Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre».

Tanto en los supuestos de acuerdo entre los progenitores como en los de desacuerdo, el artículo 156, párr. 3.º del Código civil, establece que «respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro». En mi opinión el ministro de los sacramentos o la persona que imparte la catequesis son terceros de buena fe. Es decir, el párroco a quien un padre o una madre llevan a catequesis, debe presuponer que actúa en ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

En apoyo de este criterio cabe citar la Resolución de la Dirección General de los Registros de 3 de marzo de 1989, que establece lo siguiente: «en torno a la situación 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

⁵² M. LÓPEZ ALARCÓN, *Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas...*, p. 327.

⁵³ Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, artículo 6.1. 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».

de la representación legal que corresponde a los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados». La excepción que establece este artículo de capacidad del menor de edad permite afirmar que «si a partir de los dieciocho años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil, por debajo de esa 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 (arts. 1, 3 y 4 del C.c.), y no por el recurso a una regla general de incapacidad que, además, no se aviene con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad»⁵⁴.

La doctrina ha discutido sobre cuándo un menor alcanza la suficiente madurez de juicio para adoptar por sí mismo las decisiones que afectan al ejercicio de los derechos de la personalidad, como es el caso de la libertad religiosa. En otros Estados hay una edad legal determinada; en el Derecho español, no. Sólo Aragón tiene una determinación legal expresa, fijada en los 14 años⁵⁵. Resulta orientativo conocer qué edades determina nuestro Derecho como suficientes para otros negocios jurídicos⁵⁶. Especialmente significativo al respecto es el dato de que el menor emancipado o con 16 años cumplidos (si no es incapaz ni está incapacitado) se considera como mayor de edad para tomar decisiones acerca de su salud: puede adoptar con plena autonomía las decisiones que le correspondan acerca de su salud, aunque en casos de grave riesgo haya que informar a los padres y escuchar su parecer⁵⁷.

El parecer consultivo del menor no vincula a los padres ni al juez, mientras que la decisión del menor sobre sus opciones religiosas e ideológicas debe ser vinculante cuando éste tiene suficiente madurez de juicio y no es perjudicial para su interés⁵⁸. Constituye un criterio práctico ajustarse a la edad de doce años como indicativa de madurez suficiente del menor, edad que ya es suficiente para formalizar el

⁵⁴ M. LÓPEZ ALARCÓN, *Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas...*, p. 333, las citas son de la DGR.

⁵⁵ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, Artículo 65, 1. La crianza y educación de los hijos comprende para quienes ejercen la autoridad familiar los siguientes deberes y derechos:

(...) c) Educarlos y procurarles una formación integral. Corresponde a los padres decidir sobre la educación religiosa de los hijos menores de catorce años.

(...)2. Para el cumplimiento de sus deberes y el ejercicio de sus derechos, los titulares de la autoridad familiar pueden solicitar la asistencia e intervención de los poderes públicos.

⁵⁶ Para aceptar donaciones, para realizar un contrato de trabajo, etc.

⁵⁷ M. MORENO ANTÓN, *La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario*, en «Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid», núm. 15, 2011, p. 102, así lo deduce de los artículo 9. 3.c) de la Ley 41/2002 sobre derechos del paciente, información y documentación clínica. De este criterio se exceptúan las técnicas de reproducción humana asistida y los ensayos clínicos, que exigen la mayoría de edad.

⁵⁸ M. LÓPEZ ALARCÓN, *Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas...*, p. 333.

acogimiento y adopción mediante la intervención del menor (arts. 173 y 175 del C.c.)⁵⁹. Desde luego, en todo caso, a partir de los 16 años, entendemos que la voluntad del menor debe prevalecer sobre la de los padres, por analogía con el criterio que prescribe nuestro Derecho para otros ámbitos en los que el menor maduro ejerce sus derechos personalísimos, como es el ámbito del consentimiento informado y autonomía del paciente⁶⁰.

IV. ASPECTOS PENALES: DELITOS CONTRA LA PATRIA POTESTAD

1. EL MENOR COMO SUJETO PASIVO

Se exponen a continuación los infrecuentes supuestos de carácter penal que podrían darse en el ejercicio de la patria potestad. Unos en el ámbito penal del Estado y otros en el ámbito del Derecho canónico.

1.1 Derecho penal estatal

El principio de intervención mínima del Derecho penal hace previsible que en muy pocas ocasiones se dé un caso de comisión de un delito contra la patria potestad por parte de algún progenitor. Quizá la mayoría de los supuestos de infracciones de los deberes de la patria potestad estén ya dentro de los supuestos regulados en el Código civil. Así ocurre, por ejemplo con uno de los delitos tipificados contra la patria potestad, como es la sustracción de menores (art. 225 bis del Código penal)⁶¹. También en el artículo 158⁶²

⁵⁹ M. LÓPEZ ALARCÓN, *Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas...*, p. 333.

⁶⁰ M. MORENO ANTÓN, *La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario...*, p. 104, «en caso de conflicto entre la voluntad del menor maduro y la de los padres, debe prevalecer la primera por afectar a bienes personalísimos (...) los padres no pueden imponer al menor que tiene capacidad natural el trato miento o la intervención que rechaza, ni tampoco pueden impedir que se practique el tratamiento que él haya autorizado».

⁶¹ O. GARCÍA PÉREZ, *El delito de sustracción de menores y su configuración*, en Revista para el análisis del Derecho, InDret 4/2010, puede verse en http://www.indret.com/pdf/767_es.pdf Consulta del [27-IX-2014] La supuestos que entran dentro del supuesto de hecho de este delito suelen ser casos en los que uno de los progenitores se lleva al menor al extranjero. Cfr. la última STC al respecto: STC 196/2013, de 2 de diciembre de 2013 (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2014). Accesible en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=20928> Consulta del [27-IX-2014].

⁶² «El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

del Código civil, se recoge que el juez establecerá las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas.

Sin embargo, podría pensarse otro delito. El progenitor que induzca a su hijo a que realice una actividad extraordinaria de mayor duración justamente en el período que el menor o los menores están bajo la custodia del otro cónyuge. ¿Infringe el cónyuge que orienta a su hijo a que asista a una actividad organizada por el colegio o la parroquia durante las vacaciones estivales, lo establecido en el artículo 224 del Código penal?⁶³ Dada la redacción del precepto, el juez dispone de una amplia facultad para valorar las circunstancias. La minoría de edad del sujeto ha de ser matizada desde una perspectiva que permita valorar la autonomía personal y la capacidad de decisión de un menor que se halla próximo a alcanzar la mayoría de edad. En la medida en que el precepto pretende la protección de la seguridad del menor, y no el mero quebrantamiento formal de la custodia paterna, la edad de éste y su grado de madurez son elementos que se deben ponderar para considerar o no la concurrencia de una inducción⁶⁴.

No parece imaginable una situación en la que la práctica de la religión católica pueda suponer algún delito contra la patria potestad. Cuestión distinta puede plantearse con otras religiones como el judaísmo y el islam, cuya práctica puede suponer la mutilación de un menor. En otros Estados⁶⁵ de nuestro entorno cultural, la prácti-

2. Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

3. Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:

- a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.
- b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.
- c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

4. En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

⁶³ Artículo 224: «El que indujere a un menor de edad o a un incapaz a que abandone el domicilio familiar, o lugar donde resida con anuencia de sus padres, tutores o guardadores, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

En la misma pena incurrirá el progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa».

⁶⁴ N. TORRES ROSELL, *Comentario al artículo 224 de Código Penal*, en G. QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 9.^a ed., Pamplona, 2011, p.583, cit. La sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz 156/2005, de 19 de julio JUR 2006, 297568.

⁶⁵ «Die Religionsfreiheit ist das entscheidende Argument» Gefährdet die Beschneidung von Jungen das Kindeswohl? Warum Rechtsexperten die Religionsfreiheit über die körperliche Unversehrtheit stellen. Im Bundesjustizministerium wird man erleichtert sein, wie der Ethikrat am Donnerstag die religiöse Beschneidung von Jungen diskutiert hat. Kontrovers und leidenschaftlich verlief die Diskussion. Doch am Ende hat sich der Ethikrat zu

ca de la circuncisión se justifica por motivos religiosos, y no se considera delito de lesiones. En la doctrina española, hay autores como Rivero Hernández⁶⁶, para quienes los padres no pueden solicitar la práctica de la circuncisión de un menor, porque se trata de un acto personalísimo, y los padres no pueden suplantar al menor en el ejercicio de una opción religiosa. En cambio, para Moreno Antón⁶⁷, esta práctica está amparada por el derecho de los padres a educar al hijo según sus convicciones, aunque ello no supone el derecho a que sea financiada por la sanidad pública.

Los tribunales españoles⁶⁸ han declarado que la mutilación de un menor es un delito, y no se justifica por la libertad religiosa de

der Empfehlung durchgerungen, die Zirkumzision sollte in Deutschland unter Auflagen erlaubt sein. Ein wichtiges Signal an die Beamten im Ministerium, die bis zum Herbst einen Gesetzentwurf vorlegen wollen. Und auch ein Fingerzeig, auf welchem Weg sich das Dilemma in der Abwägung der verschiedenen Grundrechte auflösen lässt. In dem Streit um die Beschneidung geht es zunächst um die Frage, welches im Grundgesetz garantierte Recht höher wiegt: das Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit oder das Recht auf religiöse Erziehung. Rechtfertigen das Sorgerecht der Eltern und die Religionsfreiheit einen operativen Eingriff, der medizinisch nicht notwendig ist? Ein Grundrechtskonflikt, in dem auch die Experten zerstritten sind. Ihre Position hängt wesentlich von der Frage ab, wie schwer der Eingriff zu bewerten sei. Im Ethikrat warnte der Hamburger Strafrechtler Reinhard Merkel davor, Religionsgemeinschaften allein definieren zu lassen, welche Körperverletzungen zulässig seien. Unter Berufung auf verschiedene Studien kam Merkel zu dem Ergebnis, dass es sich bei der Beschneidung um einen schwerwiegenden, riskanten Eingriff handele. Er hält ein Gesetz, das die Beschneidung erlaubt für verfassungswidrig. Dem widersprach der jüdische Mediziner Leo Latach: Medizinische Komplikationen gebe es nur in weniger als 0,2 Prozent der Fälle. Studie gegen Studie. Von einem «Krieg der Gutachter» spricht der Göttinger Rechtswissenschaftler Hans Michael Heinig. «Wir wissen nicht genug über die Komplikationen.» Gesetzentwurf aus Göttingen Trotzdem hält der Kirchenrechtsexperte Heinig, der vom Justizministerium als Experte für das Beschneidungsgesetz angehört wird, den Weg des Ethikrats für richtig. Er sagt: «Die Waage kippt in diesem Fall durch die hohe Bedeutung der Religionsfreiheit, die besonderen Schutz genießt». Die Religionsfreiheit in Artikel 4 des Grundgesetzes sowie das Sorgerecht der Eltern in Artikel 6 würden das Recht auf religiöse Erziehung garantieren. Das sei das entscheidende Argument. Bereits im Juli hatte der Jurist einen Entwurf für ein Beschneidungsgesetz vorgelegt, den er nun noch einmal überarbeitet hat. Er will die Praxis im Gesetz über die religiöse Kindererziehung legalisieren, wenn die Einwilligung der Eltern vorliegt, die Beschneidung medizinisch fachgerecht (inklusive Betäubung) durchgeführt wird und eine umfassende Aufklärung erfolgt. Diese Bedingungen hat auch der Ethikrat für die straffreie Beschneidung gestellt. Die Ziet, 27 de Agosto de 2012, puede verse en <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2012-08/gesetz-beschneidung-religionsfreiheit> Consulta del [23-4-2014].

⁶⁶ F. RIVERO FERNÁNDEZ, *Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos*, en «Derecho Privado y Constitución», núm. 14, 2000, pp. 268-269.

⁶⁷ M. MORENO ANTÓN, *La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario...*, p. 112.

⁶⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel (Sección 1.ª) de 15 de noviembre de 2011. Condena por delito de lesiones a los padres que consintieron en la mutilación genital de una niña, sin aceptar que la conducta tipificada como delito se justifica por costumbres culturales o religiosas, ni se aprecia exención de la responsabilidad basadas en alteración de la percepción, miedo insuperable o estado de necesidad. En cambio, la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 3.ª, Sentencia de 24 feb. 2014, rec. 6/2013, absolvió a los padres por ablación genital practicada en el extranjero (Gambia) durante una estancia vacacional a dos menores nacidas en España. En este caso, los padres son absueltos, porque no consintieron en la práctica realizada por la abuela en ausencia de los padres. La absolución de los padres se debe a la ausencia del elemento subjetivo de la culpabilidad y

los padres, ni por motivos culturales⁶⁹. Solo cuando la mutilación tiene lugar fuera de España, y sin conocimiento de los padres, han sido absueltos de este delito. La pertenencia a los Testigos de Jehová también ha suscitado en nuestra jurisprudencia decisiones acerca de los límites de la libertad religiosa de los padres y la negativa a que sus hijos menores reciban hemotransfusiones. Estos casos pueden dar lugar a un delito de omisión del deber de socorro, pero han sido definitivamente resueltos por la jurisprudencia constitucional⁷⁰, considerándose que una vez que el menor está internado en un centro hospitalario, y que los padres respetan la decisión judicial de que se le aplique la hemotransfusión, no se les puede exigir además que ejerzan sobre el menor una actividad persuasoria para que éste admita el tratamiento que rechaza.

1.2 Derecho penal canónico

La apostasía⁷¹ es un delito en el Derecho canónico. Se plantea la cuestión de si pueden los progenitores emitir una declaración de apostasía en nombre de un menor que esté bajo su patria potestad⁷². La respuesta, a tenor del Derecho canónico, es que no. El abandono de la fe es un acto personal⁷³, que no pueden hacer los padres en nombre del menor, tenga éste la edad que tenga. Si el progenitor o los progenitores que solicitan de la autoridad eclesiástica competente la práctica del asiento marginal en el libro del Bautismo para que conste la apostasía recurriesen a la jurisdicción ordinaria, la respuesta sería igualmente negativa. Ninguna autoridad estatal puede instar a las autoridades eclesiásticas acerca de

a la exclusión de la autoría por comisión por omisión, imputada conforme al artículo 11 CP, en su condición de garantes, como titulares de la patria potestad de los menores.

⁶⁹ M. MORENO ANTÓN, *La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario...*, pp. 105-110, y la bibliografía citada en ese estudio.

⁷⁰ STC 154/2002, de 18 de julio. Un comentario puede verse en C. MOLINA BLÁZQUEZ/T. M. PÉREZ-AGUA LÓPEZ/S. SIEIRA MUCIENTES, *Objeción de conciencia de un menor al tratamiento médico*, en www.iustel.com «Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado», 6, 2004, pp. 1-50.

⁷¹ B. F. PIGHIN, *Apostasía*, en J. OTADUY/A. VIANA/J. SEDANO (coords.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, Vol. I, Pamplona, 2013, pp. 407 y ss. Vid. también: M. J. ROCA, *Abandono de la Iglesia por acto formal*, ibídem, pp. 59 y ss.

⁷² I. MARTÍN SÁNCHEZ, *Patria potestad y libertad religiosa del menor en la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos...*, p. 597.

⁷³ Carta de 13 de marzo de 2006, Pontificio Consejo para los Textos Legislativos, dirigida a los Presidentes de las Conferencias Episcopales, «1. El abandono de la Iglesia católica, para que pueda ser configurado válidamente como un verdadero *actus formalis defectionis ab Ecclesia*, (...) 4. Debe tratarse, por lo tanto, de un acto jurídico válido puesto por una persona canónicamente capaz y en conformidad con la normativa canónica que lo regula (cfr. cc. 124-126). Tal acto habrá de ser emitido de modo personal, consciente y libre». Puede verse en http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/intrptxt/documents/rc_pc_intrptxt_doc_20060313_actus-formalis_sp.html Consulta del [24-IX-2014].

qué asientos deben practicarse⁷⁴ ni a qué edad o en representación de quien. El caso resuelto por el Tribunal Supremo en España no se refería a menores, pero entendemos que su doctrina es aplicable, si se tratara de unos padres que piden la inscripción de la apostasía de su hijo. En la República del Perú, sí se ha suscitado exactamente ese caso, y así lo declaró el Tribunal Constitucional del Perú⁷⁵.

El c. 1366⁷⁶ establece que los padres (o quienes hacen sus veces) que entreguen a sus hijos para ser bautizados o educados (o las dos cosas) en una religión acatólica, deben ser castigados con una censura u otra pena justa. Se trata de una sanción indeterminada, pero obligatoria⁷⁷. Desde el punto de vista del Derecho del Estado, esta conducta entra dentro del normal ejercicio del derecho de libertad religiosa. Desde la perspectiva del Derecho canónico, es un delito. Sin embargo, no tenemos noticia de ninguna sentencia canónica dictada por este delito⁷⁸. En todo caso, si la hubiera, supondría la privación de un bien o un derecho dentro de la Iglesia. No podrían los padres que se vieran privados de algún derecho en el ordenamiento canónico (como podría ser pertenecer al consejo parroquial, por ejemplo) invocar ante los tribunales del Estado que padecen una discriminación, porque esa discriminación no se da en el Derecho del Estado.

Otro posible conflicto podría darse si está en curso un proceso penal canónico por un delito de abuso de menores y la jurisdicción ordinaria del Estado solicitara las actas del proceso canónico. Los titulares de la patria potestad del menor, en mi opinión, deberán dar su consentimiento antes de que el juez canónico remita dichas actas a la jurisdicción penal. Ciertamente, existe el

⁷⁴ Así lo declaró la STS de 19-09-2008. Sobre la inviolabilidad de los libros de registro de bautismo, cfr.: M. J. ROCA, *Interpretación del término «inviolabilidad» en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, sobre Asuntos Jurídicos, de 3-I-1979*, en www.iustel.com «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado», 29, 2012.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano, de 12 de septiembre de 2011, Exp. n.º 00928-2011-PA/TC, accesible en www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00928-2011-AA.html Consulta del [15-9-2014]

⁷⁶ J. ESCRIVÁ IVARS, c. 1366, en A. MARZO/J. MIRAS/R. RODRÍGUEZ-OCAÑA (coords.), *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, Vol. IV, t. 1, 3.ª ed., Pamplona, 2002, pp. 482 y ss.

⁷⁷ M. B. TERZANO BOUZÓN, *La patria potestad en el ordenamiento canónico...*, p. 180.

⁷⁸ Es conocida la falta de aplicación del Libro VI del Código de Derecho Canónico, donde se recogen los delitos y las penas en este ordenamiento. J. I. ARRIETA, *El cardenal Ratzinger y la revisión del sistema penal canónico. Un papel determinante*, 2-XII-2010 http://www.vatican.va/resources/resources_arrieta-20101202_sp.html Consulta de [27-IX-2014], ha puesto de manifiesto la preocupación de Benedicto XVI por la integridad y aplicación coherente de la disciplina en la Iglesia católica, de modo que los cambios introducidos por el Código de 1983 (subsidiariedad, descentralización, garantías), en aplicación del Concilio Vaticano II, no supongan, de hecho, la inaplicación del libro VI.

deber de colaborar con la jurisdicción del Estado, a tenor de lo establecido en el Derecho canónico⁷⁹, pero, al mismo tiempo, el deber de salvaguardar la buena fama del acusado⁸⁰ exigirá el consentimiento de éste y de los demandantes antes de dar traslado de lo actuado⁸¹. El juez del Estado siempre podrá pedir declaración directamente al acusado, a los testigos, a las víctimas, y a quien considere oportuno, sin mediación de la jurisdicción canónica. No cabe olvidar que los tribunales canónicos no forman parte de la jurisdicción del Estado, y no están sometidos al régimen de la Ley orgánica del Poder judicial.

2. RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR

La responsabilidad penal del menor en el ámbito canónico y en el del Estado es gradual. Cabe preguntarse qué tratamiento tendría el menor por la comisión de un delito en el ámbito penal del Estado y en el canónico. Más concretamente por lo que aquí interesa si el tratamiento que se dé a la responsabilidad penal del menor en el Derecho canónico puede entrar en conflicto con los derechos de la patria potestad en el orden civil y viceversa, si la responsabilidad penal del menor en el Derecho del Estado puede afectar a los derechos de los padres o del menor en el ámbito canónico.

⁷⁹ Carta Circular de la Congregación para la Doctrina de la fe. Subsidio para las Conferencias Episcopales en la preparación de Líneas Guía para tratar los casos de abuso sexual de menores por parte del clero, http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20110503_abuso-minori_sp.html Consulta del [15-92014]. «La cooperación con la autoridad civil. El abuso sexual de menores no es sólo un delito canónico, sino también un crimen perseguido por la autoridad civil. Si bien las relaciones con la autoridad civil difieren en los diversos países, es importante cooperar en el ámbito de las respectivas competencias. En particular, sin perjuicio del foro interno o sacramental, siempre se siguen las prescripciones de las leyes civiles en lo referente a remitir los delitos a las legítimas autoridades. Naturalmente, esta colaboración no se refiere sólo a los casos de abuso sexual cometido por clérigos, sino también a aquellos casos de abuso en los que estuviera implicado el personal religioso o laico que coopera en las estructuras eclesiales». Un comentario puede verse en F. R. AZNAR GIL, *El acto formal de defección de la Iglesia Católica: comunicación del Consejo Pontificio para los Textos Legislativos (13 de marzo de 2006). Texto y comentario. Normas diocesanas españolas*, en «Revista española de Derecho Canónico», Vol. 63, n.º 160, 2006, pp. 125-196.

⁸⁰ La protección de la buena fama en el Derecho canónico está prevista tanto en el c. 220, como un derecho fundamental del fiel, como en el ámbito penal: c. 1390.

⁸¹ J. L. REQUERO IBÁÑEZ, *Límites que rigen en la remisión por los tribunales eclesiales de actas de procesos matrimoniales a raíz de los requerimientos por los tribunales civiles*, en R. RODRÍGUEZ CHACÓN/C. GUZMÁN PÉREZ (coords.) *Instituciones básicas, interacciones y zonas conflictivas de derecho canónico y derecho eclesial: (actas de las XXVIII Jornadas de actualidad canónica organizadas por la Asociación Española de Canonistas en Madrid, 26-28 de marzo de 2008)*, 2009, pp. 227-250.

Quizá el delito más frecuente que cometa un menor o una menor en el ámbito canónico sea el de aborto. La menor de dieciséis años que comete delito de aborto⁸² no queda excomulgada⁸³, ya que a tenor del c. 1323⁸⁴, no queda sujeto a ninguna pena quien cuando infringió la ley o precepto aún no había cumplido dieciséis años. Los menores de 18 años y mayores de dieciséis que cometan este delito gozan de la circunstancia atenuante prevista en el c. 1324, 1, 4.º

Cabe pensar también en la comisión de otros delitos canónicos (como blasfemia⁸⁵, por ejemplo), por parte de menores en un contexto en el que pudieran tener consecuencias jurídicas. En los casos en que un menor fuera expulsado de un centro escolar católico por una conducta que sea constitutiva de delito canónico, en mi opinión, lo adecuado sería plantear la expulsión del menor del centro escolar por la infracción grave del ideario del centro que garantiza su carácter propio. En tales casos, aun cuando los titulares de la patria potestad se opusieran a la expulsión, habría que estar a las consecuencias de las cláusulas de salvaguarda⁸⁶ de la propia identidad en este tipo de centros.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La falta de claridad entre las facultades exclusivas de la patria potestad y las propias de la custodia hace que no sea tan relevante en la práctica si el menor está bajo patria potestad y custodia compartidas o si está bajo patria potestad compartida y custodia de uno de los progenitores. Lo verdaderamente relevante es si las medidas relativas al menor de la sentencia de nulidad, separación o divorcio de sus progenitores contemplaban o no alguna previsión acerca de su educación religiosa y moral, de los gastos que lleve consigo, y de si hay o no continuidad con la educación recibida hasta el momento.

En el caso de solicitud de bautismo para hijos sin uso de razón por parte de uno de los progenitores, constando la oposición mani-

⁸² M. M. MARTÍN GARCÍA, *Aborto*, en J. OTADUY/A. VIANA/J. SEDANO (coords.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, Vol. I, Pamplona, 2013, pp. 73 y ss. F. R. AZNAR GIL, *Elementos configuradores del delito canónico del aborto*, del en «Salmanticensis», Vol. 57, Fasc. 2, 2010, pp. 245-271

⁸³ La misma situación jurídica se da para el varón que coopera en la comisión de un aborto.

⁸⁴ A. MARZOA, c. 1323, en A. MARZOA/J. MIRAS/R. RODRÍGUEZ-OCAÑA (coords.), *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, Vol. IV, t. 1, 3.ª ed., Pamplona, 2002, pp. 306 y ss.

⁸⁵ I. MARTÍN, *Blasfemia*, en J. OTADUY/A. VIANA/J. SEDANO (coords.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, Vol. I, Pamplona, 2013, pp. 725 y ss.

⁸⁶ J. OTADUY GUERÍN, *Las cláusulas de salvaguarda de la identidad de las instituciones religiosas*, en «Ius canonicum», vol. 27, núm. 54, 1987, pp. 673 y ss.

fiesta del otro, el ministro deberá pedir a los padres que acudan al juez, si no pueden llegar a un acuerdo. El juez debe atender la solicitud del progenitor que pide el bautismo, si los padres celebraron entre sí matrimonio canónico, pues el hecho de la celebración presupone el deseo (o al menos la aceptación) de la educación católica de la prole y será al cónyuge que haya cambiado de creencias a quien corresponde probar en sede civil que el bautismo es un perjuicio para su hijo. En el mismo supuesto, si el matrimonio celebrado fue civil, el juez deberá pronunciarse por el retraso del bautismo del menor, hasta que éste pueda ejercer sus derechos fundamentales por sí mismo.

El enfático reconocimiento del derecho de libertad religiosa del menor en el ordenamiento jurídico español se verá dificultado en la práctica en la medida en que para ejercerlo, con frecuencia, dependerá de la voluntad de sus padres (para asistir a una celebración litúrgica, por ejemplo si vive en un lugar alejado del templo). No hay ningún deber civil que permita exigir a los padres su cooperación en la formación religiosa del menor. En el Derecho canónico, en cambio, entre los deberes de la patria potestad destaca la educación en la fe católica de los hijos, hasta el punto de que los padres que bautizan a un hijo en otra confesión y/o lo educan en otra fe cometen un delito canónico. El creciente reconocimiento del menor como titular de derechos fundamentales tiene como consecuencia que en caso de conflicto con los titulares de la patria potestad, se respete la voluntad del menor. Como consecuencia, el ministro de los sacramentos de la iniciación cristiana puede administrarlos a un menor a partir de que éste haya alcanzado doce años, incluso contra la voluntad de quienes ejercen la patria potestad. Con mayor motivo se podrá seguir este criterio si además de la voluntad del menor uno de los titulares de la patria potestad solicita que se le administren los sacramentos a su hijo. Esta pauta nos parece conforme con la doctrina del tribunal constitucional: «La patria potestad está en función del grado de madurez del niño y de los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar, de tal manera que sus derechos a la libertad de creencias y a la integridad moral no se abandonan por entero a los que tengan atribuida la guarda y custodia sino que la función paterna en esta materia es la de guiar al menor en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades tal y como indica el artículo 14, 2.º de la Convención de Derechos del Niño» (STC 141/2000, F. J. 5.º y STC 154/2002, F. J. 10.º).

El reconocimiento del derecho de libertad religiosa del menor en el ámbito civil tiene consecuencias efectivas en el supuesto pre-

visto por el Derecho canónico de admisión al noviciado a partir de los diecisiete años. A esta edad, incluso con oposición de los titulares de la patria potestad, el juez, si se diera el caso, deberá atender a la voluntad del menor.

Los supuestos de conflicto entre el Derecho canónico y el Derecho español con ocasión del ejercicio de la patria potestad son consecuencia del cambio de creencias de uno o ambos progenitores. Conviene que el ministro de los sacramentos de la iniciación cristiana, el catequista o el profesor de religión tengan conocimiento de en qué medida deben atender a la petición del menor si se opone a la petición de uno o ambos progenitores titulares de la patria potestad, según los criterios antedichos. No se debe, en cambio, ceder a la pretensión de que un menor reciba catequesis, pero sin explicarle algunos mandamientos o sin darle a conocer algunas de las verdades de la fe católica contenidas en el Credo. El derecho de todos los fieles a recibir formación religiosa es un título en virtud del cual los padres católicos pueden pedir que se enseñe a sus hijos la fe completa, pero no les atribuye el derecho a determinar los contenidos de la catequesis, ni de la fe.

Los conflictos entre ordenamiento confesional y ordenamiento del Estado en el ámbito penal son mucho menos frecuentes, y están resueltos en gran medida por la jurisprudencia.