

SOBRE EL TEMA «PATRIA POTESTAD Y EDUCACION RELIGIOSA DE LOS HIJOS»

El tema de la patria potestad en relación con la educación religiosa de los hijos ha sido objeto de una reciente monografía italiana de particular interés*.

Tres circunstancias contribuyen, fundamentalmente, a poner realce de actualidad e interés al mérito de esta monografía:

a) En primer lugar se trata de un estudio del más genuino *Diritto ecclesiastico* que interesa, por igual, y en grado sumo, a canonistas y civilistas.

Carlo Cognetti, *Assistente* y discípulo del Profesor De Luca, se separa, con éste, de la concepción —que podríamos denominar tradicional— eclesiástica que, fundada en el hecho histórico de que el Derecho eclesiástico surge, precisamente, para disciplinar los conflictos surgidos entre la Iglesia y los Estados nacionales que se formaban en Europa, concibe esta disciplina como conjunto de normas que regula las relaciones entre los Ordenamientos jurídicos de la Iglesia y del Estado; con este punto de partida, es explicable que la corriente tradicional tienda a utilizar los institutos del Derecho internacional, y adopte una consideración más bien formal de su objeto¹. Ante esta tendencia reacciona Jemolo, poniéndose en guardia contra la excesiva utilización de las elaboraciones de los internacionalistas, advirtiendo que, mientras los Estados tienen, cada uno, su propio territorio, su propia población y su propio Ordenamiento jurídico, la Iglesia y el Estado tienen en común el territorio y los sujetos, lo cual hace inadaptables muchos de los esquemas inter-

* COGNETTI, Carlo: *Patria potestà e educazione religiosa dei figli*, ed. Giuffrè, Milán, 1964. IV + 108 págs.

1. El mismo COGNETTI presenta como máximo exponente de esta tendencia a CHECCHINI, *Introduzione dogmatica al diritto ecclesiastico italiano*, Padua, 1937. Para una exposición metodológica de ambas concepciones contrapuestas, vide DE LUCA, *Il diritto ecclesiastico e l'opinione pubblica*, en los «*Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*», VI-VII (1951-53), págs. 78 y ss.; y *Diritto ecclesiastico e sentimento religioso*, en «*Ius*», 1962, págs. 14 y ss.; también, FINOCCHIARO, *Antiche e recenti prospettive di studio del diritto ecclesiastico*, en «*Il diritto ecclesiastico*», 1960-I, págs. 233 y ss.

nacionalistas². De Luca destaca que el efecto más dañoso de aquella concepción ha sido, por adoptar una visión formalista y abstracta, y los esquemas del Derecho internacional, olvidar la verdadera función de las normas de Derecho eclesiástico, a saber: la tutela del sentimiento religioso de los ciudadanos, el indiscutible interés del Estado en satisfacer sus necesidades religiosas, por lo cual la regulación de las relaciones entre la Iglesia y el Estado tiene sólo un valor de medio a fin; y esta función —la tutela del sentimiento religioso— debe ser tenida en consideración no sólo en el momento de la formulación de la norma, sino en el de su actuación e interpretación³.

Sobre esta corriente eclesiasticista acomete Cognetti su investigación, advirtiendo previamente que el objeto del Derecho eclesiástico no debe limitarse a la disciplina legislativa mediante la que el legislador tutela de modo directo y específico los intereses religiosos de los ciudadanos, sino también las normas destinadas a regular relaciones jurídicas extrañas al Derecho eclesiástico pero que pueden, en un determinado momento, ser calificadas como relaciones de Derecho eclesiástico, por la interferencia del interés religioso de uno de los términos subjetivos de la relación. Este es el caso de la patria potestad —y de otras instituciones de Derecho de familia—; las eventuales controversias que puedan surgir entre los cónyuges acerca del bautismo o la educación religiosa de los hijos —agravadas en caso de separación de los cónyuges— sólo podrán ser satisfactoriamente resueltas por el juez aplicando las normas respectivas del Código civil, pues no existen otras; pero estas normas —civiles—, en cuanto pueden ser utilizadas para tutelar el sentimiento religioso de un sujeto, vienen a disciplinar una relación de Derecho eclesiástico, deviniendo así objeto de estudio de esta disciplina.

Este es, en efecto, el objeto y el método del estudio de Cognetti: las normas del *Codice civile* relativas a la patria potestad, interpretadas como disciplina de unas relaciones en que se discute el sentimiento religioso de uno o más sujetos de la relación.

b) En segundo lugar, un estudio sobre la materia no podía soslayar el espinoso y debatido problema de la patria potestad conjunta o, al menos, de la participación de la madre en el contenido personal de la patria potestad, problema de enorme interés también para los civilistas.

2. *La classifica dei rapporti fra Stato e Chiesa*, en «*Pagine sparse di diritto e storiografia, scelte e ordinate da Luigi Scavo Lombardo*», Milán, 1957, págs. 89 y ss.; *Un caso di abuso di astrattismo giuridico*, en *loc. cit.*, pág. 270; *Lezioni di diritto ecclesiastico*, 3.^a ed., Milán, 1962, págs. 47 y ss. Ya GISMONTI —*L'autonomia scientifica del diritto ecclesiastico*, en los «*Annali dell'Università di Macerata*», XXVII, Milán, 1948, págs. 91 y ss.— se había pronunciado contra una concepción excesivamente formalista de esta disciplina.

3. *Diritto... cit.*, págs. 15 y ss., 21 y ss., 78 y ss.

Ya el Código portugués dispuso que la madre «debe ser oída en todo lo que se refiera a los intereses de los hijos» (art. 138); y el suizo, que «el padre y la madre ejercen conjuntamente la patria potestad durante el matrimonio; a falta de acuerdo decide el padre» (art. 274). Hoy, muchas Constituciones y Leyes fundamentales⁴, algunos Códigos⁵ y leyes especiales⁶, establecen di-

4. Ley fundamental de la República Federal alemana (arts. 2, 3, 6 y 7), Constitución del Estado de Baviera (art. 17), etc. También de las Repúblicas populares: Constitución de la República democrática alemana (arts. 30 y 31), Constitución del *Land* de Sajonia (arts. 21 y 22), Constitución polaca (art. 66), checoslovaca (§ 1.º), de la URSS (art. 122), etc.

En cuanto a la Constitución italiana (arts. 29 y 30 principalmente) *vide infra* en el texto.

5. Mejicano, uruguayo, etc.; más atenuadamente el venezolano.

6. Ley francesa de 22 septiembre 1942, convalidada por la Ordenanza de 9 octubre 1945; ley belga de 30 abril 1958; también, la *Guardianship of Infant Act* inglesa de 1925; etc.

En el Derecho español, pese a la dicción de los arts. 154 y ss. Cc., la doctrina se pregunta si no participa efectivamente la madre en el contenido personal de la patria potestad siendo, en realidad, conjunto su ejercicio.

Con referencia al Derecho histórico UREÑA afirma la existencia de una potestad conjunta y solidaria, principalmente en los Fueros de la familia Cuenca-Teruel (*Una tradición jurídica española. La autoridad paterna como poder conjunto y solidario del padre y de la madre*, en «Discursos de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas», IX (1912), págs. 656 y ss.); pero OTERO lo niega, entendiendo que el redactor del Fuero de Cuenca confundió los efectos de la comunidad de bienes con los de la patria potestad, denominando a aquélla, *potestas parentum* (*La patria potestad en el Derecho histórico español*, en el «Anuario de Historia del Derecho español», 1956, págs. 209 y ss.). Son muy poderosos los argumentos de OTERO y, desde luego, la relación de los textos que suelen citarse en apoyo de la patria potestad conjunta, con la comunidad familiar de bienes, parece evidente; pero es de notar, con todo, que se trata de una época en la que —como el propio OTERO pone de manifiesto— el Derecho positivo tendía a desinteresarse de la patria potestad, considerándola institución de puro Derecho natural; es posible que la *potestas parentum* de los Fueros extensos, más que confusión terminológica, fuese la consecuencia jurídico-positiva (patrimonial) de los principios (personales) de Derecho natural. En el Derecho histórico aragonés, la Observancia 2.^a *Ne pater vel mater pro filio teneatur* rechaza la patria potestad al estilo romano (*Item, de consuetudine Regni non habemus patriam potestatem*); sin embargo, en el mismo Cuerpo legal de Fueros y Observancias se encuentran —como ha señalado últimamente ALONSO y LAMBÁN (*En torno a las relaciones jurídicas entre padres e hijos legítimos en el Derecho civil anterior al Apéndice*, Zaragoza, 1953, págs. 7 y 8)— indicios de la autoridad conjunta: Fuero 3.º *De tutoribus*; 1.º y 2.º *De alimentis*; 1.º *De exheredatione filiorum*; único *que los menores de veinte años*; y Observancias 2.^a y 3.^a *De tutoribus*; todos ellos descubren un estado de Derecho en el que ambos cónyuges gozan de una posición semejante en las relaciones paterno-filiales; hay verdadera equiparación de los cónyuges; de lo que —muy explicablemente— no se trata es de los problemas de unidad de dirección familiar en casos de desacuerdo, ni de atribución de facultad decisoria. Pero, en aquel sentido, la autoridad familiar conjunta, ha sido convicción unánime de los foralistas aragoneses (MARTON y SANTAPÁN, *Derecho y jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla*, Zaragoza, 1865, págs. 254 y ss.; VIDIELLA, *La capacidad jurídica restringida por la edad*, Zaragoza, 1903, págs. 47 y ss.; etc.).

El Código civil —como la Ley de matrimonio civil de 1870—, siguiendo el modelo francés, acogió el sistema de patria potestad subsidiaria de la madre; empero, SÁNCHEZ

recta o indirectamente la codirección de los hijos. Pero sucede que muchas de ellas atribuyen facultad decisoria al padre, lo cual produce cierta perplejidad tras la declaración programática de titularidad y ejercicio conjunto... En Alemania, la ley de equiparación de derechos entre marido y mujer, de 18 de junio de 1957 (y que entró en vigor el 1 de julio de 1958), atribuyó la patria potestad conjuntamente al padre y a la madre, de mutuo acuerdo y en bien del hijo, debiendo intentar ponerse de acuerdo en caso de diversidad de opiniones (§§ 1626-1.º y 1627 del BGB, reformados)...; pero, si no lo consiguen, declara el § 1628 que la decisión corresponde al padre, aunque «debe tener en cuenta la opinión de la madre». Ante tal situación cabe dudar de la efectiva codirección⁷; en la doctrina más reciente MATTERN sostiene que, para que hubiese verdadera equiparación, el § 1628 debió atribuir la facultad de decidir al cónyuge de más edad⁸; pero por STORCH-LADE se contesta, con buen humor, recordando el viejo proverbio *Alter schützt vor Torheit nicht* (la edad no protege de la tontería)⁹; MIKAT, con referencia a ZIEGLER, ha hecho amplias consideraciones críticas y polémicas sobre el carácter «natural» de la facultad

ROMÁN (*Estudios de Derecho civil*, 2.ª ed., V-2.º, Madrid, 1898, pág. 1117) y DE DIEGO (*Instituciones de Derecho civil, II*, Madrid, 1930, pág. 543), sostuvieron que la madre concurría con el padre en las funciones de educación, dirección y poder moral sobre los hijos; y MUCIUS SCAEVOLA, que son comunes los deberes de alimentación y custodia y los derechos de corrección y castigo y percepción de frutos (*Código civil*, III de la 5.ª ed., pág. 509). También el Tribunal Supremo ha declarado que la madre es titular de derechos y obligaciones aún en vida del padre (SS. de 9 junio y 13 diciembre 1909, y 3 diciembre 1946); pero, en realidad, estas decisiones jurisprudenciales, más que admitir la patria potestad conjunta, lo que hacen es manejar con flexibilidad el sistema de subsidiariedad y admitir, como concepto menos rígido (y menos jurídico) que el de patria potestad, el de «autoridad común»; por otra parte, la Sentencia de 3 marzo 1950 declara que «se halla estatuida como potestad exclusiva del padre mientras éste no incida en causa legal que justifique el que de ella haya de ser privado».

De lege ferenda, CASTÁN VÁZQUEZ propugna la participación de la madre, con poder decisorio del padre, recurrible por aquélla ante el Tribunal tutelar de menores (*La patria potestad de la madre en el Derecho español*, en la «Revista de Derecho privado», 1957, págs. 508 y ss.; *La participación de la madre en la patria potestad*, Madrid, 1957; *La patria potestad*, Madrid, 1960).

En realidad, como digo en el texto, la patria potestad se ejerce en forma conjunta y solidaria al margen y por encima del Derecho positivo; precisamente cuando éste ha de actuarse es porque ya no puede ser conjunta... Con todo —como también digo en el texto— hay que tener en cuenta: a) que la unidad de dirección de la familia, y la consiguiente facultad decisoria en asuntos comunes, no supone conculcación del principio de igualdad entre los cónyuges; y b) que, consiguientemente, la normal atribución de la facultad decisoria al padre no es absoluta ni general: la reseñada corriente doctrinal y comparatista aporta al problema soluciones nuevas y sumamente interesantes, principalmente la recurribilidad de las decisiones arbitrarias del padre y la atribución de tal facultad a la madre en situaciones especiales.

7. Verdad es que el mismo § 1628 permite a la madre recurrir de la decisión del padre ante el Tribunal de tutelas, el cual puede atribuir a ella la facultad decisoria.

8. *Zum Stichtenscheid*, en «*Ehe und Familie in Privaten und Öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*», Bielefeld, año 6, núm. 10, octubre de 1959, págs. 405-406.

9. *Die Weisheit des Alters*, en el núm. 11 de la misma publicación, págs. 429-430.

de decisión del padre¹⁰. Ello es que el Tribunal Constitucional federal, en Sentencia de 29 de julio de 1959, ha declarado nulo, por contrario al principio constitucional de equiparación, el nuevo § 1628, lo cual ha originado una situación sumamente confusa¹¹.

El problema ofrece tanta dificultad como interés. En realidad la patria potestad conjunta se ejerce al margen y por encima del Derecho positivo; precisamente cuando éste debe actuarse es cuando ya no puede ser conjunta... Con todo, la corriente de equiparación puede cuajar en algún resultado positivo concreto que Cognetti se esfuerza en fijar; porque, este interés trasciende inevitablemente al de su monografía, en la que, según diré, se encuentran aportaciones muy interesantes, en especial con referencia a los matrimonios mixtos en que la madre es católica y el padre no cumple las *cautiones* canónicas prestadas para la obtención de la dispensa, y con referencia a la situación de separación de los cónyuges.

c) En tercer lugar, la monografía de Cognetti afecta la cuestión de la libertad religiosa, en cuyo interés y actualidad no creo necesario insistir.

Partiendo del planteamiento de Ruffini —para quien aquella moderna corriente eclesialista conduce a la conclusión de que el eje de todo el Derecho eclesial es la tutela de la libertad religiosa de los ciudadanos¹²—, Cognetti centra su atención en el momento de la formación espiritual del individuo, iniciada, precisamente, en los primeros años de su vida, en el seno del ambiente familiar, ya que sería absurdo creer que la adquisición de la conciencia religiosa sólo tiene lugar a partir de los veintiún años y que sólo

10. *Zur Problematik des natürlichen Entscheidungsrechtes des Mannes in Ehe und Familie*, en la misma revista, año 7, núms. 8-9, agosto-septiembre de 1960. Cfr., también, SCHWOERER, *Was nun?*, en «*Neue Juristische Wochenschrift*», Munich-Berlin, año 12, núm. 47, 1959, págs. 2089-2093, donde esboza las posibilidades y sentido de una posible reglamentación de la materia; HEUSSNER, *Über die Auswirkungen des Gleichber echtigungsurteils des Bundesverfassungsgerichts vom 29-7-1959*, en «*Ehe und Familie...*», año 7, núm. 1, enero de 1960, págs. 6-11, con especial atención al problema de la educación religiosa de los hijos; GLÄSSING, *Kann der Vormundschaftsrichter die Ersbestimmung der Religion des Kindes vornehmen?*, en la misma revista, año 9, núms. 8-9, agosto y septiembre 1962, págs. 350-352 que, con referencia también, a la educación religiosa de la prole, entiende no debe decidir el Tribunal de tutelas y apunta la conveniencia de una misma religión para todos los hermanos; etc.

11. Cfr., además de los trabajos citados en la nota anterior, BEITZKE, *La loi allemande sur l'égalité de l'homme et de la femme* en la «*Revue internationale de Droit comparé*», 1958, págs. 39 y ss.; PETERS, *Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule*, en «*Bettermann-Nipperdey-Scheuner Die Grundrechte*», Berlín, 1960, IV-1, pág. 376; etc. Ultimamente, SCHWAB, *Matrimonio y familia según la ley alemana de igualdad de derechos*, comunicación leída y comentada por su autor en el Seminario de Profesores de la Universidad de Navarra, en la sesión del día 30 de abril de 1965.

12. *Corso di diritto ecclesiastico. La libertà religiosa come diritto pubblico soggettivo*, Turín, 1924, págs. 6 y ss.

en este momento se actúa el mecanismo legal que tutela la libertad religiosa; el Estado, por tanto, no puede desinteresarse de este factor durante la minoridad de sus súbditos. Pero, de otro lado, pesa el convencimiento —también sobre la Constitución y el Código— de que el Estado no debe inmiscuirse en la vida familiar que, como sociedad natural, da vida a un Ordenamiento jurídico originario; lo cual ha conducido a la doctrina —especialmente civilista— a considerar al padre como árbitro absoluto de la vida familiar, y como jurídicamente irrelevante toda opinión contradictoria con la suya.

Objeto de mi investigación —dice el autor a este respecto— es, precisamente, estudiar cómo viene a madurar en el individuo el derecho de libertad religiosa, ya desde los primeros años.

* * *

Destacado el interés del tema, vengamos ahora a la descripción del libro.

El autor comienza repasando la disciplina de la titularidad de la patria potestad en el *Codice civile* de 1942, y su posible modificación o afectación constitucional.

El art. 147 Cc —dentro del título del matrimonio, en el capítulo de los derechos y deberes que nacen de él— impone a ambos cónyuges la obligación de mantener, educar, e instruir a la prole. El ejercicio solidario del aspecto personal de tales deberes (en su aspecto patrimonial, el art. 148 hace la obligación mancomunada, en proporción a sus respectivos caudales) no plantea problemas que puedan interesar al Derecho cuando el matrimonio está unido, o las divergencias se resuelven en el ámbito de la familia; el problema es jurídico cuando los cónyuges plantean su controversia ante el juez para que sea él quien resuelva a cuál de ellos corresponde el derecho o el deber de proveer al mantenimiento, educación e instrucción de los hijos. Este problema se concreta en el de la prevalencia del padre. Para su solución dentro del ámbito y el ambiente del Código civil es importante el art. 316 que —ya en sede sistemática de patria potestad— dispone que el ejercicio de la potestad —cuya titularidad es común— corresponde al padre y, por muerte u otra causa legal de extinción, a la madre; es decir, sistema subsidiario, porque «tener un derecho y no poder ejercitarlo —dice el autor— equivale a no tenerlo». A la vista de éste y otros preceptos del *Codice* (en especial, el 338... que consagra la prevalencia *post mortem* del criterio del marido) es necesario reconocer que, según aquél, solamente el padre tendrá derecho a decidir sobre la educación —también la educación religiosa— de los hijos, sin que cuente para nada la opinión de la madre.

Esto reconocido —como realidad normativa del Código—, el autor hace una crítica profunda de la doctrina que afirma la superioridad del padre en la dirección de la vida familiar, contrastándola con la observación empírica de los hechos y con la doctrina de la Iglesia sobre la posición de la madre en la

familia y, concretamente, sobre sus derechos y deberes en cuanto a la educación de los hijos. Particular interés ofrece, a este respecto, la disciplina canónica de los matrimonios mixtos: los impedimentos de mixta religión o disparidad de cultos sólo se dispensan previas *cautiones* sobre el bautismo y la educación católica de la prole: si es la mujer la parte católica, existirá un sector de la vida familiar sustraído a la autoridad del padre y confiado a la madre, a ella incumbirá la educación de los hijos, aún contra la oposición del marido, y ello como deber cuyo incumplimiento se sanciona con excomunión *latae sententiae* reservada al Ordinario. Igualmente, se manifiesta —puede manifestarse— esta prevalencia de la madre en la educación de los hijos en algún supuesto de aplicación del can. 1132 C.I.C.

Pero, aún dentro del Derecho positivo italiano, la Constitución de 1947 proclama que el matrimonio se ordena sobre la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos en la ley para garantía de la unidad familiar (art. 29) y que ambos cónyuges tienen el deber de mantener, instruir y educar a los hijos (art. 30). Sea por su carácter programático, sin más relevancia jurídica que la de vincular al legislador mismo¹³, sea porque junto al principio de paridad de los cónyuges la Constitución proclama el de unidad familiar, bajo la jefatura del padre como *primus inter pares*¹⁴, la mayoría de la doctrina niega que la vigente Constitución haya modificado la vigente disciplina de las relaciones familiares.

Contra esta *communis opinio* reacciona el autor. Para él, el art. 29 modifica la disciplina del Cc. Por una parte, aunque se reconozca el mero carácter programático de estas normas constitucionales y carezcan por tanto de eficacia derogatoria automática, determinan la ilegitimidad constitucional de las que sean contradictorias con ellas, como ha declarado la Corte constitucional, últimamente en Sentencia de 22 febrero 1964. Por otra parte, la prevalencia a ultranza de la jefatura familiar del padre, lejos de ser medida indispensable para la unidad familiar, conduce, en ocasiones, a la desunión; concretamente, en materia de educación religiosa de los hijos, puede conducir fatalmente a la separación de los cónyuges. En suma, cuando en una controversia entre cónyuges se invoque el art. 29 Const., entiende el autor que el juez debe remitir a la Corte constitucional la cuestión concerniente a la legitimidad de la norma invocada que contraste con el principio de igualdad de los cónyuges. Con este criterio, sostiene el autor que el art. 30 Const. sólo en apariencia coincide con el 147 Cc.: en realidad, lo modifica radicalmente,

13. En este sentido, JEMOLO, LENER, SANTORO-PASARELLI, BISCARETTI DI RUFFIA, BOVE, BALLADORE-PALLIERI, PINO, etc. En cambio, CARNELUTTI, ESPOSITO y BARILLE ven en los arts. 29 y 30 de la Constitución algo más que simples directrices para el legislador futuro.

14. DEL GIUDICE, SANTORO-PASARELLI, SPINELLI.

pues, además de imponer un deber (educar, etc., a la prole) reconoce a ambos cónyuges el derecho de hacerlo; esta norma es inmediatamente preceptiva y hace constitucionalmente ilícitas todas las preexistentes que contrasten con ella: no el 147 Cc. (que no es incompatible con el 30 Const., sino que éste lo desborda) pero sí el 316 Cc. en lo referente a la educación e instrucción de la prole.

Así, pues, el dilema se plantea en estos términos: a) la aplicación del art. 316 Cc., con lo cual se conculca el principio constitucional de igualdad entre los cónyuges; b) la aplicación íntegra del principio de igualdad, pero con ello, ante los eventuales conflictos entre los cónyuges, de nada fácil solución, puede quedar seriamente comprometida la misma educación del hijo. La única solución consiste en conciliar el principio de igualdad con el interés del hijo en recibir una seria y constante educación.

* * *

En el Capítulo segundo se analizan, aplicando los criterios conducentes al objetivo señalado, los diferentes supuestos en que puede plantearse la controversia conyugal sobre la educación religiosa de la prole: cónyuges no separados, o separados de hecho y cónyuges separados judicialmente.

En la primera situación —convivencia— la hipótesis de controversia sobre la educación religiosa de los hijos no es probable, pero sí posible, sobre todo en matrimonios mixtos o cuando un cónyuge cambie de religión. Pues bien, Cognetti sostiene que tal controversia puede ser planteada judicialmente para recibir la adecuada solución ante el Tribunal de menores.

Más frecuente será la hipótesis de controversia en los casos de separación de hecho; pero —dada su irrelevancia jurídica— la solución será la misma, incluso en cuanto a jurisdicción (Tribunal de menores).

Analizando los criterios que deberá seguir el juez para resolver en cada caso concreto, ponderando la relevancia del factor religioso en la educación, el autor considera irrelevantes —aunque se consideren válidos— los acuerdos que los cónyuges, antes de la celebración del matrimonio, hayan podido estipular en cuanto a la educación religiosa de los hijos; solamente tendrían una cierta relevancia en el caso de que, acordado, por ejemplo, bautizar a los hijos en la religión católica, uno de los padres se negase, llegado el momento, a cumplir el acuerdo. En todo caso, el juez, antes que dar relevancia a tales pactos, deberá seguir otro criterio, ya formulado por Orestano, consistente en tomar como punto de referencia la forma de matrimonio —religiosa o civil— escogida por los cónyuges; si han escogido el matrimonio canónico, es evidente su intención y a ella deberá atenerse el juez; pero ello, sólo cuando no haya sido todavía elegida la religión en que el hijo recién nacido, deba ser educado.

En los supuestos de separación judicial, Cognetti reconoce relevancia al

factor religioso para la determinación de a cuál de los cónyuges deben ser confiados los hijos, en este caso por la Jurisdicción ordinaria. No como criterio único, puesto que pueden prevalecer otros, ya de naturaleza moral, ya material: el juez, en suma, debe elegir al cónyuge que ofrezca mayores garantías morales para la educación de hijo y mayores posibilidades materiales para su decoroso mantenimiento. Pero, en igualdad de condiciones, el factor religioso podrá ser decisivo.

Ello supuesto, analiza el autor en qué forma el factor religioso puede determinar la elección del cónyuge al cual confiar el hijo. El criterio que se adopte será también aplicable a los casos en que el factor religioso debe ser tenido en cuenta para decidir la educación religiosa del hijo en la hipótesis aludida de convivencia conyugal o separación de mero hecho; y, con mayor razón, las ulteriores controversias entre cónyuges separados que soliciten modificar los acuerdos adoptados o proveídos en la separación; también, por último, en los casos de declaración de nulidad del matrimonio.

Ahora bien, la decisión de confiar el hijo a uno de los padres por razones religiosas, puede chocar contra el art. 3 de la Constitución, que garantiza igual dignidad social y ante la ley, sin distinción de religión, a todos los ciudadanos. Este obstáculo ha tratado de ser superado en la doctrina mediante el expediente de los ya aludidos «pactos de religión», o mediante el —también aludido— de la forma matrimonial adoptada. Estos argumentos le parecen insuficientes a Cognetti; para él no se trata de tomar en consideración la religión de los cónyuges; la elección del cónyuge a quien confiar el hijo, no debe hacerse según sea religioso o ateo; perteneciente a una u otra religión —lo cual iría contra el art. 3 de la Constitución—; el factor religioso se toma en consideración, no en cuanto religión profesada por los padres, sino en cuanto religión en la que el hijo ha sido educado; si el juez que conoce de la separación confía el hijo al progenitor católico, no es porque lo sea, sino porque el hijo ha sido educado en la religión católica. Y ello, porque el poder discrecional del juez debe inspirar sus decisiones en el interés de la prole.

Si uno de los progenitores es católico y el otro acatólico, el hijo debe ser confiado a uno u otro según que, antes del proceso de separación, hubiese sido bautizado en la religión católica o educado en la acatólica; si uno es religioso y el otro ateo, debe ser confiado al primero cuando la educación del hijo hubiese sido religiosa... pero en esta hipótesis no debe adoptarse la solución inversa cuando el hijo ha sido educado en la más absoluta indiferencia religiosa, pues aquí ya no hay una contraposición de religiones (cuya igualdad salvaguarda el art. 3 de la Constitución), sino de religión y ateísmo, y éste no se encuentra protegido por la Constitución; en tales condiciones debe considerarse que el interés del hijo no puede valorarse por el factor religioso (factor que, por convicción en un cónyuge y desidia en el otro, ha sido nega-

tivo) por lo que la decisión judicial deberá inspirarse en los mismos criterios que cuando en la separación no hay problema religioso.

Termina este Capítulo con un breve análisis de los conflictos entre los progenitores respecto a la educación religiosa de los hijos naturales.

* * *

En el tercer Capítulo se estudia la libertad religiosa del menor en el ámbito de la familia. Aquí el conflicto se plantea, no entre los cónyuges respecto a la educación religiosa del hijo, sino entre aquéllos por una parte y éste por otra, respecto de su propia educación religiosa. Conflicto afortunadamente raro en Italia, pero de solución extremadamente delicada.

Para resolverlo, el autor desenvuelve su análisis en una doble dirección: Si también el hijo menor goza de la tutela constitucional a su libertad religiosa, y, en caso afirmativo, si su ejercicio puede ser limitado por la patria potestad; en segundo lugar, distinguiendo dos hipótesis, según que el menor tenga o no madurez psíquica.

Con interesantes argumentos sobre la capacidad jurídica en Derecho público, concluye Cognetti que el hijo menor goza de la tutela constitucional en cuanto a su propia libertad religiosa desde que tiene capacidad natural de entender y querer; antes, la determinación de la educación religiosa del hijo es un derecho natural de los padres, implicado en su propio derecho de libertad religiosa. El límite de los veintidós años es meramente civil, no constitucional, y no puede aplicarse por analogía a las relaciones de Derecho público. Considera que es mejor aplicar por analogía el § 2.º del can. 745 C.I.C., algunos preceptos constitucionales de otros países (en especial, Suiza y Alemania) y normas de Derecho público italiano (penales y fiscales) y fijar la adquisición de la madurez psíquica —determinante de la libertad religiosa— entre los catorce y los dieciocho años; a la misma conclusión le lleva el análisis de las normas de Derecho matrimonial. Entre tales límites —catorce y dieciocho años— la adquisición del derecho constitucional de libertad religiosa, deberá ser determinada, caso por caso, por el arbitrio judicial. Y a partir de este límite, la patria potestad sólo puede manifestarse en persuasiones, pero no en medios coercitivos.

* * *

Un libro, en suma, ciertamente interesante. Afirmación que no es incompatible —todo lo contrario— con la de que es, sin duda, discutible. En particular, yo creo que cabe diferenciar y armonizar, en tema de autoridad familiar y patria potestad, dos cuestiones distintas: la igualdad de derechos entre marido y mujer y la unidad de dirección. Una cosa es que a la mujer —también a la casada— se le conceda plena capacidad y los mismos derechos que al hombre, en lo que a sí misma concierne, y otra cosa distinta el que los asuntos comunes, netamente familiares, requieran unidad de dirección; uni-

dad que, como ya tengo dicho, se formará espontánea y naturalmente conjunta al margen y por encima del Derecho; pero cuando surjan divergencias de criterio y éste deba intervenir, la atribución de facultad decisoria a un cónyuge no supone conculcación de los derechos del otro. La equiparación de sexos no exige derogación de facultades decisorias; exige, a lo sumo, que la natural atribución de esta facultad al marido, como inherente a la jefatura familiar, se atempere con la recurribilidad de decisiones arbitrarias y con la posibilidad de que, en determinados casos y aspectos, le sea atribuída a la mujer; pero nada más. Pienso que la doctrina de S. Pablo —máxime, en su consideración histórica— es un modelo de conciliación entre la dignificación del papel de la mujer en la familia y la necesaria unidad de dirección en la misma, y su normal atribución al marido.

En materia de libertad religiosa, el planteamiento de Cognetti, puede resultar teóricamente correcto; pero temo que en algunos supuestos prácticos sea de muy difícil aplicación. Hasta la madurez psíquica del hijo, su formación religiosa es un derecho natural de los padres, constitutivo de su propio derecho de libertad religiosa; después —dice el autor— cuando adquiera un estado de madurez psíquica tal que le permita formar una seria convicción personal en materia de creencias religiosas —entre los catorce y los dieciocho años— deberá gozar de su propia libertad... Pero ¿cuándo se adquiere, en efecto, esta madurez, y cómo puede determinarse con seguridad?...; el hijo puede tener capacidad natural de conocer y querer, puede haber adquirido madurez para muchas cuestiones condicionadas en menor grado, y, sin embargo, no estar en plena posibilidad de ejercitar con verdadera libertad de espíritu —si se tienen en cuenta la concupiscencia, las influencias perniciosas, la falta de experiencia— la elección de su camino religioso. No sea que, bajo la bandera del respeto a la libertad religiosa del hijo, privemos antes de hora a los padres de su derecho (y deber) natural de educar, y abramos las compuertas a otros influjos que nada tienen que ver con la patria potestad y que limitan, mucho más efectivamente que ésta, la verdadera libertad del hijo.

Una cosa es que los padres no puedan imponer la vivencia de su propia religión, contra su voluntad, al hijo consciente; pero otra muy diferente es que no puedan decidir las condiciones de educación compatibles con su libertad religiosa, pero orientadoras de su inexperiencia y contrarrestantes de otras influencias.

FRANCISCO SANCHO REBULLIDA