

LIBERTAD RELIGIOSA DEL MENOR Y RELACIONES PATERNO-FILIARES: CONFLICTOS

RESUMEN

Los conflictos religiosos en el ámbito de la familia se presentan jurídicamente de forma diferente según tengan lugar entre los padres, normalmente en situaciones de crisis del matrimonio, o entre éstos y los hijos sujetos a patria potestad. Los conflictos entre padres e hijos atienden a dos principios básicos: el de autonomía del menor en el ejercicio del derecho a la libertad religiosa, consecuencia de la condición del menor de sujeto pleno de derechos fundamentales, y el principio jurídico-constitucional de interés del menor. En los casos en que el menor tiene capacidad natural, no existe una verdadera colisión entre el derecho a la libertad religiosa de los hijos y el de los padres a elegir la educación religiosa, reconocido en el art. 2.1.c) LOLR, sino una extralimitación de ellos en el ejercicio de la patria potestad. En cambio, cuando el menor no tiene capacidad natural, estamos ante un problema de límites en el ejercicio paterno del derecho del art. 2.1.c) LOLR, que responde al esquema de derecho/libertad y no al de derecho/función. Es por ello que este derecho persigue satisfacer intereses propios de los padres, no el interés del menor; éste tendrá relevancia por constituir el orden público en relación con los menores, y el orden público es uno de los límites de la libertad religiosa conforme al art. 3.1 LOLR.

Palabras clave: Libertad religiosa, patria potestad, minoría de edad, interés del menor.

ABSTRACT

Religious conflicts within the family are dealt with differently by the law depending on if they take place between the parents, normally in situations of matrimonial crisis, or between the parents and the children subject to parental authority. Conflicts between parents and children deal with two basic principles: that of the minor's autonomy when exercising his/her right which is a consequence of the minor being a full subject of Law, and the legal-constitutional principle of the interest of the minor. In cases where the minor has natural legal capacity, then there is no real collision between the children's and the parents' religious freedom right to choose the child's religious education, as recognized under art. 2.1c) of the LOLR (Religious freedom law) but there is instead an abuse in exercising parental authority. On the other hand,

when the minor the child does not have such natural legal capacity, we are dealing with a problem of the limits of parents when exercising the right contained in art. 2.1.c) of the LOLR which responds to a scheme of right/freedom and not to one of right/function. For this reason, this right is aimed at satisfying the parents' interest and not those of the minor; this right will be relevant since it is part of public order as regards minors, and public order is one of the limits of religious freedom according to art. 3.1 of the LOLR.

Keywords: Religious freedom, parental authority, minority, interest of the minor.

I. INTRODUCCIÓN

En otro lugar ya pusimos de relieve que el principal problema que plantea la condición de sujeto de derechos fundamentales del menor era el del ejercicio, no el de la titularidad¹. Sin embargo, no nos estábamos refiriendo sólo, ni principalmente, a explicitar la capacidad necesaria o suficiente para el ejercicio de un derecho fundamental, también, a aquéllas dificultades inherentes a garantizar y potenciar la autonomía del menor en el marco de las relaciones paterno-filiares. No está de más advertir que estos conflictos, si bien se presentan más o menos claros en el plano teórico, no lo son tanto cuando se trata de apreciar la capacidad del menor o de ponderar los diferentes derechos en juego en el caso concreto, percibiéndose en toda su intensidad la complejidad inherente a ellos. De estos conflictos son particularmente interesantes los surgidos en relación con el derecho a la libertad religiosa, objeto de nuestro estudio. En principio, el ejercicio del derecho a la libertad religiosa no tiene porque ser causa de conflictos, es más, de ordinario no lo será; sin embargo, a veces, bien por el modo en que se ejerce el derecho o por su contenido específico, como ocurre con el derecho de los padres a elegir la educación religiosa de los hijos sujetos a su potestad, reconocido en el art. 2.1.c) de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa (LOLR), puede dar lugar a conflictos diversos que constituyen un banco de pruebas adecuado para comprobar la efectividad de los derechos y de la autonomía del menor en el ámbito de las relaciones paterno-filiares.

Estos conflictos religiosos entre padres e hijos deben ponderarse con arreglo a dos principios básicos a los que responden las relaciones paterno-filiares en los ordenamientos jurídicos modernos. El primero es el de garantizar y potenciar la autonomía del menor, que se traduce en la posibilidad del ejercicio independiente de los derechos fundamentales por los menores que tengan las suficientes condiciones de madurez; el segundo, es el del interés

¹ ASENSIO SÁNCHEZ, M. A., *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor. El interés del menor a la libre formación de su conciencia*, Madrid: Tecnos, 2006, 23-29.

del menor en cuanto principio jurídico-constitucional que preside cualquier actuación que se siga en relación con los menores. No cabe duda que estos principios presentan dificultades a la hora de su apreciación en el caso concreto, especialmente por lo que se refiere al interés del menor. Así, a la dificultad intrínseca al concepto, se añade el que sólo desde la adecuada intelección de la naturaleza del derecho del art. 2.1.c) LOLR puede entenderse el papel que juega en los conflictos religiosos en la familia². El problema de la naturaleza de este derecho se plantea, sintéticamente, en los siguientes términos: si se trata de un derecho/libertad de los titulares de la patria potestad o, por el contrario, de un derecho/función. Esta cuestión es esencial y previa a determinar el alcance del principio de interés del menor; así, si estamos ante un derecho/función, el interés del menor vendría a ser la finalidad perseguida con el ejercicio del derecho por los padres. Por el contrario, si estamos ante un derecho/libertad, el ejercicio perseguiría satisfacer intereses exclusivos de los padres; en este caso el interés del menor actuaría como límite genérico de la libertad religiosa de los padres, toda vez que constituye el orden público en relación con los menores de edad (art. 3.1 LOLR). Es la tesis que, creemos, mejor responde a nuestra realidad legislativa y, por eso, entendemos que cuando los padres eligen la educación religiosa de los hijos o deciden bautizarlos, están ejerciendo su propio derecho a la libertad religiosa y no una de las funciones inherentes a la patria potestad; tampoco puede entenderse como un ejercicio por representación del derecho a la libertad religiosa del menor.

II. LIBERTAD RELIGIOSA Y AUTONOMÍA DEL MENOR

Acabamos de señalar que la autonomía del menor es uno de los principios que deben ponderarse en los conflictos religiosos entre padres e hijos. Esta autonomía es entendida en nuestro ordenamiento, a semejanza de los países de nuestro entorno, como el pilar sobre el que debe construirse la protección social y jurídica de la minoría de edad y, en definitiva, corolario de la condición de sujeto pleno de derechos del menor. Esta realidad social y jurídica de la minoría de edad es la que asume la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM): «Las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia. Este

² Es unánime la doctrina, tanto española como extranjera, en poner de relieve la dificultad intrínseca al concepto de interés del menor: RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, 2 ed., Madrid: Dykinson, 2007, 61-73; ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *o.c.*, 64-70.

enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos» (*Exposición de Motivos*).

Junto a la condición de sujeto de derechos, se reconoce también en la LOPJM la naturaleza del menor como ser en devenir, cuyo desarrollo y madurez es fruto de un proceso gradual y, por eso, se entiende que la mejor forma de garantizar la protección social y jurídica del menor es potenciar su autonomía como individuo: «El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por lo tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansa la presente Ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección», (*Exposición de Motivos de la Ley*).

Es evidente, con arreglo a la teoría general del derecho, la relación existente entre titularidad de derechos y capacidad jurídica, al ser ésta la aptitud necesaria para ser titular de derechos y obligaciones. De las múltiples cualidades de la capacidad jurídica señaladas por la doctrina interesa destacar aquí su carácter de esencial, igual para todos los hombres, sin que pueda ser objeto de discriminación en atención al sexo, creencias o de la edad (art.14 CE)³. Este carácter igualitario de la personalidad jurídica es consecuencia y reflejo de la dignidad humana que no admite ningún tipo de restricciones o de limitaciones; no se puede ser más o menos persona, ni tener mayor o menor personalidad jurídica⁴. La capacidad jurídica vendría a ser el *príus* lógico-jurídico de la titularidad de los derechos fundamentales, y es la misma en todas las personas. En cambio, la capacidad de obrar depende de las condiciones cognoscitivas y volitivas, que son diferentes en cada individuo. Se puede, por tanto, tener capacidad jurídica pero carecer de la de obrar, lo

3 «La capacidad jurídica acompaña a la persona desde el nacimiento hasta la muerte, y es siempre una y la misma; es decir, igual en todos y para todos, y en cada cual estática, constante, uniforme y general o abstracta. No admite grados ni modificaciones», GORDILLO CAÑAS, A., *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Madrid: Tecnos, 1986, 21.

4 DÍEZ-PICAZO, L., *Comentario al artículo 32*, in: ALBALADEJO, M. (coord.), *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, t. I vol. 3, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, 822.

que implica poder disociar en los derechos la titularidad del ejercicio⁵. De lo expuesto, resulta evidente que la titularidad de los derechos fundamentales es inherente a la dignidad de la persona y, por eso, todas las personas tienen todos los derechos, también los menores de edad⁶.

El texto constitucional consagra el derecho a la libertad religiosa de toda persona sin distinción entre mayores y menores de edad. Así, el art.16.1 CE reconoce el derecho a la libertad religiosa como un derecho de todo individuo y, en el mismo sentido, el art. 2.1 LOLR como «un derecho de toda persona». El reconocimiento de los derechos fundamentales de los menores se produce en el ámbito de la legislación internacional⁷ y su influencia, así como la del derecho comparado, se hizo sentir pronto en nuestro ordenamiento y doctrina. Así, en un primer momento, el reconocimiento en nuestro ordenamiento del derecho del menor a la libertad religiosa tiene lugar en el ámbito específico del sistema educativo⁸ y, posteriormente, con carácter general en el art. 6.1 de la LOPJM: «El menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión». Este reconocimiento que hace la LOPJM de la libertad religiosa y de otros derechos del menor, no era necesario por ser el menor, tal y como reconoce el art. 3 LOPJM⁹, titular de todos los derechos reconocidos en la Constitución. No obstante, esta reiteración de derechos, aunque superflua, tiene de positivo el contribuir a reforzar el status del menor en el núcleo familiar y social; por lo demás, la LOPJM se limita a reconocer sólo aquéllos

5 No obstante un sector de la doctrina tradicional ha considerado que, a diferencia del ámbito privado, en el campo del derecho público no es posible distinguir entre titularidad y ejercicio, por ello entiende que en el derecho público la titularidad del derecho va condicionada a la posibilidad de su ejercicio. En este sentido, S. ROMANO, *L'età è la capacità delle personer nel diritto pubblico*, in: *Scritti minori*, II, Milano: Giuffrè, 1953, 193-194; también en este sentido: BARILE, P., *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova: Cedam, 1953, 8; VERCELLONE, P., *Libertà dei minori e potestà dei genitori*, in: *Revista di diritto civile*, 1 (1983) 531; REDONDO ANDRÉS, M.ª J., *La libertad religiosa del menor*,

6 ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *o.c.*, 30-32.

7 El reconocimiento de los derechos del menor, y en concreto del de libertad religiosa, tuvo lugar primero en el ámbito del Derecho Internacional, con la Convención de los Derechos del Niño de 1989, y en el art. 14.1: «Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión»; y con carácter regional en la Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992 Principios 18: «Todo niño tiene derecho a la libertad de conciencia, de pensamiento y de religión,...», y Principio 19: «Todo niño tiene derecho a gozar de su propia cultura, a practicar su propia religión...».

8 LO 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación Art. 6.1.c): se reconoce a los alumnos el «el derecho a que se respete su libertad de conciencia, así como sus convicciones religiosas y morales, de acuerdo con la Constitución»; LO 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación Art.2.2.b) reconoce como derecho básico del alumno: «A que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas y sus convicciones morales, de acuerdo con la Constitución»; y en la actual Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, que deja en vigor las disposiciones de la LO 10/2002 sobre el particular.

9 La doctrina critica el reconocimiento específico de los derechos del menor por reiterativo: GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor*, in: *La Ley*, D-40 (1996) 1691; ALONSO PÉREZ, M., *La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras*, in: *Actualidad Civil (AC)*, nº 2/6-12 de enero (1997) 26.

derechos en que la condición de menor de su titular tiene una especial incidencia¹⁰. También la jurisprudencia, en las escasas ocasiones que ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la libertad religiosa de los menores, lo ha hecho lógicamente en el sentido de que «el menor es titular del derecho a la libertad religiosa»¹¹.

No obstante, el principal problema que plantea la minoría de edad en relación con los derechos fundamentales es el del ejercicio que, como señala la LOPJM, constituye el medio principal para potenciar la autonomía del menor como individuo. El ejercicio de los derechos fundamentales depende de la capacidad de obrar reflejo de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad que, con arreglo al art. 10.1 CE, constituyen uno de los fundamentos del orden político y de la paz social. Este precepto contiene una cláusula general, y constitucional, de libertad de actuación que implica una interpretación amplia de la capacidad de obrar y, correlativamente, restrictiva de sus limitaciones¹². En este mismo sentido, la LOPJM persigue potenciar el ejercicio de los derechos fundamentales por los menores de edad, flexibilizando para ello la capacidad de obrar necesaria e interpretando restrictivamente las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores, tal y como señala el art. 2 párrafo 2.º LOPJM¹³.

La capacidad de obrar depende de las condiciones volitivas e intelectivas que, sabemos, son diferentes en cada individuo y, por eso, no se predica de toda persona, a diferencia de la capacidad jurídica. Ahora bien, la pregunta resulta evidente: ¿cuál es la capacidad necesaria para el ejercicio de un derecho fundamental? La LOPJM parte de la existencia de diversas minorías de edad, tantas como menores, debido a que las condiciones de querer y entender son diferentes en cada individuo; también en el Código Civil existen diversos menores con diferente capacidad de obrar. Por otro lado, la cuestión de cuál

10 LEAL PÉREZ-OLAGUE, L., Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, in: La Ley, D-73, (1996) 1310.

11 F.J.º 9, STC 154/2002, de 18 de julio.

12 ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *o.c.*, 38; ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., Minoría de edad y Derechos fundamentales: su ejercicio por el menor de edad, in: Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico (RGDCDE), núm. 7, enero 2005, en Web: www.iustel.com.

13 Es acertada la crítica al precepto de A. GULLÓN: «La interpretación restrictiva de las limitaciones de la capacidad del menor ha sido siempre, desde la promulgación del Código Civil, un principio rector de la interpretación y aplicación de las normas restrictivas de capacidad, no sólo del menor sino de cualquier persona, como corresponde a su dignidad. Mucho más importante hubiera sido regular la capacidad de obrar del menor con carácter general, acabando con la consideración fragmentaria e incompleta que en el Código Civil recibe la materia. El principio legal que se proclama en el artículo 2 de la Ley 1/1996 sirve por tanto para muy poco nuevo. No se sabe si lo que el legislador ha pretendido es establecer el principio de capacidad de obrar del menor excepto para los actos y negocios en los que la norma legal la limite, o simplemente que tal norma, cuando exista, debe ser sometida a una interpretación restrictiva. Como se ve, la Ley 1/1996 nada resuelve», loc. cit.

sea la capacidad de los menores para el ejercicio de un derecho fundamental se plantea, exclusivamente, en relación con los menores bajo patria potestad o tutela, y no en los emancipados para quienes el artículo 323 CC dispone: «La emancipación habilita al menor a regir su persona como si fuera mayor...»; además, las restricciones a la capacidad de obrar del menor que contiene el precepto se refieren exclusivamente al ámbito patrimonial. A sensu contrario, se infiere que el ordenamiento extiende a favor del emancipado, en el ámbito personal, la presunción *iuris tantum* de plena capacidad de obrar que implica la mayoría de edad¹⁴. Este es el criterio seguido también en el art. 2.1.c) LOLR, del que se infiere a sensu contrario que los padres y tutores no pueden elegir la educación religiosa de los menores que no se encuentren bajo su potestad, lógicamente, por estar emancipados.

Esta extensión a los emancipados de la presunción *iuris tantum* de plena capacidad de obrar que implica la mayoría de edad, tiene una importante significación jurídica. En efecto, si los requisitos para tener plena capacidad de obrar, básicamente, son la existencia de capacidad natural y la mayoría de edad, no tendría sentido entender que el Código está presumiendo aquí la existencia de la edad de mayoría en el emancipado. En realidad, lo que está presumiendo es la capacidad natural de obrar del emancipado, la de querer y entender, en cuanto constituye el *substratum* de la capacidad de obrar¹⁵ y, como tal, el elemento fundamental para que las personas físicas puedan ultimar actos conscientes y libres y actuar, pues, en el tráfico jurídico. Por eso, la mayoría de la doctrina entiende la capacidad natural como capacidad suficiente para el ejercicio de un derecho fundamental¹⁶; por lo demás, este es el criterio que sigue también la doctrina en relación con el ejercicio del derecho a la libertad religiosa¹⁷.

14 ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., La patria potestad..., *o.c.*, 40.

15 ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *o.c.*, 36-37.

16 La doctrina italiana venía considerando tradicionalmente que el menor con capacidad natural podía ejercitar autónomamente sus derechos fundamentales: STANZIONE, P., *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino/Napoli: Jovene, 1975, 332; POGGI, M. E., *Patria potestà e autonomia del minore*, in: *Giurisprudenza italiana*, fasc. 4 (1974) 329-344; BESSONE, M., MARTINELLI, P., y SANSÀ, A., *Per una ricerca sul diritto minorali: rilievi di metodo*, in: *Giurisprudenza di merito* (1975) 249-255; BESSONE, M., *Articoli 30-31, Rapporti etico-sociali*, in: BRANCA, G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna: Zanichelli, Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1976, 106-108; Cossu, C., *Educazioni del minore e potestà dei genitori. Analisi di alcuni modelli giurisprudenziali*, in: *Il diritto di famiglia e delle persone*, (1977), 336; GIARDINA, F., *I rapporti personali tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia*, *Rivista trimestrale di diritto civile y procedura civile*, (1977) 1357-1360.

17 SERRANO POSTIGO, C., *Libertad religiosa y minoría de edad en el ordenamiento jurídico español*, in *Estudios de Derecho canónico y Derecho eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*, Madrid: Universidad Complutense, 1983, 816; LÓPEZ ALARCÓN, M., *El interés religioso y su tutela por el Estado*, in: GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M. (coord.), *Derecho eclesiástico español*, 2 ed., Pamplona: EUNSA, 1983, 535-540; MARTÍNEZ BLANCO, A., *Derecho eclesiástico del Estado*, vol. II, Madrid: Tecnos, 1993, 122-124; MARTÍN SÁNCHEZ, I., *El derecho a la formación de la conciencia y su tutela penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, 63; CUBILLAS RECIO, L. M., *La enseñanza de la religión en el sistema*

Existe, además, un argumento favorable a la capacidad natural que resulta de una interpretación sistemática del Código, por virtud de la cual un menor con catorce años podría ejercer autónomamente un derecho fundamental. Así ocurre cuando un menor de catorce años contrae matrimonio con dispensa de edad (art. 48 CC), y que por quedar emancipado ipso iure al contraerlo (art. 316 CC) puede ejercer de forma independiente sus derechos fundamentales. No puede pensarse, en sana lógica jurídica, que el contraer matrimonio sea un acto de tal naturaleza que altere la capacidad de obrar del individuo en el ámbito personal, implicando un plus de capacidad, de suerte que un menor de catorce años emancipado por matrimonio pueda ejercer un derecho fundamental y, en cambio, un menor de edad próxima a la de mayoría no, al no estar emancipado¹⁸. No creemos pueda entenderse la emancipación como un acto de tal naturaleza que *per se* habilite para el ejercicio de un derecho fundamental¹⁹.

Por último, es necesario tener en cuenta que la capacidad natural no es un concepto uniforme, siempre la misma, sino que depende de la naturaleza y trascendencia del acto; por eso una determinada capacidad natural puede ser suficiente para el ejercicio de un derecho y no de otro. Esta afirmación se comprende bien en relación con la libertad religiosa que en principio, con arreglo a lo señalado, la capacidad natural vendría a ser capacidad suficiente para el ejercicio; pero, es evidente, que las condiciones de querer y entender, esencia de la capacidad natural, no son las mismas según el ejercicio tenga por objeto realizar un acto cultural o, por ejemplo, rechazar un tratamiento médico por cuestiones religiosas²⁰.

III. FUNCIÓN VERSUS DERECHO: EL INTERÉS DEL MENOR

La otra clave para la resolución de estos conflictos era el interés del menor y, dijimos, que el alcance que debía jugar aparecía condicionado por la naturaleza que se predicase del derecho de los padres a elegir la educación religiosa de los hijos del art. 2.1.c) LOLR. La cuestión consiste en si se trata de un derecho de los padres, el de libertad religiosa, o por el contrario, estamos

español y su fundamentación en el derecho de los padres sobre la formación religiosa de sus hijos, in: *Laicidad y libertades. Escritos Jurídicos*, 2 (2002) 213-217.

18 ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *o.c.*, 41.

19 *Ibid.*, 40; GARCÍA VILLARDELL, M^a R., La libertad de creencias del menor y las potestades educativas paternas: la cuestión del derecho de los padres a la formación religiosa y moral de sus hijos, in: *Revista española de Derecho Canónico (REDC)*, 66 (2009) 338-339.

20 Sobre el particular: ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *Objeción del menor a los tratamientos médicos y pérdida de la posición de garante de los padres: a propósito de la STC 154/2000 de 18 de julio*, in: *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, 11 fasc.1 (2011), 321-360; también: *Patria potestad, minoría de edad y derecho a la salud*, Madrid: Dykinson, 2012, 199-236.

ante una de las funciones inherentes a la patria potestad, toda vez que la LOLR vincula este derecho a la titularidad de la patria potestad o de la tutela²¹. La ley 11/1981, 13 de mayo, de reforma del Código Civil, transforma sustancialmente la institución de la patria potestad que pasa de ser considerada un derecho de los padres, fundamentalmente sobre la persona y bienes de los hijos, a una función: derechos concedidos a los padres para facilitarles el cumplimiento de deberes inherentes a la patria potestad. Este carácter de función, de derecho/deber, propio de la patria potestad tiene su reflejo en el deber jurídico general impuesto a sus titulares de ejercerla «en beneficio del hijo de acuerdo con su personalidad» (art. 154 CC), es decir, teniendo en cuenta el interés de los hijos menores; correlativamente a este deber, y con carácter funcional o subordinado a él, se atribuye a los padres el derecho a actuar en interés de los hijos menores. En la faceta de derecho la patria potestad se ejerce frente al Estado y, en su caso, a terceros, pero nunca frente al menor, respecto al cual se trata de un deber. El Código entiende que la patria potestad, al derivar del hecho natural de la generación, origina un entramado de vínculos biológicos y afectivos entre padres e hijos que la convierten en la institución idónea para garantizar la protección y desarrollo de la personalidad del menor.

Ahora bien, la clave para que el derecho del art. 2.1.c) LOLR pueda calificarse de función, es la existencia de un deber jurídico previo que, precisamente, justifique el reconocimiento del derecho para facilitar el cumplimiento. El tradicional carácter educativo de la patria potestad se acentuó tras la reforma de 1981²²; en este sentido, el art. 154.1 CC reconoce como uno de los deberes inherentes a la patria potestad el de educar a los hijos y procurarles una formación integral. La cuestión es si entre estos deberes educativos se incluye el de educar a los hijos en una determinada religión que, de este modo, permitiría justificar la naturaleza de función del derecho del art. 2.1.c) LOLR. Estos deberes educativos que impone el Código se refieren, exclusivamente, a la obligación de los padres de procurar a los hijos el derecho a la educación, que les reconoce como derecho el art. 27.1 CE, y no incluyen, como veremos, el deber de educarlos en una determinada fe. Creo que esto se justifica acudiendo a la lógica interna del ordenamiento: si existe un deber inherente a la patria potestad, debe existir una sanción para el caso de infrac-

21 La tutela es una institución tuitiva de guarda y protección de la persona y bienes de los menores e incapacitados (art. 215 CC), configurada a imagen y semejanza de la patria potestad y por ello, a diferencia de las demás instituciones de guarda y protección, les son inherentes las facultades de representación: «el tutor es el representante legal del menor o incapacitado» (art. 267 CC).

22 PERLINGERI, P, *Sui rapporti personali nella famiglia*, in: PERLINGERI, P (a cura di), *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli: ESI, 1982, 22; en nuestra doctrina L. DÍEZ-PICAZO resalta la importancia que adquieren la actualidad los aspectos personales de la patria potestad: «Frente al sistema del Código que sólo trata del cuidado de las fortunas, aparece ahora una patria potestad volcada hacia la esfera estricta de la personalidad», *Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad*, in: *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, 35 (1982) 6.

ción como medio de garantizar el cumplimiento de las funciones inherentes a ella. En efecto, la infracción de los deberes educativos paternos está sancionada en nuestro ordenamiento: el art. 226 CP tipifica la no escolarización de los menores como un delito de abandono de familia y constituye una causa de privación de la patria potestad en el art. 170 CC²³. Estas sanciones aparecen exclusivamente referidas al incumplimiento paterno de los deberes en relación al derecho a la educación del art. 27.1 CE, y no existe en el ordenamiento ninguna sanción ante el eventual incumplimiento del deber de educar a los hijos en una determinada religión indicativo, por lo demás, de la inexistencia del deber en el Código. Esta interpretación resulta acorde no sólo con el principio constitucional de libertad religiosa del art. 16.1 CE, además, con el hecho de carecer de sentido obligar a los padres ateos a educar a los hijos en una fe que ellos mismos no profesan. Desde luego, no pretendemos afirmar que el art. 154.1 CC impide a los padres educar religiosamente a los hijos y transmitirles la fe, únicamente que este derecho es una manifestación de la libertad religiosa de los padres y no una función inherente a la patria potestad²⁴. En conclusión, se puede afirmar, con arreglo a lo expresado, que en nuestro ordenamiento el derecho de los padres a elegir la educación religiosa de los hijos responde al esquema propio del derecho/libertad, y no al de derecho/función, consecuencia de la inexistencia de un deber jurídico de los padres en tal sentido.

El calificar el derecho paterno del art. 2.1 LOLR como un derecho/libertad, condiciona el papel a desempeñar por el principio jurídico-constitucional del interés del menor en los conflictos surgidos en las relaciones paterno-filia-

23 No es del todo clara en nuestro ordenamiento la identificación entre derecho a la educación y escolarización obligatoria: ASENSIO SÁNCHEZ, M. A., *La objeción de conciencia al sistema escolar: la denominada educación en casa*, in: Laicidad y libertades. Escritos jurídicos, 6 (2006) 9-46; también, *La educación en casa o homeschooling en la doctrina del Tribunal Constitucional*, in: Foro. Nueva Época, 15 (2012) 185-212.

24 La educación religiosa de los hijos suele percibirse como un auténtico deber de conciencia por los padres creyentes. Es paradigmático en este sentido el Código de Derecho canónico que impone a los padres cristianos el derecho/deber de educar a los hijos en la fe cristiana Así, el canon 226.2: «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»; en este mismo sentido, como uno de los efectos del matrimonio, el canon 1136: «Los padres tienen la obligación gravísima y el derecho primario de cuidar en la medida de sus fuerzas de la educación de la prole, tanto física, social y cultural como moral y religiosa». Este derecho/deber impuesto a los padres por el Códex, constituye una auténtica obligación jurídica para los católicos, que en nuestro ordenamiento tiene relevancia jurídico-civil como manifestación del ejercicio individual de los padres del derecho a la libertad religiosa, pero no como función inherente a la patria potestad. Sobre el particular puede verse: RUANO ESPINA, L., Relevancia jurídico-civil del derecho-deber de los padres cristianos de procurar la educación de sus hijos. Particular relevancia a los supuestos de nulidad, separación y divorcio, in: CASTRO JOVER, A. (coord.), Actas del IX Congreso de Derecho Eclesiástico del Estado (San Sebastián 1 al 3 de junio 2000), San Sebastián: Universidad del País Vasco, 2001, 801-826.

res. En efecto, si fuera una función, la finalidad perseguida por los padres con el ejercicio del derecho sería el interés del menor que, de este modo, vendría a ser objeto y, a la vez, límite del ejercicio²⁵; pero, como hemos afirmado, se trata de un derecho/libertad de los padres, cuyo ejercicio persigue satisfacer el interés paterno, no el de los hijos, y que, precisamente, por tratarse de un derecho fundamental los padres pueden o no ejercer. Ello no significa, lógicamente, que el interés del menor, principio jurídico-constitucional de *ius cogens*, carezca de relevancia en el ejercicio por los padres de un derecho fundamental cuando pueda afectar a un menor, sino que actúa aquí como límite del derecho de los padres, toda vez que el orden público, y el interés del menor es el orden público en relación con la minoría de edad, constituye conforme al art. 3.1 LOLR uno de los límites genéricos del derecho a la libertad religiosa²⁶.

Es claro, por lo demás, que cuando los padres o tutores ejercen el derecho del art.2.1.c), están ejerciendo un derecho propio y no por representación el derecho de libertad religiosa del menor; esta afirmación, entendemos, es la más congruente con la interpretación que la doctrina hace del art. 162.1 CC, en el sentido de excluir los derechos fundamentales de la representación²⁷, y con el art. 6.3 LOPJM, en el que se señala el papel de los padres de guías y cooperadores con los hijos menores en el ejercicio de sus derechos²⁸.

IV. CONFLICTOS DE CARÁCTER RELIGIOSO EN EL ÁMBITO FAMILIAR: PLANTEAMIENTO GENERAL

Los conflictos religiosos en el ámbito de la familia aparecen condicionados por los vínculos biológicos y afectivos que conforman el entramado último sobre el que se asienta la institución familiar, y que vienen a ser la causa principal por la que estos conflictos no han llegado a los tribunales, a excepción de algunos relativos a la atribución de la custodia o del régimen de visitas en situaciones de crisis del matrimonio²⁹. Estos conflictos religiosos se presentan jurídicamente de forma distinta según tengan lugar entre padres

25 ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., La patria potestad..., *o.c.*, 70; MORENO ANTÓN, M.^a, Minoría de edad y libertad religiosa: estudio jurisprudencial, in: NAVARRO-VALS, R.; MANTECÓN, J.; MARTÍNEZ-TORRÓN, J., La libertad religiosa y su regulación legal: la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, Madrid: Iustel, 2009, 250, nota 38.

26 Art. 39. 3 y 4 CE.

27 ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *o.c.*, 43-54.

28 GARCÍA VILLARDELL, M^a R., *o.c.*, 347.

29 Ya en la década de los sesenta apuntaba en Italia C. COGNETTI dos causas por las que estos conflictos eran escasos en la realidad y más aún en los pronunciamientos judiciales: la mayoría católica de la población y la indiferencia religiosa de la sociedad: *Patria potestà e educazione religiosa dei figli*, Milano: Giuffrè, 1964, 81-82.

e hijos o entre los propios progenitores, consecuencia de los diferentes derechos y bienes jurídicos en juego. Así, los conflictos religiosos entre los progenitores constituyen una colisión en el ejercicio del derechos fundamental de los padres a elegir la educación religiosa de los hijos del art. 2.1.c) LOLR. En los conflictos entre padres e hijos, por el contrario, no existe una colisión de derechos, y el problema jurídico subyacente es diferente según los menores tengan o no capacidad natural para el ejercicio independiente del derecho a la libertad religiosa. Así, si el menor tiene capacidad natural estaríamos ante un supuesto de extralimitación en el ejercicio de la patria potestad; cuando no la tenga, se trataría de una extralimitación en el ejercicio del derecho a la libertad religiosa por los padres. Aunque el objeto central de nuestro estudio son los conflictos entre padres e hijos, es necesario hacer referencia, siquiera somera, a los que surgen entre los padres por ser los únicos sobre los que se han pronunciado nuestros tribunales.

Estos conflictos entre los padres pueden originarse por discrepancia en la educación religiosa de los hijos o en la custodia y el régimen de visitas en situaciones de crisis del matrimonio. Los conflictos sobre la educación religiosa de los hijos no suelen trascender el ámbito familiar y se dan con frecuencia en familias en las que los progenitores tienen diversas creencias, y no tenemos noticias de que alguno haya llegado al Tribunal Supremo³⁰. Acabamos de señalar que el problema jurídico que subyace en estos conflictos era una colisión en el ejercicio del derecho paterno a elegir la educación religiosa del menor, del art. 2.1.c); en su caso, el juez designará el progenitor a quien corresponde la decisión, por tratarse del ejercicio de un derecho fundamental de los progenitores que no puede ser sustituido por una decisión judicial y, además, el art. 156 CC, párrafo 2.º, establece que, en caso de discrepancia, el juez atribuirá sin ulterior recurso la capacidad de decidir a uno de los progenitores y, si los desacuerdos fueran reiterados, podrá atribuir la total o parcialmente a uno de los progenitores, o bien, distribuir entre ellos las funciones inherentes a su ejercicio. La atribución de la custodia a uno de los progenitores supone también la del ejercicio de la patria potestad, tal y como establece el párrafo último del artículo 156 CC, aunque cabe también la atribución conjunta a ambos progenitores. En este sentido, la Comisión Europea ha dictaminado que la elección de la educación de los hijos es una parte integrante del derecho de custodia, y que corresponde al progenitor que la ostenta³¹.

30 No obstante, cada vez es más creciente en los tribunales de instancia la existencia de conflictos en el ejercicio de la patria potestad sobre cuestiones tales como la elección del centro escolar, la asistencia a la catequesis o a la primera comunión, si se le va a bautizar o no: GONZÁLEZ VICENTE, M.ª P., Anotaciones a la situación del menor en los supuestos de crisis del matrimonio, in: RODRÍGUEZ TORRENTE, J., *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, Madrid: Edit. UPCO, 1998, 110-111.

31 Decisión 5608/72, *Collection of Decisions*, 44, 69.

Los conflictos que han llegado a los tribunales son relativos a la atribución de la custodia y el régimen de visitas en situaciones de crisis del matrimonio; normalmente, en casos en los que uno de los progenitores tenía una religión impopular. En el marco del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, la Comisión Europea abordó la cuestión de un padre que reclamaba la custodia de los hijos, entregados a una entidad católica, por estar en contra de la educación católica que recibían al haber abandonado todo tipo de religión. La Comisión estableció en interés del menor, dado que la opción irreligiosa del demandante había sido tomada con posterioridad a la privación de la custodia, la continuidad en la educación religiosa que el niño había tenido³². Este criterio de la continuidad en la educación del menor, ha sido abandonado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia Hoffmann de 1993³³. La señora Hoffmann testigo de Jehová reclamaba la custodia de los hijos alegando discriminación religiosa; el Tribunal le da la razón, sobre la base de que el motivo que llevó al Tribunal Supremo de Austria a conceder la custodia al padre, la protección de la salud de los hijos ante la posibilidad de necesitar una transfusión, no guardaba proporcionalidad con el fin pretendido y los medios empleados, constituyendo una discriminación por motivos religiosos. La doctrina se muestra crítica con la sentencia porque no va al fondo del problema, dando argumentos poco precisos³⁴; también resultó polémica la decisión dentro del propio Tribunal³⁵. En estos conflictos la atribución por el juez de la decisión a uno u otro progenitor se hará siempre teniendo en cuenta el interés del menor concretado, básicamente por lo que hace referencia a estos casos, en la continuidad en la educación, evitando, en todo caso, que la decisión suponga una discriminación por motivos religiosos

32 Decisión sobre la admisibilidad de la solicitud 2648/65, en Yearbook of the European Convention, 11, 354-356, *Apud* MARTÍNEZ TORRÓN, J., Derecho de familia y libertad de conciencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, in: CASTRO JOVER, A. (coord.), Actas del IX Congreso de Derecho Eclesiástico del Estado Derecho de familia y libertad de conciencia..., *o.c.*, 154, nota 43.
33Hoffmann v Austria, 23 de junio de 1993.

34 MARTÍNEZ TORRÓN, J., La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea», in: ADEE, IX (1993), 82, nota 108; MARTÍNEZ TORRÓN, J., Derecho de familia y libertad de conciencia... *o.c.*, 154; SCOVAZZI, T., Libertà di religione e testimoni di Geova secondo due sentenze della Corte Europea dei Diritti dell' Uomo», in: Quaderni di diritto e política eclesiástica (QDPE), 4 (1994) 728-733; NAVARRO-VALLS, R., Matrimonio, familia y libertad religiosa, in: Memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico, (Ciudad de Méjico 21-25 septiembre de 1995), Ciudad de Méjico: Universidad Nacional Autónoma de Méjico, 1996, 213-214; FERRARI, S., Religión, matrimonio y familia, in: IBÁN, Y.C.; FERRARI, S. (coords.), Derecho y religión en Europa Occidental, Madrid: McGraw-Hill, 1998, 61; PUENTE ALCUBILLA, V., Relaciones paterno-filiales y formación de la conciencia del hijo menor no maduro: aspectos conflictivos, in: A. CASTRO JOVER (coord.), Actas del IX Congreso de Derecho Eclesiástico del Estado Derecho de familia y libertad de conciencia..., *o.c.*, 710; MARTÍN SÁNCHEZ, I., Patria potestad y libertad religiosa del menor en la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos, in: Actas del IX Congreso de Derecho Eclesiástico del Estado..., *o.c.*, 594-596.

35 Además, la sentencia fue polémica dentro del propio tribunal, aprobándose por cinco votos contra cuatro. El informe de la Comisión también fue aprobado por un estrecho margen de votos, ocho contra seis.

hacia el progenitor que tenga una religión socialmente no reconocida. Este es el criterio que utiliza nuestro Tribunal Constitucional en la STC 141/2000, que resuelve un caso en que un padre entendía que las restricciones a su derecho de visita se basaban en su pertenencia al Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España y vulneraban su libertad religiosa e ideológica³⁶.

V. CONFLICTOS ENTRE PADRES E HIJOS

Los conflictos religiosos entre padres e hijos atienden, dijimos, a dos principios básicos que permiten delimitar los diferentes derechos en juego: el de autonomía del menor en el ejercicio del derecho y el principio jurídico-constitucional del interés del menor; la prevalencia, en el caso concreto, de uno u otro principio va a estar condicionada por la existencia o no de capacidad natural en el menor para el ejercicio independiente del derecho a la libertad religiosa. En los supuestos en que el menor tiene capacidad natural, podría parecer que estamos ante una colisión entre el derecho a la libertad religiosa de los hijos y el de los padres a elegir la educación religiosa de los sujetos a su potestad, del art. 2.1.c) LOLR, pero, precisamente, del tenor de este precepto se infiere la inexistencia de tal colisión de derechos. La razón es evidente: el derecho a elegir la educación religiosa de los hijos es sólo de aquéllos que están bajo su potestad y, además, carezcan de las condiciones de madurez suficientes para el ejercicio independiente del derecho. Por eso, la doctrina entiende que cuando los padres imponen al menor, contra de su voluntad, una determinada orientación religiosa, estamos ante una extralimitación en el ejercicio de la patria potestad y no de una colisión de derechos. Nosotros creemos también, con la doctrina, que en estos casos hay una extralimitación en el ejercicio de la patria potestad; se trata de una afirmación que debemos explicar, en la medida que parece contradecir la tesis central de este trabajo relativa a que la educación religiosa de los hijos es una manifestación del ejercicio de la libertad religiosa de los padres y no una de las funciones inherentes a la patria potestad. El argumento principal radica en que la patria potestad conlleva funciones en orden a los derechos y libertades fundamentales de los menores sujetos a ella; estas funciones, básicamente, están encaminadas a potenciar la autonomía y el desarrollo de la personalidad del menor mediante la cooperación con ellos en el ejercicio del derecho, que está específicamente reconocida, aunque sólo en relación con el ejercicio de la libertad religiosa, ideológica y de conciencia, en el art. 6.3 LOPJM: «el dere-

³⁶ En particular sobre esta sentencia: RODRIGO LARA, M.^a B., La libertad religiosa y el interés del menor (Comentario a la STC 141/200, de 29 de mayo de 2000), Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado (ADEE), 17 (2001) 409-422.

cho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral». La cooperación está configurada en la LOPJM como un derecho/deber, es decir, como una función inherente a la patria potestad, dirigida a reforzar al menor en el ejercicio de estas libertades, en cuanto medio esencial para el desarrollo de su personalidad. El objeto de la cooperación es orientar al menor en el ejercicio del derecho a la libertad religiosa pero, en modo alguno, sustituir su voluntad, ya que no cabe la representación en los derechos fundamentales. Además, la patria potestad coloca a los titulares en posición de garantes respecto a los sujetos a ella y, dentro de esta posición, les corresponde apreciar la existencia en el menor de capacidad natural para el ejercicio independiente de la libertad religiosa, de modo que en la práctica va a suponer que la autonomía de los menores depende de manera decisiva de los padres.

Admitido que estamos ante un supuesto de extralimitación en el ejercicio de la patria potestad, la doctrina no se muestra unánime sobre la calificación jurídica que deba dársele: para algunos autores se trataría de un abuso del derecho³⁷, para otros de un ilícito³⁸. No obstante, independientemente de la calificación y alcance que se haga, lo más importante es resaltar que supone la violación del derecho de la libertad religiosa del menor y que, en su caso, puede dar lugar a la intervención del Estado, por ejemplo, mediante la privación de la patria potestad. A pesar de que el derecho a la intimidad familiar, consagrado en el art. 18.1 CE, constituye un núcleo de defensa de la familia contra las intromisiones del Estado o de particulares, no impide, en modo alguno, reputar como legítimas las intromisiones estatales encaminadas a la protección y defensa de la persona del menor y sus derechos frente a un posible abuso de los padres³⁹; vendría a ser una consecuencia del reconocimiento y eficacia de los derechos y libertades fundamentales también en el ámbito familiar⁴⁰. En último término, estarían justificadas todas aquellas intromisiones estatales que fueran necesarias para la protección del interés superior del menor en la familia conforme a los artículos 39 CE y 9.2 CE.

37 SERRANO POSTIGO, C., *o.c.*, 825; ARECES PIÑOL, M.^a T., Tutela del menor y libertad religiosa, in: Estudios jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte, t. I, Castellón: Diputació Castelló, 1999, 48.

38 RIVERO HERNÁNDEZ, F., Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos (Comentario de la STC 141/2000, de 29 de mayo), *Derecho privado y Constitución (DPC)*, 14 (2000) 268.

39 COGNETTI, C., *o.c.*, 10; MENGONI, L., La famiglia tra pubblico e privato negli ordinamenti giuridici europei, in: *La famiglia e i suoi diritti nella comunità civile e religiosa. Atti del VI colloquio giuridico* (24-26 aprile), Roma, 1987, 244-245.

40 Sobre la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito privado con carácter general: BILBAO UBILLOS, J. M.^a, La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Madrid: Boletín Oficial del Estado: Centro de Estudios Constitucionales, 1997 *passim*; ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos, 2003, 182-255.

En los conflictos religiosos entre padres e hijos cuando éste no tiene capacidad natural, ya no estamos ante un ejercicio abusivo o ilícito de la patria potestad, sino que el problema jurídico que plantean es el de la extralimitación en el ejercicio paterno del derecho a la libertad religiosa. En concreto, el problema gira en torno a la naturaleza que se predique del derecho reconocido a los padres en el art. 2.1.c) LOLR, que, dijimos, responde al esquema de derecho/libertad, no de derecho/función, y su consecuencia directa es que la finalidad perseguida con su ejercicio es satisfacer intereses propios de los padres y no el interés del menor; éste tendría relevancia en la medida que constituye el orden público en relación con la minoría de edad, y el orden público es uno de los límites de la libertad religiosa, con arreglo al art. 3.1 LOLR. En realidad, carecería de lógica jurídica reconocer un derecho/libertad que no tuviera por finalidad satisfacer los intereses propios de sus titulares.

La jurisprudencia no ha conocido conflictos entre padres e hijos, aunque sí entre progenitores en relación con el régimen de visitas o de guarda y custodia, que indirectamente contienen pronunciamientos al respecto. La STC 141/2000, de 29 de mayo⁴¹, resuelve un conflicto entre los progenitores relativo a discriminaciones religiosas en el régimen de visitas, aunque, entendemos, no plantea adecuadamente los problemas jurídicos subyacentes. El TC realiza afirmaciones acertadas relativas al derecho a la libertad religiosa del menor, y su ejercicio condicionado a la efectiva capacidad, así como a la sujeción de la patria potestad, y demás instituciones de guarda y protección de los menores, al principio de interés del menor, en cuanto principio superior frente al cual ceden otros intereses por muy legítimos que sean: *«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, sin que el ejercicio de los mismos puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos*

41 Esta STC resolvió un recurso de amparo interpuesto por un padre al que una sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia había impuesto determinadas restricciones en el régimen de visitas tras la separación del matrimonio. La demanda de separación interpuesta por la mujer del recurrente había sido motivada por la incorporación de éste al denominado «Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España», lo que había supuesto una dejación de sus obligaciones familiares, presionando a su esposa para que se adhiriera a dicho movimiento y haciendo proselitismo con los hijos del matrimonio (de cinco y doce años), por lo que la esposa solicitaba restricciones al régimen de visitas del marido. El Juzgado de Primera Instancia atribuyó la custodia de los hijos a la esposa y estableció un régimen de visitas a favor del marido con prohibición expresa al padre de hacer partícipe a sus hijos de sus creencias religiosas, así como la asistencia de los menores a cualquier tipo de acto que tuviese relación con aquéllas. Recurrida la sentencia en apelación por la esposa, al considerar insuficiente las restricciones adoptadas, la Audiencia Provincial limitó las visitas. El padre solicitó el amparo por entender que el régimen de visitas violaba su derecho a la libertad religiosa.

estudios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 CC o art. 30 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Así pues, sobre los poderes públicos, y muy especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que, por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el superior del niño»⁴².

No obstante, el TC no plantea de forma acertada los diferentes derechos en juego, que entiende son: la libertad de creencias de los progenitores y su derecho a hacer proselitismo y la libertad religiosa e integridad moral del menor *frente a la libertad de creencias de los progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o, más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el «interés superior» de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE)*⁴³.

Ahora bien, si el menor tiene, como dice el TC, derecho a tener creencias diferentes a las de sus padres, es porque, en buena lógica, tiene capacidad para formarlas de modo independiente y, por tanto, goza de capacidad natural. Por eso, los padres no tienen derecho a elegir la educación religiosa de los hijos y no existe, pues, conflicto de libertades como pretende el TC. Afirma que las creencias de los padres contrarias al libre desarrollo de la personalidad del menor no hacen sino reforzar la libertad religiosa de los hijos; no es correcta esta afirmación porque el ejercicio autónomo de la libertad religiosa por el menor depende exclusivamente de la efectiva existencia en él de capacidad natural; en este caso, lo que actuaría sería el interés del menor como límite del derecho a la libertad religiosa de los padres. Además, el TC confunde el hacer proselitismo, que también aparece como contenido del derecho individual a la libertad religiosa en el art. 2.1.c), con otras manifestaciones de dicho contenido: el derecho de los padres a elegir la educación religiosa de los hijos, que no es exactamente lo mismo. Por otro lado, el TC entiende el interés del menor como un criterio de ponderación entre los derechos fundamentales en colisión, cuando realmente es uno de los límites del derecho de los padres a la libertad religiosa.

42 FJ5.º

43 *Id.*

Esta consideración del interés del menor como límite a la libertad religiosa de los padres, y en concreto a hacer proselitismo respecto a los hijos, aparece con la Sentencia del Tribunal de Menores de Génova de 9 de febrero de 1959, un caso emblemático en la jurisprudencia europea. Se trataba de una menor de diecisiete años, bautizada católica, convertida al judaísmo a los nueve años tras haber sido legitimada por el matrimonio de su madre con un judío. Maltratada por su padrastro, marchó de su casa y fue ingresada en un centro católico. El padre reclamó su devolución, o en su caso el ingreso en un instituto israelí, alegando que la niña había sido educada en la religión judía y esa religión era la de toda la familia. La menor aducía que era católica y que estaba bautizada en esta religión. El Tribunal reconoció el ejercicio del derecho a la libertad religiosa por el menor con suficiente grado de madurez y, por tanto, antes de la mayoría de edad⁴⁴, y desestimó la demanda sobre la base del interés del menor y de la consideración de que aunque al padre correspondía: «la facultad de guiar al hijo hacia la fe religiosa que estime más oportuna, sin embargo, la elección de la propia religión es una cuestión tan delicada y personal que nadie puede ni debe constreñir para influir o modificarla. Ni siquiera a los padres está permitido usar medios coercitivos para inducir a los hijos a practicar o seguir una fe religiosa no querida por ellos. Podrán emplear medios de persuasión y de convicción, pero el uso de la violencia física o moral no está permitido. Ello daría lugar a un exceso de poder y no tendría ninguna justificación en la hipótesis en que el menor haya elegido libremente, con pleno conocimiento, una religión que no es contraria a la moral y a las buenas costumbres».

En efecto, de la jurisprudencia se puede inferir un concepto de interés del menor, que actuaría como límite al derecho de los padres a la libertad religiosa, y que vendría a consistir en que la educación religiosa que recibe debe quedar al margen de cualquier idea de adoctrinamiento; adoctrinamiento que la jurisprudencia viene a entender como el empleo de violencia física o moral que pudiera menoscabar su integridad moral y el libre desarrollo de su personalidad, teniendo en cuenta que, en todo caso, con arreglo a la Constitución y los textos legales corresponde el protagonismo al menor.

En la práctica son, relativamente frecuentes, ciertos conflictos religiosos entre padres e hijos como el cambio de religión o adscripción a una secta. En nuestro país, sabemos, no existen resoluciones judiciales en esta materia pero sí en el Derecho comparado, fundamentalmente, en el francés donde la jurisprudencia y la doctrina han entendido tradicionalmente que la elección de la

⁴⁴ Este criterio es mantenido por la mayoría de la doctrina italiana: JEMOLO, A. C., *Lezioni di diritto ecclesiastico*, 5ª ed., Milano: Giuffrè, 1979, 178; COGNETTI, C. *o.c.*, 97; FEDELE, P., *La libertà religiosa*, Milano: Giuffrè, 1963, 232-233; IANNI, P., *Potestà dei genitori e libertà dei figli*, in: *Il diritto di famiglia e delle persone*, (1977) 881-883.

religión de los hijos era una facultad inherente a la patria potestad. El primero de los supuestos es el resuelto por la Sentencia del Tribunal de Grande Instance de Versalles de 24 de septiembre de 1962⁴⁵: una menor de dieciséis años bautizada en la religión católica, que era originariamente la de sus padres, quienes, cuando ella contaba con ocho años, se convirtieron a la Iglesia reformada. La menor solicitó y salió del hogar familiar, siendo ingresada en un internado católico, en el que conservó su religión. Los padres alegaron que la religión que el hijo tiene de sus progenitores es un elemento de su estado civil y, en consecuencia, la práctica de la religión protestante adoptada por ellos debía ser impuesta a la hija. Se desestima la pretensión de los padres en razón del interés del menor: «Considerando que la patria potestad no es un derecho absoluto, discrecional, sino que debe ejercerse en primer lugar en interés del hijo teniendo por finalidad asegurar el desarrollo armonioso de su personalidad; que ningún atributo esencial de la personalidad del hijo escapa en caso de conflicto al control del juez, competente para apreciar cuál es el interés del menor, [...] que la menor ha vivido en el hogar paterno bajo un régimen de presión moral de autoritarismo y de severidad excesiva, fuente de conflictos intrapsíquicos; que de diversos exámenes médico-psicológicos resulta que A. G. ha sufrido al vivir en ese clima familiar violentamente constrictivo y que ha sido víctima de frustraciones repetidas». Otro supuesto más reciente es el resuelto por la Sentencia de la Corte de Casación de 11 de junio de 1991⁴⁶, en la que se trataba de determinar si una menor de edad podía cambiar de religión sin el consentimiento de sus padres⁴⁷. La sentencia consideró que la menor debía esperar a la mayoría de edad para cambiar de religión al ser la elección de la religión del hijo una facultad inherente a la patria potestad⁴⁸. En nuestro ordenamiento, el menor con capacidad natural, al poder ejercitar autónomamente el derecho a la libertad religiosa, y dado que conforme al artículo 2.2 LOLR uno de los contenidos del derecho a la libertad religiosa es el cambiar de religión, podrá cambiar de religión sin necesidad del consentimiento paterno.

En cuanto a la cuestión del menor que se adscribe a una secta abandonando el domicilio familiar, una de las dificultades que a priori se presentan

45 Puede verse en Dalloz, 1963, 3.ème cahier, 52, con crítica de CARBONNIER.

46 *Apud* RIVERO HERNÁNDEZ, F., *o.c.*, 168.

47 La esposa demanda a su marido porque la hija en común, Catherine, menor de edad, católica como sus padres, pretendía recibir el bautismo de los testigos de Jehová con la aprobación de su padre, a lo que la madre se oponía. La hija manifestó ante el juez de tutelas que se trataba de una opción personal.

48 En Francia la doctrina está dividida. Los civilistas consideran que la elección de la religión es una facultad de los titulares de la patria potestad; por todos: HAUSER, J.; HUET-WEILLER, D., *Traité de Droit Civil. La familia. Fondation et vie de la familia*, 2.ª ed., Paris: Dalloz, 1993, 846.

es que no es fácil la formulación de un concepto de secta⁴⁹, pero, a efectos prácticos, aquí nos interesa las denominadas «sectas destructivas»⁵⁰; debiéndose evitar discriminaciones a iglesias socialmente no reconocidas pero que no pueden calificarse, en modo alguno, de tales. La cuestión es si el menor en el ejercicio de la libertad religiosa puede adscribirse a una secta destructiva. Según Llamazares, la clave está en la existencia o no de despersonalización⁵¹, y si la adscripción al grupo ha sido o no voluntaria. El menor que, con las necesarias condiciones de madurez, se adscribe de forma voluntaria al grupo debe de ser tratado como si fuera mayor⁵². Resulta evidente que el menor, dada su escasa experiencia vital, es más vulnerable a la captación por una secta, pero, como señala López Alarcón: «los padres solamente pueden cooperar para impedir la captación y, posteriormente, para procurar la salida de la secta»⁵³. Es claro que en este caso las condiciones de entender y querer, inherentes a la capacidad natural, deben de ser más intensas. Existen importantes problemas jurídicos que plantea la salida del menor de la secta cuando no es voluntaria sino forzada por la intervención de los padres mediante técnicas de desprogramación, técnicas basadas en medios violentos. La doctrina se muestra contraria a la legalidad de estas técnicas porque constituiría una auténtica lesión del derecho a la libertad religiosa del menor⁵⁴.

Miguel Ángel Asensio Sánchez

Profesor Titular Derecho Eclesiástico. Universidad de Málaga

49 LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., Sectas y derecho fundamental de libertad de conciencia, Aspectos sociojurídicos de las sectas desde una perspectiva comparada, in: The Oñati International Institute for the Sociology of Law, Oñati, 1991, 132-133; MOTILLA, A., Sectas y Derecho en España, Madrid: EDESA, 1990, 39-41.

50 El «Dictamen aprobado y propuesto de resolución que la Comisión de estudio y repercusiones de las sectas en España eleva al pleno del Congreso de los Diputados el día 2 de marzo de 1989», en el que se definen las sectas destructivas como aquellos grupos que presentan indicios de actuaciones ilegales, cuya principal peligrosidad social se centra en la destrucción del equilibrio y la autonomía del sujeto adepto, la destrucción de sus lazos afectivos y familiares y la destrucción de su relación libre y creativa con su entorno social y laboral, en Aspectos sociojurídicos de las sectas..., op.cit., Anexo 1, 416.

51 o.c., 133-141.

52 Existe una resistencia sobre la adscripción de menores a estos grupos: El Parlamento Europeo, en la Resolución de 22 de mayo de 1984 «sobre una acción común de los Estados miembros de la Comunidad Europea en torno a diversas violaciones de la ley cometidas por nuevas organizaciones que actúan bajo la cobertura de la libertad religiosa», *Apud* MOTILLA, A., o.c., 225; REDONDO ANDRES, M.^a J., la libertad religiosa del menor, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado (ADEE), 20 (2004) 141.

53 TAMARIT SUMALLA, J. M., Las sectas y los nuevos movimientos religiosos. Problemas de su tratamiento jurídico: ¿reconocimiento o prohibición?, *Ius Canonicum*, (IC), 37 (1997) 485.

54 MOTILLA, A., o.c., 186-187; TAMARIT SUMALLA, J. M., o.c., 291-297. PUENTE ALCUBILLA, V., considera que dichas técnicas de desprogramación estarían tipificadas en el artículo 522 del Código Penal (cf. Minoría de edad, Religión y Derecho, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, 343-344).