

CRISTINA 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

Fecha de recepción: julio 2011.

Fecha de aceptación y versión final: octubre 2011.

RESUMEN: En los casos de separación matrimonial y divorcio civil, la patria potestad y la guarda y custodia compartida de los hijos es frecuentemente conflictiva y en ella queda implicada la normativa canónica sobre la educación católica de los hijos y su preparación para la recepción de los sacramentos de la iniciación cristiana. Se expone una síntesis de la doctrina y jurisprudencia civil española y se aducen las razones para preferir determinadas opciones judiciales, teniendo en cuenta siempre el bien de los hijos. Complementariamente se hace referencia a la normativa canónica que deberá tenerse en cuenta.

PALABRAS CLAVE: separación, divorcio, patria potestad, guarda y custodia, bien de los hijos, educación católica, sacramentos de la iniciación.

* Universidad Pontificia Comillas de Madrid: cguzman@canonico.upcomillas.es

***The legal authority and custody of the children,
in the cases of separation and divorce,
according to the Spanish law and jurisprudence***

ABSTRACT: In the cases of marriage separation and civil divorce, the legal authority and the care and the shared custody of the children is frequently controversial and it entails the canonical regulation about the catholic education of the children and their preparation to receive the sacraments of the Christian initiative. A synthesis of the Spanish civil doctrine and jurisprudence is put forward and the reasons to prefer certain judicial options are given, ever bearing in mind the children's good. Additionally the canonical regulation to be borne in mind is referred to.

KEY WORDS: separation, divorce, legal authority, care and custody, children's good, catholic education, sacraments of the initiation.

1. INTRODUCCIÓN

Basten unas breves líneas introductorias para indicar lo que justifica y lo que pretenden estas páginas, en este número monográfico dedicado al Derecho Canónico. Intentamos ofrecer una síntesis de la actual normativa y jurisprudencia española sobre la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos. En teoría, se trata de una cuestión de Derecho civil español. Pero en el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos menores, en los casos de no coincidencia de los padres en el momento de tomar decisiones sobre la educación religiosa católica de los hijos y sobre la recepción por los mismos de los sacramentos de la iniciación cristiana, está necesariamente implicada la normativa canónica. Esta implicación, y la importancia de la misma, creemos que justifica el tratamiento de esta cuestión en este número monográfico de nuestra Revista.

Todos somos conscientes de que en España la normativa civil —general y autonómica— sobre el matrimonio y la familia ha evolucionado considerablemente en los últimos cincuenta años y que la aplicación e interpretación de estas normas por los tribunales de justicia también ha experimentado una importante transformación. Me refiero, concretamente, al cambio que lleva consigo la atribución por los Tribunales de la custodia *exclusiva* de los menores de siete años a la madre, a la atribución de la custodia a favor del padre o compartida entre ambos

¹ Vid. artículo 159 del Cc en su redacción anterior a la reforma establecida en la Ley 11/1990. Cf. a este respecto el comentario de Sancho Rebullida con ocasión de la

progenitores¹. También hay que señalar la importancia considerable que ha tenido el desarrollo de una concepción paritaria del hombre y la mujer en el seno del matrimonio y la familia, en cuanto que las decisiones trascendentales sobre los hijos deben adoptarse de común acuerdo entre ambos progenitores. De manera especial tenemos que referirnos a las disposiciones sobre la vida de los menores, cuando los padres están separados o divorciados y no se ponen de acuerdo sobre determinadas decisiones. ¿Cómo se determina en estos casos qué educación, religiosa o no, se da a los menores? Y los mismos interrogantes surgen en relación con el bautismo, la catequesis, la primera comunión, la confirmación, etc.

Estas rápidas indicaciones son suficientes para caer en la cuenta de la incidencia de estas disposiciones —legales y jurisprudenciales— en el campo del Derecho Canónico. No pretendemos ser exhaustivos, ni presentar en estas páginas una visión completa de esta compleja problemática. Simplemente intento informar sobre las últimas posiciones de la doctrina y la jurisprudencia españolas al respecto, en la persuasión de la utilidad práctica que esta información puede tener para quienes trabajen como abogados, consultores, mediadores, etc., en el campo matrimonial canónico y civil.

2. ANOTACIONES SOBRE LA PATRIA POTESTAD Y LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

2.1. LA PATRIA POTESTAD Y SU EJERCICIO

Nuestro Código Civil (Cc) determina en el artículo 154 quiénes son los titulares de la patria potestad y quiénes están sometidos a ella, sin dar

recensión del libro de CARLO GOGNETTI, *Patria potestà e educazione religiosa dei figli*, Giuffrè, Milano 1964, IV, y en un artículo sobre el tema *Patria Potestad y educación religiosa de los hijos* en <http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/14083/1/ICVII06.pdf>. En la redacción anterior, el Código civil decía: «El padre y en su caso la madre», lo cual, en palabras de Sancho Rebullida, suponía el sistema de patria potestad subsidiaria de la madre, si bien reconoce que Sánchez Román (*Estudios de Derecho civil*, II, 5.^a ed., Madrid 1898, p.1117) y De Diego (*Instituciones de Derecho civil II*, Madrid 1930, p.543) sostuvieron que la madre concurría con el padre en las funciones de educación, dirección y poder moral sobre los hijos.

una definición de la misma². Así, la vigente redacción (dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo; Ley 13/2005, de 1 de junio, y Ley 54/2007, de 28 de diciembre) establece: «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».

Las expresiones «en beneficio de los hijos» y «el interés del menor» indican claramente el fundamento último y finalidad primaria de la normativa sobre la patria potestad y guarda y custodia de los hijos³. Ese beneficio e interés deberán primar sobre cualquier otro interés legítimo en confrontación, como claramente se indica en la STS de 12 de julio de 2004. Deberán ser la doctrina y la jurisprudencia las que vayan concretando este concepto, teniendo en cuenta las circunstancias de personas, tiempo, lugar, etc.⁴.

² La STS de 22 de mayo de 1993 la define como «conjunto de derechos y deberes que la ley confiere a los padres sobre sus hijos no emancipados para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto de sus sostenimiento y educación, en beneficio de los propios hijos, no pudiendo prescindirse de la naturaleza de orden público que en parte revisten las normas sobre la potestad, cuyo contenido no puede ser objeto, en principio y sin aprobación del Juez, de pactos privados dirigidos a modificar su contenido, sobre todo si son perjudiciales para dichos menores, ya que o se pueden renunciar los deberes, de manera que la patria potestad es intransferible en situaciones de normalidad e imprescriptible por serlo, en general, los derechos y deberes de familia».

³ Cf. artículos 156, 159 y 170 del Cc en los que reiteradamente aparecen estas expresiones.

⁴ De la *legislación internacional* que nos afecta, baste mencionar la *Convención de los Derechos del Niño* de Nueva York (1989), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, donde se afirma la preeminencia de los derechos del niño en caso de conflicto de intereses; la *Convención de Estrasburgo* (1996), con la cual los Estados de la Unión se comprometen a lograr que los hijos participen, en primera persona, en las decisiones que inciden en sus vidas; el *Reglamento del Consejo de Europa* de 27 de noviembre de 2003 —n.2201/2003—, que acoge este principio en sus normas de competencia judicial internacional y opta por centrarse en el menor y en la protección de sus intereses en lo que concierne a las reglas de responsabilidad parental y a la deter-

Ramayo Haya entiende que «desde la perspectiva personal el interés del niño viene marcado por su inherente evolución, de manera que deben ponderarse sus necesidades en el presente, es decir, el interés actual del menor, pero también en clave de futuro [...], en la perspectiva de una evaluación previsible de la situación de las partes concernidas»⁵.

Además, en el ejercicio de la patria potestad, el hijo *deberá siempre ser oído* si tiene suficiente juicio⁶. Aunque la decisión del menor no sea vinculante para los padres, ni para el Tribunal que pudiera intervenir en los supuestos previstos en la Ley⁷ se le deberá escuchar, atender a su madu-

minación de la competencia judicial de los Tribunales de cualquier Estado miembro, para resolver este tipo de litigios, así como el reconocimiento y ejecución de resoluciones dictadas al respecto. Pero ninguno de los textos define concretamente en qué consista el interés del menor. De la *legislación española* nos remitimos al artículo 39 de nuestra Constitución, donde el *interés y beneficio del menor* está muy presente. Y lo mismo hay que afirmar de los artículos 92, 103, 149, 154, 156, 159, 161, 170, 172, 173, 176 y 216, entre otros, del Código civil, acordes con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, especialmente artículos 2 y 11.2, sin olvidar otras normas de ámbito autonómico donde también se han dictado disposiciones legislativas de protección integral del menor.

⁵ S. RAMAYO HAYA, *El interés del menor como criterio de atribución de la custodia*: Revista de Derecho de Familia 41 (2008) 54. Véase también F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, Ed. Dykinson, Madrid 2000; E. ROCCA, *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Madrid 1999; C. C. CASTILLO MARTÍNEZ, *El interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar*, en <http://www.monografias.com/trabajos30/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar/menores-criterio-prevalentemediacionfamiliar.shtml>.

⁶ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección del Menor: «1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad. 2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente. 3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal [...]». Cf. también los artículos 92, 103, 154 y 156 del Cc.

⁷ El ejercicio de la patria potestad, en determinados supuestos, está sometida a la vigilancia judicial (art.156, 158, 159, 166, 167, 172, etc., del Cc).

rez psicológica y emocional y a las razones que invoca para apoyar su decisión, para poder evaluar su consistencia y racionalidad y así evitar caprichos o influencias de alguno de los progenitores o de terceros⁸. Complementariamente, el artículo 158 del Cc establece unos medios de control para los supuestos de desviación de la patria potestad⁹.

El *ejercicio de la patria potestad* puede ser conjunto o individual. Como ya hemos indicado, la titularidad de la patria potestad corresponde a ambos progenitores y se ejercerá conjuntamente por ambos, o por uno solo con el consentimiento del otro, según dispone el artículo 156 del Cc. Serán, por tanto, válidos —continúa el texto de este artículo— los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situación de urgente necesidad. Nuestra legislación consagra el ejercicio conjunto de la patria potestad, pero considerando válidos los actos realizados incluso con el consentimiento tácito del otro progenitor, como por ejemplo sería el mantenimiento de los hijos en el mismo tipo de educación que venían cursando o la decisión sobre las actividades extraescolares de los menores que les proporcione una educación integral¹⁰. De

⁸ Véase la SAP Baleares de 29 de junio de 2005 que afirma: «Los Tribunales deben tratar de indagar cuál es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso no solo a corto plazo, sino lo que es aún más importante, en el futuro y en esta búsqueda de los beneficios para el menor debe tomarse en consideración que aquello que el niño quiere no es, necesariamente, aquello que le conviene, ni tiene por qué coincidir lo adecuado con su opinión». En sentido semejante, valorando la opinión del menor adolescente, pero sin acoger su criterio: SAP Valladolid, Sección 1.ª, de 17 de septiembre de 2009, y SSAP Asturias, Sección 1.ª, de 1 de octubre de 2009, y Sección 4.ª, de 28 de abril de 2010. También la SAP Pontevedra, Sección 1.ª, de 10 de septiembre de 2009, entiende que la voluntad del menor de diez años no puede servir de exclusivo fundamento para modificar el régimen de custodia.

⁹ El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 1.º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber por sus padres. 2.º 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.º 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 hubiera expedido. c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

¹⁰ Algunos denominan a esto patria potestad dual o titularidad conjunta y ejercicio solidario de los artículos 154 y 156 respectivamente. Vid. J. L. LACRUZ BERDEJO y

esta forma se hace más fácil, practicable y flexible el ejercicio de la patria potestad.

El problema surge cuando no existe coincidencia y concordia entre los progenitores sobre algún tipo de decisión que corresponda al ejercicio de la patria potestad o cuando los padres *viven* separados de hecho, o están separados o divorciados legalmente¹¹. El artículo 156 del Cc prevé este supuesto: «En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos [progenitores] 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». Es decir, el juez no decide sobre la cuestión planteada por los progenitores, sino que atribuye la facultad de decidir a uno de ellos. Podría entenderse que, en la práctica, viene a ser lo mismo, pero ciertamente lo que está indicando la norma es que el Juez no puede adoptar una opción no planteada por los progenitores. Y este párrafo continúa: «Si los desacuerdos fueran reiterados 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».

También se preocupa la norma de prever lo que sucede respecto a los *terceros de buena fe*, al indicar en su párrafo 3.º: «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». Se preocupa aquí la doctrina científica en determinar si esta presunción es *iuris tantum* o *iuris et de iure*, así como si es necesaria la buena fe de los terceros para aplicar la presunción y si debe tratarse de ejercicio ordinario de la patria potestad o también del extraordinario¹². Por exceder de la finalidad de estas notas,

otros, *Elementos de Derecho Civil, IV, Familia*, cit., p.391. Vid. también A. SEISDEDOS MUIÑO, *La patria potestad dual*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Vizcaya 1988, y L. F. RAGEL SÁNCHEZ, «La guarda y custodia de los hijos», en *Derecho Privado y Constitución*, n.º15, Madrid 2001.

¹¹ Vid. A. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, en VV.AA., *Instituciones de Derecho Privado*, t.IV, vol.1.º, Madrid 2001, sobre los consentimientos generales de autorización.

¹² Vid. a este respecto las dudas planteadas por la doctrina perfectamente sintetizadas por LACRUZ BERDEJO y otros, en *Elementos de Derecho Civil, IV, Familia*, cit., p.396, y en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (Coord.), *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*, Madrid 2007, p.358.

no analizamos esta cuestión, que creemos que afecta fundamentalmente al ámbito patrimonial, ya que será en este ámbito, donde pueda tener más sentido la aplicación analógica de los artículos 1322 y 1301 del Cc.

2.2. EL EJERCICIO INDIVIDUAL DE LA PATRIA POTESTAD

Nuestro Cc indica, en apartados diferentes del artículo 156, los supuestos de ejercicio individual de la patria potestad:

- 1.º *En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.* Se está refiriendo a los casos de fallecimiento de uno de los progenitores, o declaración de ausencia, filiación solo determinada respecto a un progenitor, privación de la patria potestad (art.170 del Cc), adopción por una sola persona, enfermedad, prisión¹³, ausencia no declarada, etc. En definitiva, estamos ante supuestos que imposibilitan el ejercicio conjunto de la patria potestad de forma no ocasional, sino permanente o durable. En el caso de imposibilidad ocasional se aplicaría, según opinión de SANCHO REBULLIDA, el párrafo primero del artículo 156.
- 2.º 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. Este supuesto se refiere a los casos en los que los padres nunca han vivido juntos, o habiendo mantenido una convivencia en común (de hecho o matrimonial), se han separado extrajudicialmente y el hijo siempre ha vivido con uno de ellos —con acuerdo expreso o tácito del otro—, ejerciéndose entonces la patria potestad por aquel con el que conviva el menor. Pero siempre podrá el progenitor no conviviente solicitar al juez que se ejerza conjuntamente la patria potestad o distribuir las funciones de la misma. La doctrina entiende mayoritariamente que este supuesto no debe aplicarse en los casos en

¹³ Así se pronuncian las SSAP de Barcelona, Sección 12.ª, de 16 de septiembre de 2004 y de 1 de marzo de 2007, y la SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 25 de septiembre de 2007.

que ha mediado una separación o divorcio judicial, porque en la sentencia se habrá determinado el sistema de patria potestad y de guarda y custodia de los menores según las normas establecidas para estos casos¹⁴. Si no existe una convivencia de hecho del hijo con uno de sus progenitores, de forma exclusiva, y no hay acuerdo al respecto, el artículo 159 del Cc establece: «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 oírán, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años». De cualquier forma, el ejercicio individual de la patria potestad no impide que se mantenga en el otro progenitor la obligación de alimentos (art.92, 111 y 144) y a relacionarse con él (art.94 y 160), excepto si fueron adoptados por otro o establece otra cosa la resolución judicial.

El ejercicio de la patria potestad y guarda y custodia, en los supuestos de *separación o divorcio judicial*, tiene una especial importancia, dentro de la finalidad de estas notas. Son los supuestos que se presentan al canonista con mayor frecuencia, bien sea porque quienes, tras un matri-

¹⁴ C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE (Coord.), *o.c.*, p.360. Sin embargo, E. Santana Páez indica que en la reforma de la Ley 15/2005 el legislador olvidó modificar el artículo 156 del Cc en la medida que se trata de un precepto casi en desuso, ya que, en la generalidad de los casos, y salvo impedimento excepcional, en los procedimientos de separación o divorcio se está manteniendo el ejercicio conjunto de la patria potestad, pues lo contrario supondría privar al progenitor no custodio de las facultades y deberes de la patria potestad, en la medida en que la mera titularidad sin ejercicio resulta una ficción. Cf. E. SANTANA PÁEZ, *La patria potestad*, en E. HIJAS FERNÁNDEZ (Coord.), *Los procesos de familia. Una visión judicial*, 2.^a ed., 2009, p.763. La STS de 2 de julio de 2004 señala, en relación con el deber de los padres de velar por sus hijos menores, que «es deber de los padres el de velar por los hijos sujetos a la patria potestad (art.154.1.º), deber que no cesa por la atribución de la guarda y custodia al otro padre en proceso matrimonial; por ello, la adopción por el progenitor separado de sus hijos, de medidas dirigidas a comprobar que éstos se encuentran correctamente atendidos por aquél a cuya guarda y custodia han sido confiados [...] encuentra plena justificación, ya que, en otro caso, el padre o madre, separado de sus hijos, se vería imposibilitado a cumplir con este deber impuesto por la patria potestad de la que no ha sido privado, e incluso, de tener que acudir a los Tribunales para impetrar las medidas necesarias para el correcto cuidado de los menores, se vería impedido de utilizar medios de defensa legalmente admitidos».

monio canónico fracasado, cuando acuden al Tribunal Eclesiástico, ya están divorciados civilmente, bien sea porque se ha logrado la eficacia civil de la sentencia de nulidad a norma del artículo VI del Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español de 3 de enero de 1979.

En este supuesto hay que destacar que las disposiciones legales y la intervención judicial en la regulación de los efectos de la nulidad, separación o divorcio civil son supletorias del acuerdo al que hayan podido llegar los propios cónyuges, básicamente a través de un *convenio regulador* (art.90 del Cc)¹⁵. Sólo en caso de que o no exista convenio regulador, o los acuerdos sean dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, corresponderá al Juez adoptar las medidas definitivas. Estas medidas, reguladas en el artículo 91 del Cc y que podrán ser modificadas si se produce una alteración sustancial de las circunstancias, se referirán a los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, la liquidación del régimen económico y las cautelas y garantías respectivas.

De especial importancia, en el objetivo de este trabajo, es el artículo 92 del Cc al establecer que la separación, nulidad o divorcio *no exime a los padres de las obligaciones para con los hijos* y que cualquier medida que se adopte deberá ser siempre en beneficio o en interés superior del menor. Este artículo 92 fue objeto de una importante reforma con la Ley 15/2005, ya que, a partir de entonces, se prevé la posibilidad de: a) ejercicio de la patria potestad total o parcialmente por uno de los progenitores, decidido por acuerdo de los progenitores o por decisión judicial (art.92.4); b) la *guarda y custodia compartida* por ambos progenitores o, lo que es lo mismo, una corresponsabilidad parental en cuanto implicación de ambos progenitores en la crianza de los hijos, con reparto equivalente —no necesariamente igual— de las estancias físicas de ambos progenitores con los hijos¹⁶.

¹⁵ En ese convenio regulador debe determinarse, entre otras cosas, la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas y comunicación, con los padres y abuelos, la estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos, la atribución de la vivienda familiar, la pensión que conforme al artículo 97 deba satisfacer uno de los cónyuges, etc. Vid. el citado artículo 90 del Cc.

¹⁶ Según Rivero Hernández, aunque no se haga referencia en este artículo al régimen de visitas ni a la compensación económica la remisión que hace el propio artículo 91 a los artículos siguientes, permite al Juez decidir sobre tales extremos, o sobre cualesquiera otros contenidos en los artículos 92 a 101 del Cc. Vid. C. MARTÍNEZ DE

2.3. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

En los casos de separación, divorcio y nulidad, la custodia compartida está sujeta a los siguientes requisitos:

- a) *Si el procedimiento es consensual*: se exige la aportación de un convenio en el que se regulen los efectos de la separación, divorcio o ruptura de la unión de hecho, en el que se especifique cómo se van a repartir el tiempo con sus hijos, la residencia de los menores en el domicilio de cada uno de sus padres o en el domicilio familiar, así como la aportación de cada uno para cubrir los alimentos de sus hijos.
- b) *Si el procedimiento es contencioso*: el juez podrá acordarla excepcionalmente¹⁷, a instancias de una de la partes, y siempre que se

AGUIRRE (Coord.), *o.c.*, p.177. Cf. también V. MORENO VELASCO, *Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la patria potestad*, en Tribuna Abierta de la Revista *Abogados de Familia de la Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA)*, año XIV, núm. 55, de 17 de diciembre de 2009, p.2-6, donde el autor recoge distintas sentencias de ejercicio exclusivo de la patria potestad. Sobre la misma cuestión, vid. E. SANTANA PÁEZ, *La guarda y custodia de los hijos menores de edad*, en E. HIJAS FERNÁNDEZ (Coord.), *Los procesos de familia: una visión judicial*, 2.ª ed., 2009, p.791-854; A. GODOY MORENO, *La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternativa*, en VV.AA., *Diez años de Abogados de Familia, 1993-2002*, Ed. La Ley, Asociación Española de Abogados de Familia; H. CAMPUZANO TOMÉ, *La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales*, en Aranzadi Civil núm. 22-BIB 2005/563; F. DOMÍNGUEZ CASTELLANO, *La guarda y custodia compartida. Situación anterior y actual tras la reforma operada por la Ley 15/2005 de 8 de julio, en materia de separación y divorcio*, en *SEPIN FAM-55*, mayo 2006; D. VIÑAS MAESTRE, *La custodia compartida*, artículo monográfico en *SEPIN FAM-77*, mayo 2008; M. FERNÁNDEZ GARRIDO, *La custodia compartida: Ventajas e inconvenientes*, en base de datos de la Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA); M. D. ÁLVAREZ GARCÍA, «Custodia compartida», en *Tribuna Abierta, Revista de Abogados de Familia*, año XVI, núm. 61, de 14 de julio de 2011, p.2-5; R. RODRÍGUEZ CHACÓN, *Matrimonio, separación y divorcio en España. Nueva regulación*, Ed. Experiencia, Madrid 2005.

¹⁷ Vid. la STS de 22 de julio de 2011 en la interpretación del término «excepcionalmente»: «La excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo 5 del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el artículo 92.8 del Cc no excluye esta posibilidad, pero en este caso debe el Juez acordarla “fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”. De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la “excepcionalidad” a que se refiere el artículo 92.8 del Cc, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene

den los siguientes requisitos: 1.º informe favorable del Ministerio Fiscal (art.92.8)¹⁸; 2.º dictamen de especialistas debidamente cualificados acerca de la idoneidad de la medida solicitada (art.92.9); 3.º en su caso, exploración del/los menor/es siempre que tuviese suficiente juicio, acordada bien de oficio, bien a petición de parte (art.92.6); 4.º procurar no separar a los hermanos.

Aplicable para todos los supuestos es el apartado 6 del artículo 92, que establece: «En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda».

Hasta hace relativamente poco tiempo, la determinación de una custodia compartida era impensable en un proceso contencioso de separación, divorcio o nulidad, pronunciándose los tribunales sobre una custodia exclusiva de uno de los progenitores¹⁹, con una patria potestad conjunta, en aplicación del artículo 103.1.º del Cc, puesto que aunque

referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla».

¹⁸ Se ha planteado una cuestión de inconstitucionalidad sobre la exigencia vinculante del informe favorable del Ministerio Fiscal por la Audiencia Provincial de Las Palmas en el año 2006 y por la AP de Pamplona en el año 2010, que todavía no se ha resuelto. A su vez, el III Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia, celebrado en Madrid los días 28 a 30 de octubre de 2008, aboga porque el informe del Fiscal no sea vinculante en los supuestos en que se verifica que la custodia compartida sea el régimen que mejor protege el interés del menor como más necesitado de protección. Por tanto, este informe deberá valorarse sólo como informe, con el conjunto de las pruebas que también se practiquen en el proceso y no puede vincular la decisión del Juez. Así se determina en algunas sentencias: SAP de Tarragona de 26 de julio de 2005 y SAP de Barcelona, Sección 18.ª, de 20 de febrero de 2007; sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Barcelona, de 22 de enero de 2007; sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Granollers, de 27 de marzo de 2007. En contra las STS de 1 de octubre de 2010 y 10 de septiembre de 2009.

¹⁹ Se pueden citar como sentencias que contemplan la guarda y custodia compartida, antes de la reforma de la Ley 15/2005, la SAP Madrid, Sección 22.ª, de 29 de mayo de 1995; AP Valencia de 27 de mayo de 1977, y STC 4/2001 de 15 de enero.

este artículo se refiere a las medidas provisionales, se estimaba por los tribunales que era indiscutible su aplicación también en las medidas definitivas fijadas en la sentencia²⁰. Se entendía que una de las premisas a tener en cuenta para valorar qué era lo más beneficioso para el menor, era la buena relación y comunicación entre ambos progenitores y que tuvieran criterios educativos semejantes. Cuestión ésta que quedaba descartada si los progenitores no habían sido capaces de llegar a un acuerdo por sí mismos y acudían a la vía judicial contenciosa²¹. Otras circunstancias a tener en cuenta son la disponibilidad de tiempo de los progenitores, la posibilidad de poder conciliar adecuadamente la vida laboral y familiar, la actuación anterior a la ruptura, los domicilios cercanos, etc.²². Pero, con posterioridad a la reforma de 2005, las Audiencias Provinciales comenzaron a pronunciarse favorablemente, con distinta extensión, detalle y regulación de la custodia compartida²³.

²⁰ En este sentido se pronuncia A. SANTANA PÁEZ, en E. HIJAS FERNÁNDEZ (Coord.), *Los procesos de familia. Una visión judicial*, cit., p.771.

²¹ Así la SAP Sevilla 180/2009, de 1 de abril. Sobre influencia de las relaciones entre los progenitores, en orden a determinar la custodia compartida, dice la STS de 22 de julio de 2011: «[...] 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».

²² En los supuestos contenciosos hay un estudio estadístico realizado por un bufete de abogados de Barcelona, con el respaldo de la Facultad de Derecho, sobre un total de 1.000 sentencias dictadas por los Juzgados de Familia de Barcelona, Mataró y la Audiencia Provincial de Barcelona, desde 2002 a 2004 en el que se pone de manifiesto que se solicita la custodia compartida en el 1% de los casos y la custodia paterna en un 22%. Hay otro estudio de la *Revista Jurídica de Catalunya* de 2003 cuyo resultado es de 1,53% de custodias compartidas en procedimientos de separación y de 3,35% en procedimientos de divorcio. Cf. artículo de la revista Sepin on line, de mayo de 2008, Fam-77 realizado por Dolores Viñas Maestre, Magistrada de la Sección 18.^a de la AP Barcelona.

²³ Como una muestra, meramente ejemplificativa, en el Anexo indicamos algunas sentencias que estimamos dan una idea válida de la jurisprudencia de los Tribunales españoles, en relación con la guardia y custodia compartida. Las últimas resoluciones que conocemos sobre decisión de custodia compartida son las del Juzgado núm. 8 de Gijón (Auto de 22 de junio de 2010), del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla (Sentencia de 8 de abril de 2011) y del Juzgado de Familia núm. 28 de Madrid (Sentencia de 23 de mayo de 2011) en las que se determina, además, que el uso de la vivienda familiar se adjudica a los hijos y los padres compartirán la misma con sus hijos en los períodos de alternancia establecidos, hasta la liquidación de la sociedad de gananciales.

En la Comunidad Catalana (Ley 25/2010, de 29 de julio) y en la Comunidad Aragonesa (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, y Ley de igualdad en relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, según BOA Ley 2/2010, de 26 de mayo) ya se ha establecido como criterio principal la coparentalidad o custodia compartida. En el resto del territorio nacional en el que rija el Código civil, el criterio de su determinación, en un proceso contencioso, va a depender del informe del Equipo Psicosocial²⁴ y del beneplácito del Ministerio Fiscal.

Tanto en el Código civil como en las mencionadas legislaciones autonómicas, el ejercicio compartido de la guarda y *custodia* no procederá cuando cualquiera de los padres esté 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 ambos, o cuando el juez advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica (art.92.7 del Cc)²⁵.

También es necesario tener en cuenta que el incumplimiento reiterado por parte de cualquiera de los progenitores del régimen de guarda acordado, podrá dar lugar a su modificación, según se prevé en el artículo 776.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sobre la custodia compartida, nuestro *Tribunal Supremo* se ha pronunciado en la Sentencia de 8 de octubre de 2009 —confirmada por otra de 11 de marzo de 2010 y de 22 de julio de 2011:

²⁴ Pero no todos los Equipos funcionan con la adecuada capacitación, el adecuado rigor científico y la dedicación del tiempo que se necesita. Tampoco la psicología puede dar respuesta a la idoneidad parental, ya que salvo en los casos de patologías severas inhabilitantes, ese patrón no existe ni tampoco herramientas de análisis o diagnóstico. En este sentido, se ha discutido si son o no auténticos peritos en el proceso, según las reglas establecidas por los artículos 341, 345, 346 y 347 de la LEC. Así lo ha cuestionado la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria y así se ha puesto de manifiesto también en el III Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia (2008). En el IV Encuentro de Abogados de Familia (2009) se solicitaba que los Equipos Técnicos tuvieran una preparación adecuada, sensibilidad, cautela y profesionalidad.

²⁵ Entendemos que esto debería haberse previsto para el caso de que existiera una sentencia firme de condena, pues, en otro caso, se podría vulnerar el principio constitucional de presunción de inocencia al inhabilitar al progenitor para obtener el pronunciamiento legal de custodia compartida por la simple denuncia de un supuesto delito y, por tanto, se estaría favoreciendo la utilización fraudulenta y abusiva de la Ley de Violencia de Género. Así se pronuncia la SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 10 de febrero de 2009.

«Los sistemas de guarda compartida vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en períodos iguales con cada uno de los progenitores. Algunos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega), mientras que otros permiten al juez otorgar dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor (Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia, así como los art.76.1.b y 139 del Codi de Família de Catalunya). A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (art.373.2.11 del Code civil, modificado por la Ley 2002-305, de 4 de marzo de 2002) o en la Children Act 1989 inglesa, el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta [...] Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven...».

2.4. REFLEXIONES PRÁCTICAS SOBRE LA PATRIA POTESTAD Y LA GUARDA Y CUSTODIA

Aunque de cuanto hemos aportado en nuestra exposición, parece deducirse que la patria potestad es un concepto más amplio que el de guarda y custodia, sin embargo no hemos encontrado en la doctrina y jurisprudencia una clara distinción una y otra. Los problemas surgen cuando los padres están separados o divorciados y se disocian ambas realidades. En muchas ocasiones el progenitor que conserva la custodia en exclusiva se arroga la facultad de decidir, sin consultar al otro progenitor, sobre cues-

tiones distintas de las meramente cotidianas o pertenecientes a la vida diaria (como serían, por ejemplo, horarios, hábitos de higiene y alimentación, comportamiento, control de los deberes escolares, etc.) que pertenecen al ejercicio ordinario de la patria potestad. Pero también nos encontramos con supuestos de cambios de domicilio y de colegio, elección del tipo de educación, enseñanza religiosa en determinada confesión, asistencia sanitaria física o psicológica determinada, administración de determinadas vacunas no obligatorias, clases o actividades extraescolares, excursiones escolares opcionales, actividades deportivas, etc., decididos unilateralmente por el progenitor custodio, sin solicitar si quiera la opinión del no custodio. Estas actuaciones unilaterales muchas veces provocan que la parte que se siente preterida solicite la modificación de medidas de separación o divorcio. Como señala el Magistrado del Juzgado de Familia núm. 24 de Madrid, J. P. González del Pozo, «muchas veces estas decisiones se sitúan en las zonas limítrofes de una y otra institución y provocan inseguridad jurídica. Considera que exceden del 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. Y menciona las decisiones 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 (como la fisioterapia, la quimioterapia, rehabilitación, etc.) o alternativos (como la homeopatía); la aplicación al menor de tratamientos psiquiátricos o terapias psicológicas, o la práctica de una intervención quirúrgica o estética; la educación o 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, la confirmación; la realización o no por el menor de determinadas actividades de ocio o deporte de alto riesgo; práctica por el niño de actividades relacionadas con la naturaleza (alpinismo, montañismo, puenting, barranquismo, espeleología, etc.); viajes a países en situación de conflicto bélico».

co o prebérico o con una intensa actividad de grupos terroristas; la determinación del tipo de actividades extraescolares que ha de realizar el menor (baloncesto, fútbol, violín, piano, guitarra, canto, patinaje artístico, natación, etc.), constituyen un acto extraordinario de patria potestad porque la elección de una y otras actividades resultan 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»²⁶.

Personalmente entiendo que es excesivo exigir la necesaria autorización del progenitor no custodio, en las decisiones sobre las actividades extraescolares o deportivas que no constituyan un riesgo físico o psicológico del menor, siempre que no altere y reduzca el régimen de visitas entre el progenitor no custodio y su hijo y que el coste lo soporte el progenitor que pretende favorecer esa actividad del menor. Así se venía considerando en la práctica judicial. Lo contrario sería judicializar en exceso la actividad familiar, ya que, como se ha indicado anteriormente, las discrepancias en el ejercicio de la patria potestad se resuelven acudiendo al Juez, en virtud del artículo 156 del Cc, en un procedimiento de jurisdicción voluntaria que no permite recurso alguno 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 madre²⁷.

En las últimas y recientes Jornadas de Jueces de Familia (1-3 de marzo de 2011 en Barcelona), para que todos puedan entender lo que supone el ejercicio conjunto de la patria potestad y para mejorar la calidad de la respuesta judicial en los procesos de familia, se proponía lo siguiente: «Es conveniente que las resoluciones judiciales que establecen el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores, contengan una descripción de su contenido y del tipo de decisiones que, por su relevancia para los hijos, los progenitores deberán adoptar de común acuerdo,

²⁶ J. P. GONZÁLEZ DEL POZO, *Custodia versus patria potestad. Delimitación del contenido y funciones de una y otra*, en la base de datos de *El Derecho* (EDB 2009/197268), y F. RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, *Breves notas sobre la guarda y el ejercicio*, en la misma base de datos (EDB 2005/83363).

²⁷ En este sentido se pronuncian la SAP Barcelona, Sección 18.^a, núm. 3/2005, de 1 de enero, rec. 65/2004, y el Auto de esta misma Audiencia y Sección de 6 de septiembre de 2007. También el Auto de la AP Barcelona, Sección 12.^a, de 28 de junio de 2007.

en contraposición a las decisiones menos relevantes, poco trascendentes o rutinarias, que podrá adoptar el progenitor con quien se halle el menor en cada momento»²⁸.

Al comienzo de esta exposición indicamos que se pretendía con ella ofrecer una síntesis sobre la normativa española en torno a la guardia y custodia y a la patria potestad, que pudiera ser útil a quienes, en los conflictos matrimoniales, y a muy diferentes niveles, operan prevalentemente en el ámbito canónico y no civil. Es lo que he pretendido hasta este momento. Se trata de una cuestión compleja, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que no siempre es fácil de sintetizar con claridad y precisión. Al menos así lo he intentado.

3. INCIDENCIA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO CANÓNICO

3.1. RAZÓN DE SER

Complementariamente y pensando ahora en los profesionales del foro, que, sin ser canonistas, intervienen en los procedimientos matrimoniales civiles, intentamos señalar algunas incidencias, generalmente conflictuales, de la doctrina y jurisprudencia civil, sobre la guarda y custodia de los hijos, con la normativa canónica al respecto.

Partimos del supuesto de que uno de los progenitores es bautizado católico, ya que sólo *desde este punto de partida* tienen sentido estas notas desde el Derecho canónico. Somos conscientes de que actualmente vivimos en una época de *creciente* increencia en nuestro país y que muchos católicos, pese a haber sido bautizados, incluso formados y educados en esta fe, con no rara frecuencia no cumplen con algunas obligaciones derivadas de esa fe, tal como se establecen en el Código vigente de Derecho Canónico y, lo que es más grave, caemos en la cuenta de que la transmisión y educación en la fe, en el ámbito familiar, deja ya mucho que de-

²⁸ Vid. a este respecto: J. M.^º PRIETO FERNÁNDEZ-LAYO, *Posibilidades de concreción del contenido de la patria potestad en las resoluciones judiciales*. Foro abierto en la Base de Datos *El Derecho* (EDB 2009/508), donde recoge la opinión favorable de diversos Magistrados. Las últimas sentencias en las que hemos visto que se recoge como pronunciamiento de instancia un contenido semejante sobre el ejercicio de la patria potestad son: SAP Madrid, Sección 24.^ª, de 28 de septiembre de 2010; AP Baleares, Sección 4.^ª, de 22 de febrero de 2010, y AP Vizcaya, Sección 4.^ª, de 16 de junio de 2011.

sear²⁹. Ante esta situación, bien sea por ese estado de increencia, o de indiferentismo religioso, o porque los progenitores profesan confesiones religiosas distintas, o incluso por cambio de confesión religiosa de alguno de ellos, ciertamente surgen, con no poca frecuencia, conflictos entre los padres, a la hora de determinar si se bautiza o no a los hijos, si se les da formación religiosa en los colegios —y de qué confesión— si deben asistir o no a cursos de catequesis como preparación a la recepción de la primera comunión y de la confirmación, etc. Si los progenitores están separados, estas discrepancias se multiplican y agravan.

Centramos nuestra reflexión en los sacramentos de la *iniciación cristiana*, esto es, en el bautismo, la primera comunión y la confirmación, por ser éstos los que se reciben en los primeros años de vida, cuando se es todavía menor de edad y en la que son los padres los que deben decidir estos primeros pasos de los menores en la recepción de los sacramentos y en la formación religiosa que quieren dar a sus hijos³⁰.

3.2. LA INICIACIÓN CRISTIANA Y SU NORMATIVA CANÓNICA

Aportaremos, a continuación, breve y sintéticamente, la normativa establecida por el vigente Código de Derecho Canónico sobre estos sacramentos de la iniciación cristiana, centrándonos en los menores de edad³¹.

²⁹ Recientemente el periódico *La Razón*, de 5 de octubre de 2011, aportaba los siguientes datos: «El porcentaje de católicos declarados supone un descenso de dos puntos con respecto a los datos de 2010, cuando un 75% de los encuestados se definía como católico y confirma la tendencia de la última década. Según el barómetro, en España hay un 2,2% de creyentes de otras religiones. El 14,9% de los encuestados se declara “no creyente”, un porcentaje que crece de forma paralela al descenso de los que se declaran católicos. A ellos se suma un 7,4% de españoles que asegura ser “ateo”». El CIS ha preguntado también sobre la frecuencia con la que los encuestados acuden a misa u otros oficios religiosos al margen de ceremonias que podrían considerarse sociales, como bodas, comuniones o funerales. La mayoría (57,1%) responde que «casi nunca», un porcentaje que se situaba en el 47% en el año 2005 y que apenas superaba el 40% hace una década. El 15,9% señala que acude a un oficio religioso casi todos los domingos y festivos, cifra que ha ido también progresivamente bajando en la última década.

³⁰ «Los sacramentos del bautismo, de la confirmación y de la santísima Eucaristía están tan íntimamente unidos entre sí, que todos son necesarios para la plena iniciación cristiana» (can.842 §2).

³¹ Para un mayor conocimiento de esta normativa, puede verse A. MARTÍNEZ BLANCO, *El Bautismo como origen de obligaciones y derechos del fiel en la Iglesia*, en C. MELERO MORENO (Ed.), *Derecho Canónico a los diez años de la promulgación del Código*.

Como *fundamentos doctrinales* de la normativa canónica, baste citar el Concilio Vaticano II cuando enseña que «los sacramentos están ordenados a la santificación de los hombres, a la edificación del Cuerpo de Cristo y, en definitiva, a dar culto a Dios, pero, como signos tienen también un fin instructivo no sólo suponen la fe, también la fortalecen, la alimentan y la expresan con palabras y acciones; por eso se llaman sacramentos de fe»³². Y el Catecismo de la Iglesia Católica, al recoger esta enseñanza, afirma que «mediante los sacramentos de la iniciación cristiana, el Bautismo, la Confirmación y la Eucaristía, se ponen los fundamentos de toda vida cristiana. La participación en la naturaleza divina, que los hombres reciben como don mediante la gracia de Cristo, tiene cierta analogía con el origen, el crecimiento y el sustento de la vida natural. En efecto, los fieles renacidos en el Bautismo se fortalecen con el sacramento de la Confirmación y, finalmente, son alimentados en la Eucaristía con el manjar de la vida eterna, y así por medio de estos sacramentos de la iniciación cristiana, reciben cada vez con más abundancia, los tesoros de la vida divina y avanzan hacia la perfección de la caridad»³³. Especificamos cada uno de ellos.

3.3. EL BAUTISMO DE LOS NIÑOS

El canon 842 §1 afirma que quien no ha recibido el bautismo, no puede ser admitido válidamente a los demás sacramentos. El bautismo es la

XIII Jornadas de la Asociación Española de Canonistas, Madrid, 14-16 de abril de 1993, p.33-84; J. M. DÍAZ MORENO, *Los sacramentos como derecho del fiel*, en C. MELERO MORENO (Ed.), *Derecho Canónico a los diez años de la promulgación del Código*. *XIII Jornadas de la Asociación Española de Canonistas*, Madrid, 14-16 de abril de 1993, p.117-166; Íd., *La regulación codicial de los sacramentos de la iniciación cristiana y su problemática pastoral*, en A. PÉREZ RAMOS (Ed.), *Actualidad Canónica a los veinte años del Código de Derecho Canónico y veinticinco de la Constitución*. *XXIII Jornadas de la Asociación Española de Canonistas*, Madrid, 23-25 de abril de 2003, p.11-50; 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 Eclesiástico* (Actas de las XXVIII Jornadas de Actualidad Canónica organizadas por la Asociación Española de Canonistas de Madrid, 26-28 de marzo de 2008), p.51-94.

³² *Concilio Vaticano II, Constituciones, Decretos y Declaraciones*, Constitución sobre la Sagrada Liturgia, n.59, BAC, Madrid 2002, p.207.

³³ *Catecismo de la Iglesia católica*, nueva edición conforme al texto latino oficial, Bilbao 1955, n.1212, p.345-346.

puerta de los demás sacramentos (can.849), y por él se adquiere la condición de persona en la Iglesia de Cristo, con todos los derechos y deberes que son propios de los cristianos (can.96). Por el bautismo, el fiel queda destinado al culto (LG 11) y llamado al apostolado (LG 33,6). Para la recepción del bautismo deben prepararse convenientemente los padres y padrinos, cuando se trata de un niño y deben ser debidamente instruidos sobre el significado del sacramento y las obligaciones que lleva consigo (can.851 §2). Se trata de una concretización canónica del derecho/deber general de todo seglar de adquirir conocimientos de la doctrina cristiana de acuerdo con la capacidad y condición de cada uno, para que puedan vivir según la misma, proclamarla y defenderla (can. 229 §1). De esta manera, el deber moral genérico de formación cristiana de todo fiel, se convierte además en un deber jurídico³⁴. Los padres tienen la obligación de hacer que los hijos sean bautizados en las primeras semanas de vida (can.867 §1) y si el niño se encuentra en peligro de muerte, debe ser bautizado sin demora (can.867 §2).

Para bautizar lícitamente a un niño se exigen dos requisitos (can.868 §1): 1.º) Que den su consentimiento los padres, o al menos uno de los dos, o quienes legítimamente hacen sus veces. Esta exigencia la explica y comenta la Instrucción Pastoral de la Congregación para la Doctrina de la Fe *Pastoralis actio* de 1980³⁵. 2.º) Que haya esperanza fundada de que el niño va a ser educado en la religión católica; si falta por completo esta esperanza, debe diferirse el bautismo, según las disposiciones del derecho particular, haciendo saber la razón a sus padres³⁶. Es más, los padrinos tienen la función de procurar que después del bautismo el bautizado lleve una vida cristiana congruente con el bautismo y cumpla fielmente las obligaciones inherentes al mismo (can.872).

³⁴ T. BAHILLO RUIZ, *loc. cit.*, p.71.

³⁵ «Sin embargo, la Iglesia, aunque consciente de la eficacia de su fe que actúa en el bautismo de los niños y de la validez del sacramento que ella les confiere, reconoce límites a su práctica, ya que exceptuando el caso de peligro de muerte, ella no acepta dar el sacramento sin el consentimiento de los padres y la garantía seria de que el niño bautizado recibirá la educación católica: la Iglesia, en efecto, se preocupa tanto de los derechos naturales de los padres, como de la exigencia del desarrollo de la fe en el niño» (Instrucción de la Congregación para la Doctrina de la Fe, *Pastoralis Actio*, de 20 de octubre de 1980, n.15. La traducción castellana en *Ecclesia*, 13 de diciembre de 1980, n.2010, p.13).

³⁶ Sobre el contenido de esta exigencia, en un tiempo de increencia, véanse J. M. DÍAZ MORENO, art. cit., p.31-33, y T. BAHILLO RUIZ, art. cit., p.73-77.

En el canon 868 §2 se admite la posibilidad del bautismo lícito de un niño de padres católicos, e incluso de no católicos, en peligro de muerte, aun contra la voluntad de sus padres. Esta normativa algunos comentaristas la justifican afirmando que el derecho natural del niño a salvarse prevalece sobre el derecho natural de la patria potestad de los padres; otros hacen notar que se establece la licitud, pero no la obligación de bautizarles en esas circunstancias y otros son críticos con el texto del canon³⁷.

Pero lo cierto es que los católicos tienen la obligación de bautizar y educar católicamente a sus hijos. Si, además, el matrimonio se ha celebrado canónicamente, al amparo de lo previsto en el artículo IV del Acuerdo Jurídico suscrito entre la Santa Sede y el Estado español el 3 de enero de 1979 y recogido en los artículos 49 y 60 del Cc, una de las promesas de los esposos cuando se dan mutuamente el consentimiento es precisamente la relativa al bautismo y educación de los hijos. Y si el matrimonio fuera mixto (celebrado entre católico y bautizada no católica o viceversa) o dispar (entre católico y no bautizada o viceversa), una de las condiciones exigidas a la parte católica, en la tramitación del expediente matrimonial, para conceder la licencia o dispensa (can. 1125 y 1086 §2) es precisamente la promesa de que «hará cuanto le sea posible para que toda la prole se bautice y se eduque en la Iglesia Católica» y la obligación de informar de esta promesa y obligación a la parte no católica.

La autoridad judicial debería ser siempre consciente de las obligaciones adquiridas por todo católico respecto a sus hijos, según la normativa canónica de la Iglesia Católica que —al menos— debe ser entendida como derecho estatutario de un ciudadano y también un fiel católico y, por tanto, en los supuestos de discrepancia entre los progenitores, ya sean los dos católicos o sólo uno de ellos, no se debería negar la posibilidad de que fuera el progenitor creyente el que decidiera sobre el bautismo del menor. Esta preferencia del progenitor creyente, no debe interpretarse como una toma de postura a favor de una determinada fe religiosa en

³⁷ Cf. J. M. DÍAZ MORENO, S.J., art. cit., p.32-33, donde pueden verse las diversas opiniones. Llamamos la atención, aunque no la comentemos aquí, la interesante y completa Declaración de la LXX Asamblea Plenaria de la CEE sobre «la iniciación cristiana: reflexiones y orientaciones». Cf. BOCEE 15 (1998) 75-111. Sobre algunos Directorios Diocesanos nos remitimos al estudio del Prof. BAHILLO RUIZ (art. cit.). Un ejemplo de estos Directorios, pero *con especial referencia a los fieles «alejados de la Iglesia»*, es el de la Diócesis de Madrid de 1997 (cf. *BO de la Diócesis y Provincia Eclesiástica de Madrid*, julio 1997, p.470-514).

perjuicio de otra. Se trata sólo de garantizar al ciudadano católico la posibilidad de ser consecuente con lo que ha prometido y, en definitiva, es una exigencia del interés y bien del menor, ya que la parte creyente transmitirá a su hijo su propia fe en el desarrollo de la vida cotidiana en común y todo ello redundará en la estabilidad psicológica del menor. Insistimos en que la garantía de cumplir con lo que se prometió, libre y responsablemente, en relación con la educación religiosa de los hijos, no puede considerarse como una imposición de la religión católica.

Más aún, si se trata de un hijo nacido en el seno de un matrimonio canónico, creo que no se debería exigir la autorización judicial prevista en el artículo 156 del Cc, en el supuesto de discrepancia entre ambos progenitores (estén o no separados o divorciados), puesto que el bautismo de los hijos no es sino una plasmación de las promesas realizadas al celebrar el matrimonio canónico. Se trata sólo de primar los valores de coherencia y fidelidad a los compromisos adquiridos por el cónyuge creyente. Valores que, reconocemos, no están de moda en la sociedad actual, pero que deberíamos intentar recuperar.

3.4. LA FORMACIÓN RELIGIOSA

El Código de Derecho Canónico, con total claridad, establece que la formación religiosa de los hijos es responsabilidad —derecho y deber— de los padres: «Por haber transmitido la vida a sus hijos, los padres tienen el gravísimo deber y el derecho de educarlos. Por tanto, corresponde a los padres cristianos, en primer lugar, procurar la educación cristiana de sus hijos según la doctrina enseñada por la Iglesia» (can.226 §2)³⁸.

Este derecho-deber se reconoce y garantiza en el artículo 27.3 de nuestra Constitución.

La cuestión que aquí planteamos es si *es o no necesaria la intervención judicial*, en el caso de discrepancias en relación con la formación religiosa de niños que han sido bautizados en la Iglesia Católica, ya sea porque sus padres han contraído matrimonio canónico, ya sea porque, sin

³⁸ La Declaración conciliar *Dignitatis Humanae* reconoce que: «Cada familia en cuanto sociedad que goza de un derecho propio y primordial, tiene derecho a ordenar libremente su vida religiosa doméstica bajo la dirección de los padres. A éstos corresponde el derecho de determinar la forma de educación religiosa que se ha de dar a sus hijos, según sus propias convicciones religiosas» (Concilio Ecuménico Vaticano II, cit., *Declaración sobre la libertad religiosa*, n.5, p.663).

haberlo contraído, decidieron libremente bautizar sus hijos en la Iglesia Católica.

Entendemos, como en el apartado anterior, que debe siempre primar la coherencia y la fidelidad al compromiso libremente adquirido, cuando decidieron el bautismo del menor y reiteramos aquí, que con ello no se pretende favorecer la enseñanza de la religión católica, ni discriminar ni limitar los derechos de los progenitores que hayan dejado de ser católicos, sea porque se hayan convertido a otra confesión religiosa, sea porque se hallen inmersos en el ateísmo o agnosticismo. Repetimos que se trata sólo de posibilitar, en caso de discrepancia, que el progenitor que permanece en su fe, pueda ser consecuente con lo que prometió³⁹.

Nos estamos refiriendo, fundamentalmente, a los primeros cursos escolares, donde el menor sólo alcanza entre los tres y los siete años y, por tanto, son los padres o tutores los que deben elegir el tipo de educación que les ofrece el centro escolar. Otra cosa sería el supuesto de que el hijo tuviera más edad porque el menor es también titular de derechos fundamentales, en este caso de libertad de creencias e integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos quede absorbido por entero por los derechos de quienes tienen atribuida la patria potestad. Como indica A. Pascual Medrano, los padres tienen atribuida una función de guía y no de sustitución o apoderamiento del derecho del menor. Por lo que no puede privarse al menor de gozar, de acuerdo con su madurez, de un ámbito de autonomía y decisión en el plano de las creencias religiosas, con independencia de las de sus padres, los cuales deben dejar espacio para que el menor pueda desarrollar libremente su propia personalidad y sus propias creencias⁴⁰. En esta línea de considerar si el menor cursa o

³⁹ En relación con esta cuestión es muy interesante, en su amplia complejidad, la STC 141/2000, de 29 de mayo.

⁴⁰ A. PASCUAL MEDRANO, *Padres, hijos menores y libertad religiosa*, en *Weslaw BIB* 2000\1909. La autora, en un comentario a una STC, reproduce el siguiente contenido de la sentencia que, por su interés, transcribimos: «Desde la perspectiva del artículo 16 CE 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» (F. 5.º). Por su parte, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (RCL 1996, 145), de Protección Jurídica del Menor, reconoce expresamente que «el menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión» (art.6.1); y otro tanto se hace en el ámbito internacional (cf. art.14 de la Convención de Derechos del Niño). [...] Consecuentemente, el ejercicio de estos derechos y la facultad de disponer sobre ellos no puede abandonarse por entero «a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida

no la asignatura de religión, como contenido del ejercicio de la patria potestad, se pronuncia el Auto de la AP de Zaragoza, Sección 2.^a, 601/2008, de 4 de noviembre, Rec. 469/2008, ponente Arqué Bescos, que, en este caso, determina que el niño siga cursando dicha asignatura, habida cuenta de que lleva tres cursos con la misma y no se encuentra razón alguna para que, según la madre, deje de cursarla⁴¹.

Respecto a la enseñanza catequética como preparación a la primera comunión, la trataremos en el apartado siguiente.

3.5. LA PRIMERA COMUNIÓN

A este sacramento de la iniciación cristiana se refiere el CIC en los cánones 913, 914 y 777.2. El canon 913 requiere que el niño tenga suficiente conocimiento —que es algo más que uso de razón— y una preparación cui-

su guardia 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 de los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar» (F. 5). Evidentemente, el menor se halla en un proceso de formación de su propia identidad ideológica o religiosa y a sus padres corresponde, lógicamente, un papel esencial de apoyo y guía en su desarrollo personal (art.39.3 CE). Los padres o tutores, dice así el artículo 6.3 de la LO 1/1996, «tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral»; y, en el mismo sentido, el apartado 2.º del artículo 14 de la Convención de Derechos del Niño establece que «los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho conforme a la evolución de sus facultades». Véase también: M. PULIDO QUECEDO, *Acerca del derecho a la libertad religiosa y su proyección sobre el Derecho de familia*, en Wetlaw BIB 200\809. Sobre la incidencia de la profesión de determinada confesión religiosa, como justificante para solicitar la privación de la patria potestad, se han pronunciado en contra de esta privación: SAT Bilbao, de 14 de octubre de 1987, en el caso de una madre que declaró haber acudido a realizar prácticas religiosas y seguir las enseñanzas de la denominada Escuela de la Fe; SAP Madrid, Sección 22.^a, de 30 de septiembre de 1999, rec. 1536/1998, ponente Galán Cáceres (en el caso de una madre musulmana cuya ex pareja solicitaba la privación de la patria potestad porque los principios y teorías religiosas que se mantienen en dicha religión causarían un grave perjuicio al hijo), al entender que desprovista tal afirmación de toda prueba, está en flagrante oposición con lo señalado en los artículos 16 y 10.2 CE, así como en la Declaración Universal de Derechos Humanos en lo relativo a la libertad de pensamiento. En el mismo sentido la STS, Sala 1.^a, núm. 56/2004, de 9 de febrero, rec. 1005/1998, ponente Gullón Ballesteros, argumentando que no puede privarse de la patria potestad porque el padre asistiera a reuniones de los Testigos de Jehová.

⁴¹ V. MORENO VELASCO, art. cit. *supra* nota 15, p.5.

dadosa. En virtud de las prescripciones de los cánones mencionados, no cabe duda que corresponde a los padres y a quienes hacen sus veces, la obligación de la preparación y el juicio sobre la suficiencia de la misma. Pero es usual que los padres soliciten la ayuda a otras personas o centros de su confianza. En todo caso, corresponde al Párroco velar para que los niños que han llegado al uso de razón se preparen convenientemente para, previa confesión, recibir la Eucaristía. Asimismo, corresponde al Párroco proporcionar una catequesis durante el tiempo que considere conveniente.

Aunque el Directorio catequético pastoral de 11 de abril de 1971⁴² indica que la relativa madurez suele hallarse en torno a los siete años, lo usual en España es que se celebren las primeras comuniones entre los nueve y los diez años, de acuerdo con las prescripciones establecidas por los Obispos en sus respectivas diócesis. La Conferencia Episcopal Española y la mayoría de los directorios diocesanos reconocen como lugares eclesiales para la iniciación cristiana la parroquia, la familia, las asociaciones y movimientos laicales, la escuela y la enseñanza religiosa escolar. Además, el proceso catequético no suele ser inferior a dos años⁴³.

Desde un punto de vista civil, nos situamos ante una pareja o matrimonio que decidió bautizar a sus hijos y darle formación católica. Por tanto, los problemas que suelen suscitarse entre los progenitores separados o divorciados, en relación con las primeras comuniones de sus hijos, se refieren no tanto a la negativa a que su hijo reciba la eucaristía (en este supuesto se aplicarían los mismos razonamientos que dimos sobre el bautismo y la formación religiosa), cuanto por la asistencia del menor a la catequesis de formación —sea dentro o fuera del propio centro escolar— y por la determinación de la fecha y forma de celebración de la primera comunión.

En lo que respecta a la asistencia a catequesis, las discordias surgen por la necesidad de los progenitores no custodios de tener que renunciar a todo o parte de la tarde establecida para las visitas intersemanales con sus hijos, sobre todo si no hay posibilidad de otras alternativas horarias de cursos de formación para el hijo y no existe flexibilidad en los progenitores para cambiar el día señalado de visitas. Es evidente que en la autorización judicial que solicitaría el progenitor, se tendría muy en cuenta la opinión del menor al respecto, porque estaríamos ante un niño/a de

⁴² Cf. AAS 64 (1972) 173.

⁴³ Cf. CEE, *La iniciación cristiana. Reflexiones y orientaciones*, Madrid 1998, n.33-38, BOCEE, XV/59 (1998) 75-111. Cf. T. BAHILLO RUIZ, art. cit., p.83-85.

ocho o nueve años aunque, como hemos indicado anteriormente, su opinión no sea decisiva ni vinculante para el Juez.

La cuestión se complica en relación a la determinación de la fecha de celebración de la primera comunión —entre las distintas opciones ofertadas por los colegios o por la Parroquia— por lo que lleva consigo de aunar los intereses de las familias paterna y materna que pueden estar enfrentadas, y, sobre todo, por el desmedido coste económico que actualmente tienen estas celebraciones que de ninguna manera es exigido por la celebración litúrgica, sino más bien contraproducente. Es evidente que nos encontramos ante un gasto extraordinario que tienen previamente que acordar los progenitores para, posteriormente, contribuir en la proporción que hubieran fijado en el convenio regulador de los efectos de la separación o divorcio —o de las relaciones paterno filiales— o, en su caso, en la sentencia judicial que pone fin al proceso contencioso de ruptura conyugal o de la unión de hecho.

Lo ideal sería que estas cuestiones quedaran bien reguladas en el convenio de separación/divorcio o de relaciones paterno filiales. Así, en caso de oposición de uno de los progenitores, sólo se tendría que acudir al proceso de ejecución previsto en el artículo 776.2.º de la LEC, salvo si lo que se discute es el coste económico de la celebración profana, en cuyo caso entiendo que se podría solicitar la ejecución en base al artículo 776.1.º. Pero esto no suele suceder por esta circunstancia, los progenitores o bien solicitarán autorización judicial, al amparo del artículo 156.2.º del Cc, en proceso de jurisdicción voluntaria, para que se determine cuál de los progenitores debe decidir la fecha y lugar de celebración del evento, o bien acudirán en procedimiento de ejecución de sentencia para determinar la necesidad y cuantía de este gasto extraordinario, al amparo del artículo 776.4.º de la LEC.

3.6. LA CONFIRMACIÓN

En cuanto a este sacramento, el CIC en el canon 885 §1 señala que el Obispo tiene la obligación de procurar que se administre el sacramento de la confirmación a sus diocesanos que lo pidan, debida y razonadamente. Para recibir la confirmación se requiere uso de razón, una conveniente instrucción, estar bien dispuesto y renovar las promesas del bautismo (can.889 §2). En cuanto a la edad, el Código señala que se debe recibir en tiempo oportuno (can.890), en torno a la edad de la discreción,

a no ser que la Conferencia Episcopal determine otra edad (can.891). También indica a los padres y a los pastores de almas, sobre todo a los párrocos, que procuren que los fieles sean bien preparados para recibirlo y que lo reciban en el tiempo oportuno. Por tanto, el Código remite a la edad establecida en el derecho particular y nuestra Conferencia Episcopal la sitúa en torno a los catorce años, pero aceptando la posibilidad de que cada obispo siga el criterio de la edad de discreción.

Los directorios diocesanos subrayan la obligatoriedad de que sea el mismo joven quien haga la petición expresa y por escrito de recibir la catequesis para celebrar la confirmación de modo que quede manifiesta su libertad y su intención. No se admite como motivaciones válidas la imposición de los padres o el influjo de un grupo de amigos y compañeros de colegio, ni idea inexacta de que este sacramento es *absolutamente* necesario para casarse canónicamente⁴⁴.

En consecuencia, dada la edad señalada y las motivaciones en la petición para la recepción de este sacramento tal como se exigen en las diócesis españolas, es poco probable que pueda existir un conflicto entre los progenitores sobre la administración de este sacramento al hijo menor, ya que a la edad requerida para solicitarla y para realizar el curso de formación, se entiende que tienen suficiente juicio como para que la posible oposición de alguno de sus padres no pueda surtir efecto alguno. De hecho, en ninguna de las resoluciones judiciales que conocemos, y hemos examinado, la preparación y recepción del sacramento de la confirmación, aparece entre las cuestiones que deben ser decididas en común por los progenitores, por pertenecer a la esfera del ejercicio de la patria potestad.

4. CONCLUSIONES

4.1. La patria potestad y la guarda y custodia de los hijos es una cuestión que pertenece a la normativa civil sobre el matrimonio y la familia.

⁴⁴ «Los católicos aún no confirmados deben recibir el sacramento de la confirmación antes de ser admitidos al matrimonio, *si ello es posible sin dificultad grave*» (can.1065 §1). «[...] No es obligatoria su recepción: durante el proceso de codificación, se especificó que la confirmación no es condición absoluta para contraer matrimonio» (F. R. AZNAR, en Profesores de Salamanca, *Código de Derecho Canónico*, ed. bilingüe comentada, 5.ª ed., Madrid 2008). Cf. J. SAN JOSÉ PRISCO, *Requisitos para la confirmación en los directorios diocesanos*: REDC 59 (2002) 857-876.

Pero en ella está implicada también la normativa canónica sobre el derecho-deber de la educación de los hijos, en todo lo referente a la educación religiosa y a la preparación para la recepción de los sacramentos de la iniciación cristiana. Ambas normativas deberán ser tenidas en cuenta por quienes como abogados, consultores o mediadores intervienen en campo civil o canónico.

4.2. Esa implicación se hace conflictual cuando los padres que han contraído matrimonio canónico o/y libremente han bautizado a sus hijos en la Iglesia católica, en diferentes supuestos, discrepan sobre la educación religiosa católica de sus hijos y, específicamente, sobre la administración y recepción de los sacramentos del bautismo, confirmación y eucaristía.

4.3. La guarda y custodia, sobre todo en los casos de separación o/y divorcio, en la vigente normativa civil puede ejercerse de forma exclusiva o compartida. Las dificultades a las que nos hemos referido se agravan, y no siempre encuentran fácil solución en los casos de patria potestad compartida y guarda y custodia exclusiva. La jurisprudencia menor de los Juzgados de Primera Instancia o de Familia y de las Audiencias Provinciales no es siempre uniforme, ni coincidente.

4.4. Entendemos que en estos conflictos deberá siempre tenerse en cuenta y garantizar jurídicamente el derecho del progenitor que quiere ser fiel a lo que prometió en el momento de contraer matrimonio canónico o/y bautizar libremente a sus hijos.

4.5. En los casos en que la discrepancia haga necesaria la intervención del Juez, creemos que éste deberá siempre tener en cuenta, tanto el bien y el interés de los hijos, fundamento y razón de la guardia y custodia, y las promesas que, en su momento hicieron los padres y que, por deber de fidelidad, deben cumplir.

ANEXO

Vid. *supra* nota 23.

1. *Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10.ª). Sentencia núm. 485/2005, de 22 de julio (JUR 2005\198875)*: Guarda y custodia compartida por meses alternos con cada uno de los progenitores, compartiendo éstos la patria potestad sobre sus hijos menores. Cada uno de los cónyuges sufragará los gastos y necesidades de los menores mientras se encuentren a su cargo. Cada progenitor sufragará la

mitad de los gastos extraordinarios que devengue su hijo menor, tales como operaciones quirúrgicas, prótesis, largas enfermedades, etc., siempre que se acrediten suficientemente, sean consultados previamente o sean autorizados por el Juzgado en el caso de discrepancia entre los padres.

2. *Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2.ª). Sentencia núm. 103/2006, de 24 de abril (JUR 2006\230967)*: Se establece la guarda y custodia compartida para ambos progenitores, por períodos escolares, de septiembre a agosto de cada año, ambos meses inclusive.

3. *Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12.ª). Sentencia núm. 556/2006, de 11 de octubre (JUR 2007\134236)*: Establece la guarda compartida de ambos progenitores respecto de los hijos comunes de tal forma que cada progenitor ostentará la custodia cuando tenga a los hijos en su compañía, responsabilizándose de las necesidades de los mismos, y manteniendo delegada en la madre, la gestión de sus necesidades habituales diarias, a excepción del seguimiento de la marcha escolar, que también habrá de ser ejercida de forma común y compartida por ambos progenitores.

4. *Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2.ª). Sentencia núm. 154/2006, de 23 de octubre (JUR 2007\228244)*. Se atribuye a ambos progenitores la custodia compartida de su hijo menor, Mateo, en los siguientes términos: Hasta el inicio del curso escolar de Primero de Primaria del menor (septiembre de 2009), el niño estará con cada uno de sus progenitores desde la salida de la guardería o colegio el lunes hasta la entrada en la guardería o colegio el lunes siguiente. Cada semana, el niño estará con el progenitor que no ostente la custodia en cada momento desde la salida del colegio o guardería el miércoles hasta la entrada en la guardería o colegio del día siguiente jueves. Este régimen no se interrumpirá ni modificará durante los períodos festivos de Navidad y Semana Santa. En verano (incluyendo aquí los meses de julio y agosto), el niño, hasta que cumpla cuatro años, estará con cada progenitor por períodos semanales sin la pernocta intermedia con el otro, y desde que tenga cuatro años, los períodos estivales serán quincenales, también sin pernoctas con el otro progenitor. Desde septiembre de 2009, el niño residirá, durante los meses de septiembre a enero, ambos inclusive, con la madre, y los meses de febrero a junio, ambos inclusive, con el padre. Durante estos períodos, el hijo y el progenitor con el que no conviva en cada momento se relacionarán en los siguientes términos:

- una tarde a la semana (en defecto de acuerdo, la de los miércoles), desde la salida del colegio hasta las 20 horas;
- fines de semana alternos desde la salida del colegio el viernes por la tarde (o del último día lectivo de la semana) hasta el lunes por la mañana en que lo devolverá al colegio (o primer día lectivo de la semana);
- la mitad de las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa, correspondiendo al padre la primera mitad en los años pares y a la madre en los impares;

- los meses de julio y agosto los pasará alternativamente con uno y otro progenitor, correspondiendo el de julio al padre en los años pares y a la madre los impares;
- cuando el inicio o final de algún período de estancias o visitas no coincida con la entrada o salida en el colegio, las recogidas y devoluciones del hijo se llevarán a cabo en el domicilio del cónyuge con el que esté conviviendo en cada momento, bien por los propios progenitores, bien por cualquier familiar o amigo autorizado.

En todo momento, ambos progenitores se facilitarán mutuamente la comunicación con el hijo, siempre que no se produzca alternado los horarios o hábitos del menor, o de forma caprichosa o arbitraria. Mientras los períodos de custodia sean semanales, cada progenitor tendrá su propia residencia, trasladándose el hijo de una a otra, teniendo en ambas residencias todo lo necesario para desarrollar su vida normal (juguetes, ropa, aseo...). En tal caso, será la esposa quien resida en el domicilio conyugal. Desde que los períodos de alternancia pasen a ser de cinco meses, el hijo vivirá siempre en el domicilio familiar con el progenitor en cuya compañía esté en cada momento, siendo los padres los que habrán de cambiar de domicilio cuando no les corresponda vivir con su hijo. Cuando el hijo alcance su mayoría de edad y deje de estar bajo la patria potestad y custodia de sus padres, la posesión de la vivienda pasará a su propietario el padre. Cada progenitor abonará los gastos ordinarios de sustento del hijo (comida, ropa...) que se devenguen durante el período que con él conviva. Los demás gastos tanto ordinarios como extraordinarios que genere el hijo (incluyendo los de guardería, colegio, matrículas y material escolar, comedor escolar en su caso, seguro médico, gastos farmacéuticos, actividades extraescolares, entre otros) serán sufragados por ambos cónyuges a partes iguales.

El esposo abonará las cuotas del préstamo hipotecario que gravan el domicilio conyugal, así como todos aquellos otros gastos (comunidad, tributos...) que deriven de la propiedad del inmueble, mientras que los gastos de suministros (agua, electricidad, gas, teléfono...) serán abonados por quien en cada momento habite en dicho domicilio. «*Se autoriza al padre a educar a su hijo en la fe católica*».

5. *Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18.ª). Sentencia núm. 530/2006, de 27 de julio (JUR 2007\124388)*: Quince días con cada progenitor, y los gastos escolares, material escolar y extraescolares, así como los extraordinarios serán abonados a razón de dos tercios el apelante y uno la madre, ello sin que proceda hacer especial declaración sobre el pago de las costas causadas en esta alzada.

6. *Audiencia Provincial de Girona (Sección 1.ª). Sentencia núm. 408/2006, de 3 de noviembre (JUR 2007\10532)*: Estancia de los hijos con su padre las tardes y noches de los martes y jueves y los fines de semana alternos, todo ello desde la finalización de las clases hasta el retorno a las mismas.

7. *Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18.ª). Sentencia núm. 102/2007, de 20 de febrero (JUR 2007\101427)*: La guarda y custodia compartida de ambos

hijos y en concreto se establece que éstos siempre permanecerán y pernoctarán los lunes y los martes con la madre, y los miércoles y los jueves con el padre, y los fines de semana de forma alterna, desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo, así como la mitad de los períodos vacacionales escolares de Navidad, Semana Santa y verano, asimismo con la debida alternancia, correspondiendo la elección del disfrute de tales vacaciones, salvo acuerdo en otro sentido, a la madre en los años pares y al padre en los impares. Cada progenitor deberá soportar y sufragar los gastos de manutención de sus hijos cuando estén con él y los demás gastos de los niños deberán ser satisfechos por mitad entre ambos padres.

8. *Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid. Sentencia núm. 574/2007, de 19 de julio (JUR 2007\276116)*: La guarda y custodia de las hijas comunes será compartida por períodos semanales alternativos haciéndose coincidir los cambios con los domingos a las 20 horas, y debiendo ser reintegradas las menores al domicilio del progenitor contrario. En relación a las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, el régimen de comunicación será el que de forma libre y de común acuerdo convengan las partes y en su defecto las menores pasarán la mitad de los períodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano con cada uno de los progenitores, eligiendo en defecto de acuerdo los años pares la madre y los impares el padre. Para atender los gastos ordinarios y extraordinarios que en relación a las menores puedan producirse, cada progenitor viene obligado a ingresar mensualmente en una cuenta mancomunada que al efecto se apertura y dentro de los cinco primeros días de cada mes la cantidad de 700 euros (350 por hija), actualizándose su importe anualmente de conformidad con las variaciones que experimente el IPC, publicado por el INE.

Se atribuye el uso del que fuera domicilio familiar por años alternativos a cada uno de los interesados, correspondiendo a la madre la primera anualidad a contar desde la notificación de la presente resolución, la segunda padre y así sucesivamente. No obstante lo anterior, los cónyuges de común acuerdo y en beneficio de las menores podrán notificar cuantas medidas tengan por conveniente, en particular las relativas al régimen de vacaciones.

9. *Audiencia Provincial de Barcelona de 01/10/2007*: La guarda y custodia compartida de la hija común, con sus progenitores, y en concreto se establece que ésta permanecerá con cada uno de ellos por semanas alternas, y una tarde intersemanal con el otro, o sea, con el que no le corresponda disfrutar de ella durante tal semana, la cual, salvo acuerdo en otro sentido y en función de las actividades extraescolares que realice, se especifica que será la tarde de los miércoles, y abarcará desde la salida del centro escolar hasta las 20 horas. En cuanto a los períodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano, se fija la mitad de las vacaciones escolares para cada uno de los progenitores, con la distribución que ellos mismos acuerden, y, en caso de discrepancia, corresponderá al padre la primera mitad en los años impares y a la madre en los años pares y viceversa

en cuanto a la segunda mitad. Cada progenitor deberá soportar y sufragar los gastos de manutención de su hija cuando esté con ellos y los demás gastos de la menor, ya sean ordinarios, ya extraordinarios, deberán ser satisfechos por mitad entre ambos padres.

10. *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 29/2008, de 31 de julio*, en la que se analizan las ventajas de la custodia compartida y la posibilidad de establecerla aunque exista conflictividad entre los progenitores, siempre que no sea ésta extrema. También la SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 21 de febrero de 2008.

Para sentencias posteriores al año 2007, puede verse una compilación de las mismas en N. GARCÍA GARCÍA (Dir.) y A. CANTURIENSE SANTOS, «Al detalle: Jurisprudencia, la guarda y custodia compartida», en *Revista Sepín*, Familia y Sucesiones, marzo-abril 2010, n.º90, p.54 a 123.

