

# LA LIBERTAD DE CREENCIAS Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

BEATRIZ SOUTO GALVÁN

*Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado  
Universidad de Alicante*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL DERECHO DE LOS PADRES A EDUCAR A SUS HIJOS DE CONFORMIDAD CON SUS PROPIAS CONVICCIONES Y LA LIBERTAD DE CREENCIAS DE LOS MENORES DE EDAD. 1. El art. 27.3 de la Constitución española de 1978. 2. El derecho de los padres a elegir la educación moral o religiosa para sus hijos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 3. La libertad de creencias de los menores de edad. III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA PRAXIS JUDICIAL ESPAÑOLA: SUPUESTOS DE DISCREPANCIA ENTRE LOS PROGENITORES EN LA ELECCIÓN DE LA FORMACIÓN MORAL Y/O RELIGIOSA DE LOS HIJOS/AS. 1. El interés superior del menor. 2. La praxis judicial española. 2.1. *Privación de patria potestad, custodia o restricción de régimen de visita por motivos de religión o creencias*. 2.2. *Supuestos de discrepancia entre los progenitores en la elección de la formación religiosa del menor*. IV. CONSIDERACIONES FINALES.

## **Palabras clave**

*Libertad religiosa; Interés superior del menor; Formación religiosa.*

## **Resumen**

*En este trabajo se aborda el estudio de los conflictos derivados de la falta de acuerdo de los progenitores en la elección del tipo de formación religiosa que quieren para sus hijos/as. Para ello es necesario detenerse, en primer lugar, en el estudio del contenido y alcance del derecho de los padres a educar a sus hijos/as de conformidad con sus propias convicciones —art. 27.3 CE—, para después examinar sus posibilidades de ejercicio en las disputas indicadas, teniendo en cuenta, como no podía ser de otro modo, el derecho a la libertad religiosa de los menores de edad en conexión con la protección de su interés superior. Por último, se analiza la praxis judicial española con la intención de plantear propuestas que permitan avanzar en la salvaguarda de los derechos de los menores en un ámbito en el que la interpretación judicial se muestra todavía alejada de los estándares de protección garantizados por la Convención sobre los Derechos del Niño. Estas carencias, sin embargo, parecen haber sido resueltas en el ámbito legislativo mediante la reforma de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor —2015— que acoge los criterios establecidos por la ONU en la interpretación del interés superior del menor y, sobre todo, del derecho del menor a ser escuchado en cualquier asunto que le afecte.*

## I. INTRODUCCIÓN

El art. 156 del Código Civil determina que, en caso de desacuerdo, cualquiera de los dos progenitores podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir a uno de ellos.

En noviembre de 2014 un juzgado de primera instancia de Sevilla adoptó una decisión<sup>1</sup>, en un conflicto derivado del ejercicio de la patria potestad, que adquirió un repentino interés mediático, al resolver atribuir la facultad de decidir a uno de los progenitores, en oposición del otro, que un menor de 8 años asistiera a la catequesis para la preparación de la Primera Comunión.

La decisión judicial se adopta aparentemente tomando en consideración el interés superior del menor. Partiendo de esta premisa, se invoca a su vez el derecho de los padres, derivado del propio deber de educar y formar a sus hijos, de establecer las directrices en las que se ha de desenvolver el hijo para la adquisición de un conjunto de valores y aptitudes —especialmente en las primeras etapas educativas del menor— que serán esenciales para el futuro desarrollo profesional del mismo y para enfrentarse con aquellas cuestiones que puedan surgir a lo largo de la vida del hijo menor.

En este caso no existe acuerdo de los progenitores sobre la recepción de las clases preparatorias de la Primera Comunión. El padre argumenta que dicha decisión responde a un acuerdo previo a la formación de la familia, con anterioridad a la celebración del matrimonio, razón por la que los progenitores contrajeron matrimonio canónico y el menor fue bautizado en la fe católica. La madre, sin embargo, sostiene que son los padres los que pueden transmitir su fe al menor y educarlo en libertad, operando el derecho a decidir cuando éste alcance una mayor edad y discernimiento, evitando así su exposición a situaciones de crisis emocionales o de estrés excesivo.

Tanto el Ministerio Fiscal como la Jueza que resolvió este caso consideraron que debía atribuirse la facultad de decidir al padre porque no quedaba justificado el cambio de actitud en la madre en relación con la formación religiosa de su hijo —*no pudiendo actuar ahora en contra de actos libremente asumidos en su día*—, ni que la catequesis pudiera suponer ningún perjuicio para el menor. Se argumenta que los progenitores se casaron por la Iglesia, el menor había sido bautizado y la madre había instado al padre para que inscribiera al hijo en un colegio de ideario católico, alegando que los valores humanos, morales y religiosos que propugnaban en el centro eran los más idóneos para su hijo. Deja también constancia la madre en escrito dirigido al padre en septiembre de 2013, de que «en los cuatro años de escolarización en el colegio, X (el hijo) ha recibido una sólida

<sup>1</sup> Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Sevilla, de 10 de noviembre de 2014.

formación católica de acuerdo con su edad, formación que se ha visto reforzada en casa por mí y por su extensa familia materna».

Esta no es, sin embargo, la primera decisión que se adopta en este sentido en el ámbito judicial español. Cada vez es más común que en los procesos de separación o divorcio o, en un momento posterior, uno de los progenitores solicite que se le reconozca la posibilidad de educar a su hijo/a en la religión que él o ella profesa —generalmente la católica— o, directamente la asistencia a los cursos de preparación para la celebración de la primera comunión, y el otro muestra su desconformidad ante esta elección.

Se trata, por tanto, de analizar qué soluciones resultan más adecuadas en los conflictos derivados de la libertad de elección de la formación religiosa de los hijos e hijas. Para ello, es necesario detenerse, en primer lugar, en el derecho de los padres a educar a sus hijos/as de conformidad con sus propias convicciones —art. 27.3—, para después examinar su alcance mediante el estudio del derecho a la libertad religiosa de los menores de edad en conexión con el interés superior del niño/a.

De los criterios que se desprenden de los derechos y/o principios enunciados se pueden extraer algunas conclusiones y, sobre todo, plantear algunas propuestas que permitan unificar la respuesta judicial a este tipo de conflictos.

## II. EL DERECHO DE LOS PADRES A EDUCAR A SUS HIJOS DE CONFORMIDAD CON SUS PROPIAS CONVICCIONES Y LA LIBERTAD DE CREENCIAS DE LOS MENORES DE EDAD

### 1. El art. 27.3 de la Constitución española de 1978

La Constitución española garantiza expresamente «*el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*» —art. 27.3 CE—<sup>2</sup>.

El derecho del art. 27.3 CE ha de ponerse en conexión con el art. 16 de la misma norma fundamental, que garantiza la libertad ideológica y religiosa de los individuos y las comunidades. En el contexto de los derechos-deberes que derivan de la patria potestad, el Estado reconoce a los padres la facultad de elegir para sus hijos/as la formación religiosa o ideológica que estimen adecuada en función de sus propias convicciones. Se observa en este derecho, en consecuencia, una dimensión positiva, basada en la transmisión de las propias convicciones<sup>3</sup> y una negativa, que trata de evitar interferencias en un ámbito vedado, en principio, tanto a terceros como a los propios poderes públicos.

<sup>2</sup> Sobre el derecho garantizado en el art. 27.3 CE véase B. SOUTO GALVÁN, *Educación y creencias. Nuevas y viejas querellas sobre cuestiones educativas*, Dykinson, Madrid, 2012.

<sup>3</sup> Vid. Caso *Vojnity contra Hungría*. STEDH de 12 de febrero de 2013.

La dimensión positiva del derecho se refiere —en interpretación del Tribunal Supremo— al mundo de las creencias y de los modelos de conducta individual que, con independencia del deber de respetar esa moral común subyacente en los derechos fundamentales, cada persona es libre de elegir para sí y de transmitir a sus hijos<sup>4</sup>.

Pese a algunas reticencias doctrinales y jurisprudenciales, parece existir una tendencia más o menos generalizada a interpretar que *el mundo de las creencias y los modelos de conducta individual* al que se refiere el Tribunal Supremo incluye no sólo las creencias religiosas sino también cualquier creencia basada en convicciones ideológicas, filosóficas, etc. En principio, esta conclusión resulta coherente si tenemos en cuenta que se trata de una manifestación propia de la libertad ideológica y religiosa —la libertad de creencias— garantizada en el art. 16 de la CE. Si entendemos que los padres, en el ejercicio de su derecho a la libertad de creencias, tienen la facultad de transmitir sus convicciones a sus hijos/as y que esta opción sea respetada por los poderes públicos, es lógico considerar que esta libertad permite escoger para sus hijos el tipo de educación que se ajuste más a su cosmovisión personal.

La respuesta, sin embargo, no es tan sencilla dado que esta libertad de los progenitores necesariamente ha de contemplarse en conexión con otros derechos y libertades cuya titularidad plena corresponde precisamente a los menores que están bajo su tutela: el derecho a la educación y la libertad de creencias. Los titulares de la patria potestad deben dispensar a sus hijos una protección que incluye la guía en ejercicio de los derechos fundamentales respetando su desarrollo integral y teniendo en cuenta siempre el «*interés superior del menor*»<sup>5</sup>.

Los problemas que se han generado en relación a su alcance se refieren sobre todo a si este derecho incorpora la facultad de los padres de elegir el tipo de educación para sus hijos en un sentido más amplio que el formulado en el 27.3 CE, cuestión que ya se había planteado en el proceso de elaboración de la Constitución<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> STS de 11 de febrero de 2009, FJ 6.

<sup>5</sup> Respeto a la problemática relativa a la titularidad del derecho garantizado en el art. 27.3 CE, R. García Vilardell destaca, con gran acierto, la existencia de tres corrientes en la doctrina española: la primera afirma que se trata de un auténtico derecho de los padres; la segunda atribuye el derecho a los hijos, justificando el ejercicio de éste por parte de los padres en representación de los menores que todavía no han alcanzado la capacidad suficiente para ejercerlos directamente; la última sostiene que posee naturaleza mixta: se trata de un derecho-deber, de modo que en su dimensión de derecho se ejercería frente al Estado, y nunca frente a los hijos, respeto de los cuales se trataría de un auténtico deber (M.R. GARCÍA VILARDELL, «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», *REDC*, vol. 66, núm. 166, enero-junio, 2009, pp. 346-347).

<sup>6</sup> S. Muñoz defendió la necesidad de ampliar el alcance del precepto, incluyendo no sólo las convicciones religiosas y morales sino también las filosóficas o, incluso, pedagógicas (A.I. RIBES SURIOL, «Reflexiones sobre el art. 27.3 de la Constitución: perspectiva de futuro», *www.tirantonline.com*, 2005, p. 5)

En este sentido, se ha sostenido, por ejemplo, que el sistema de escolarización oficial obligatoria vulnera el art. 27.3 CE, al impedir a los padres, entre otras, la posibilidad de ejercer la opción educativa del homeschooling, por motivos de orden pedagógico. Derecho, por otra parte, expresamente garantizado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su art. 14.3:

*«Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto de los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas».*

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse no hace mucho sobre esta cuestión<sup>7</sup>. En primer lugar, niega que el derecho de los padres a elegir *el tipo de educación* para sus hijos se halle incorporado en alguna de las libertades reconocidas en el art. 27 CE. En este sentido, afirma que en lo que respecta a la determinación por los padres del tipo de educación que habrán de recibir sus hijos, este derecho constitucional se limita al reconocimiento de una libertad de los padres para elegir el centro docente y al derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones<sup>8</sup>. Y, matiza además —incurriendo, desde mi punto de vista, en una argumentación bastante contradictoria, puesto que las convicciones personales pueden afectar a cualquier ámbito, incluyendo el pedagógico—, que incluso aunque la decisión de no escolarizar a los hijos propios no se basara en motivos de orden pedagógico sino en razones de orden moral o religioso, y por ello encontrara acomodo en el art. 27.3, la imposición del deber de escolarización de los niños entre las edades que establece la ley constituye un límite incorporado por el legislador que resulta constitucionalmente viable<sup>9</sup>:

*«La educación a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea propia no se contrae a un proceso de mera transmisión de conocimientos, sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros. Este objetivo, complejo y plural, es el que, conforme al art. 27.2 CE, ha de perseguir el legislador y el resto de los poderes públicos a la hora de configurar el sistema de enseñanza dirigido a garantizar el derecho de todos a la educación, y el mandato de su consecución es el principio constitucional al que sirve la imposición normativa del deber de escolarización en el marco de la enseñanza básica obligatoria»<sup>10</sup>.*

<sup>7</sup> STC 133/2010, de 2 de diciembre.

<sup>8</sup> *Ibidem*, FJ 4.º.

<sup>9</sup> *Ibid.*, FJ 7.º.

<sup>10</sup> *Ibid.*, FJ 7.º.

Para fundamentar la constitucionalidad de la escolarización oficial, el Tribunal Constitucional concluye afirmando que el mandato que la Constitución impone a los poderes públicos en el art. 27.2 constituye el contenido del derecho a la educación reconocido en el art. 27.1 y que éste se satisface más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran, lejos de tener lugar de manera puramente ocasional y fragmentaria, forma parte de la experiencia cotidiana que facilita la escolarización<sup>11</sup>. Cabe, por tanto, desde este punto de vista, que comparto plenamente, restringir el derecho del art. 27.3 CE en aras de proteger el derecho de los hijos a una educación democrática en libertad.

Nuestra norma constitucional atribuye, por tanto, a los padres la posibilidad de formar a sus hijos en las convicciones por ellos elegidas, siempre que no contradigan los principios derivados del sistema democrático ni, por supuesto, los derechos y libertades fundamentales de quienes se hallan bajo la patria potestad de los mismos. Las convicciones ideológicas en las que los padres decidan formar a sus hijos deben respetar, como decíamos, el mínimo ético constitucional y no lesionar, de ningún modo, el derecho a la educación del menor ni su libertad de creencias.

## 2. El derecho de los padres a elegir la educación moral o religiosa para sus hijos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El artículo segundo del Protocolo Adicional Primero del Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone:

*«A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas».*

El objetivo de este precepto, según se desprende de los trabajos preparatorios era proteger al individuo contra las interferencias del Estado. En este sentido, el Juez Terje Wold manifestó en una Sentencia de 1968 que

*«Europa, en el momento en que se adoptó el Convenio, acababa de pasar años de supresión de la libertad de aquellos pueblos donde los Gobiernos emplearon todo tipo de medios y presiones para masificar a la juventud, especialmente a través de las escuelas y organizaciones juveniles. Era, por tanto, una finalidad importante del Convenio que esto no se repitiese y que el derecho de educación fuese protegido. En los trabajos preparatorios se pone frecuentemente el acento en este aspecto»<sup>12</sup>.*

<sup>11</sup> *Ibid.*, FJ 8.º.

<sup>12</sup> STEDH 1968/3, de 23 de julio. Opinión parcialmente disidente del Juez Terje Wold.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha contribuido notablemente a la delimitación del contenido y alcance del derecho de los padres a educar a sus hijos de conformidad a sus propias convicciones, mediante la sistematización de una serie de criterios que deberían ser tenidos en cuenta en la interpretación del derecho garantizado en el art. 27.3 de la CE<sup>13</sup>:

- a) Es sobre el derecho fundamental a la instrucción sobre el que se asienta el derecho de los padres al respeto de sus convicciones filosóficas y religiosas.

En relación con la *titularidad del derecho*, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos se desprende que si bien corresponde a los padres o tutores, este derecho se enmarca en el deber de «asegurar la educación y enseñanza» de sus hijos/as. En este sentido se concibe como un derecho que corresponde a una responsabilidad estrechamente vinculada al goce y ejercicio del derecho a la instrucción de los menores<sup>14</sup>. Esta afirmación se completa alegando la conexión de estos derechos con el respeto a la vida privada y familiar, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y la libertad de recibir o comunicar informaciones e ideas *de los padres y de los hijos*<sup>15</sup>.

La posición del TEDH a este respecto coincide plenamente con la que sostienen algunos autores en el seno de la doctrina española. El problema que plantea la determinación de la titularidad del derecho a elegir la educación moral, religiosa o filosófica de los hijos e hijas, que evidentemente corresponde a quienes ejercen la patria potestad de los menores, es precisamente el hecho de que esos mismos menores son titulares del derecho a la libertad de creencias. Por eso, más que ostentar la titularidad de un derecho implica la asunción de un deber de protección de los padres en relación con el ejercicio del derecho a la educación y de la libertad de creencias de sus hijos.

El TEDH, en consonancia con la finalidad perseguida por el art. 2 del Protocolo 1 en el sentido señalado anteriormente, tiende a interpretar este derecho como medio de protección frente a injerencias estatales, a través del sistema educativo, en el mundo de las convicciones personales de los menores. Y, lógicamente, se atribuye a aquellos que ejercen la patria potestad la obligación de proteger a los mismos frente a cualquier tipo de intromisión en sus convicciones que implique adoctrinamiento religioso, ideológico, filosófico, etc. En definitiva, parece razonable entender que el art. dos del Protocolo 1 contiene un

---

<sup>13</sup> Los principios generales enunciados por el TEDH se desprenden fundamentalmente de las Sentencias *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca* (TEDH 1976/5); *Campbell y Cosans contra Reino Unido* (TEDH 1982/1); *Valsamis contra Grecia* (TEDH 1996, 70) y *Folgero y otros contra Noruega* (TEDH 2007/53).

<sup>14</sup> Caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca* (STEDH 1976/5, de 7 de diciembre, ap. 52).

<sup>15</sup> *Ibidem*.

derecho-deber: se trataría de un derecho de los padres frente al Estado, que les permite vedar el adoctrinamiento, y un deber en relación con los menores<sup>16</sup>.

Precisamente en relación con los *límites* de esta libertad, el TEDH ha sostenido que el derecho a la educación, la libertad de creencias, el derecho al respeto de la vida privada y familiar y el espíritu general del Convenio Europeo de Derechos Humanos, destinado a proteger y promover los valores de una sociedad democrática vedan al Estado la posibilidad de adoctrinar en el ámbito educativo pero también suponen un límite para los padres, que en cuanto garantes del derecho a la educación y la libertad de creencias de sus hijos, deben permitir que éstos reciban la información y enseñanza necesaria no sólo para alcanzar un determinado nivel de conocimiento sino también para alcanzar el objetivo de la educación, esto es, «*el desarrollo y la formación del carácter y el espíritu de los alumnos, así como su autonomía personal*»<sup>17</sup>.

En este sentido, el TEDH se ha mostrado conforme con las decisiones gubernamentales que imponen la escolarización obligatoria en el marco del sistema educativo oficial. Y ello, precisamente, porque considera que la finalidad de la institución educativa no consiste exclusivamente en la adquisición de conocimientos. La educación como primera experiencia integradora del infante es la finalidad primordial de todo el sistema educativo. Y, en el mismo sentido apuntado por nuestro Tribunal Constitucional, sostiene que este objetivo integrador en sociedad no puede lograrse de igual modo a través de la educación en el hogar<sup>18</sup>.

De las anteriores manifestaciones puede concluirse que el TEDH coincide en su interpretación de los límites del derecho garantizado en el art. 2 con la previsión establecida por el art. 27.2 de la CE, que como veíamos, introduce como objetivo educativo nuclear «*el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales*».

- b) La finalidad de este precepto no descansa exclusivamente en garantizar la libertad de enseñanza, sino también, y sobre todo, en asegurar en la enseñanza pública el respeto de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. La segunda frase del art. 2 tiende, en suma, a proteger la posibilidad de un pluralismo educativo, esencial en la preservación de la «*sociedad democrática*». La escuela no debería ser el escenario de actividades misioneras o prédica; debería ser un lugar de encuentro de distintas religiones y convicciones filosóficas, donde los alumnos pueden adquirir conocimientos sobre sus respectivos pensamientos y tradiciones.

<sup>16</sup> R. GARCÍA VILARDELL, «La libertad de creencias del menor y las potestades educativas paternas...», *cit.*, p. 351.

<sup>17</sup> Caso *Hasan y Eylem Zengin contra Turquía* (STEDH 2001/63, de 9 de octubre, ap. 55).

<sup>18</sup> Caso *Konrad y otros contra Alemania* (STEDH de 11 de septiembre de 2006).

La segunda frase del art. 2 implica que el Estado, al cumplir las funciones en materia de educación y de enseñanza, vela para que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa de estudios sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista. Se prohíbe, por tanto, al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada no respetuosa con las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Éste es el límite que no se ha de sobrepasar.

Respecto al *contenido* garantizado por este derecho, por tanto, de la jurisprudencia del TEDH se puede afirmar que impone un deber de respeto al Estado de las convicciones de los padres y de los menores, tanto «religiosas como filosóficas»<sup>19</sup>, en el conjunto del programa de la enseñanza pública. Deber que ha de ser interpretado de forma amplia, incluyendo el contenido de la instrucción y la manera de dispensarla, así como en el conjunto de funciones que asume el Estado.

- c) El respeto de las convicciones religiosas de los padres y de las creencias de los hijos implica el derecho a creer en una religión o a no creer en ninguna. Tanto la libertad de creer como la libertad de no creer están protegidas por el art. 9 del Convenio. El deber de neutralidad e imparcialidad del Estado es incompatible con cualquier facultad de apreciación por parte de éste en cuanto a la legitimidad de las convicciones o sus modalidades de expresión.

El término «*convicciones*» —señala el TEDH— debe ser interpretado en conexión con el art. 9 del CEDH, que garantiza la libertad de pensamiento, de conciencia y religión. No es sinónimo de «opinión e ideas» sino que se aplicaría a las opiniones que alcanzan cierto grado de fuerza, seriedad, coherencia e importancia<sup>20</sup>.

Sobre las «*convicciones religiosas*», el Tribunal ha señalado que el respeto a las mismas implica el derecho a creer en una religión o a no creer en ninguna. Tanto la libertad de creer como la libertad de no creer —libertad negativa— están protegidas por el art. 9 del CEDH, que garantiza la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y, en consecuencia, por el art. 2 del Protocolo núm. 1, en evidente conexión con el anterior<sup>21</sup>.

En el caso *Campbell y Cosans contra Reino Unido*, el TEDH tuvo ocasión de pronunciarse sobre el sentido de la expresión «*convicciones filosóficas*» y su alcance en relación con la protección del derecho garantizado en el art. 2 del Protocolo núm. 1. Se trataba de determinar si la expulsión temporal del hijo de una de las demandantes por su oposición y la de sus padres a sufrir castigos corporales suponía una violación del derecho a educar

<sup>19</sup> *Ibid.*, ap. 51.

<sup>20</sup> Caso *Ejstratiou contra Grecia* (STEDH 1996/71, de 18 de diciembre, ap. 26).

<sup>21</sup> Caso *Lautsi contra Italia* (STEDH 2009/115, de 3 de noviembre de 2009, ap. 47).

a sus hijos conforme a sus propias convicciones. Es decir, si la opinión de los padres sobre los castigos corporales como medida disciplinaria a aplicar en los centros docentes públicos tenía acogida en la expresión «*convicciones filosóficas*». En opinión del Tribunal esta expresión se refiere a las convicciones merecedoras de respeto en una sociedad democrática, que no son incompatibles con la dignidad humana y, además, no se oponen al derecho fundamental del niño a la instrucción<sup>22</sup>. Y, en el caso concreto que se enjuiciaba, estimó que las opiniones de los demandantes versaban sobre un aspecto serio e importante de la vida y de la conducta del ser humano: «*la integridad de la persona, la legalidad o ilegalidad de la imposición de sanciones corporales y la supresión de la angustia que produce el peligro de un trato así*». Se trata, en definitiva, concluye el Tribunal, de convicciones filosóficas que poseen el grado de fuerza, seriedad, coherencia e importancia requeridas para estimar su inclusión en el derecho que analizamos<sup>23</sup>.

### 3. La libertad de creencias de los menores de edad

Por la especial relevancia que ha adquirido en la protección de los derechos de los menores de edad, es necesario mencionar, en primer lugar, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que en su art. 14 establece:

*«Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión. 2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades. 3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás».*

En el ámbito interno, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, garantiza a los menores el disfrute de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social —art. 3—. Y, en un sentido similar al de la Convención, en su art. sexto proclama:

*«1. El menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión. 2. El ejercicio de los derechos dimanantes de esta libertad tiene únicamente las limitaciones prescritas por la Ley y el respeto*

<sup>22</sup> Caso *Campbell y Cosans contra Reino Unido* (STEDH 1982/1, de 25 de febrero, ap. 36).

<sup>23</sup> *Ibidem*.

*de los derechos y libertades fundamentales de los demás. 3. Los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral.*

A tenor de la normativa expuesta se puede afirmar que, en el ámbito legislativo, no hay duda sobre el reconocimiento a los menores de edad de la titularidad de los derechos fundamentales<sup>24</sup>, teniendo en cuenta, no obstante, que la adquisición progresiva de facultades para ejercerlos plenamente requiere la intervención de los padres o tutores. Su misión consiste en cooperar o guiar al niño en el ejercicio de sus derechos fundamentales conforme a la evolución de sus facultades, contribuyendo, en todo caso, a su desarrollo integral.

El ejercicio de los derechos fundamentales por parte de menores de edad no va a depender, por tanto, de la adquisición de la capacidad de obrar sino de la posesión de suficientes condiciones de madurez para ejercitar dichos derechos por sí mismos<sup>25</sup>. Conectándolo con los límites impuestos al derecho de los progenitores a elegir la educación religiosa de sus hijos, se puede afirmar que una vez que el menor alcance suficiente grado de madurez o discernimiento, es decir, capacidad para entender y querer el significado del acto que va a realizar, los padres ya no pueden decidir en su lugar.

La determinación del criterio de la madurez plantea también ciertos interrogantes. Algunos autores sostienen que el menor sólo adquiere madurez cuando puede tomar decisiones por sí mismo como si fuera mayor de edad. Otros, por el contrario, desde un enfoque que, desde mi punto de vista, resulta mucho más coherente, plantean que lo adecuado es entender que su adquisición depende del momento en el que el individuo puede decidir por sí mismo libremente con las características propias de la minoría de edad<sup>26</sup>.

El ejercicio de los derechos fundamentales —o, en todo caso, parte de su contenido— puede realizarse, en consecuencia, o por los propios menores o, en el supuesto de no haber adquirido suficiente madurez, por parte de terceros, generalmente quienes ostentan la patria potestad. En este último caso, no obstante, el criterio fundamental para adoptar cualquier decisión en representación del menor es la protección de su interés superior.

---

<sup>24</sup> También reconocido desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en especial, *vid.* STC 141/2000, de 29 de mayo.

<sup>25</sup> M.J. SANTOS MORÓN, «Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002 de 18 de julio», *Diario La Ley*, núm. 5675, pp. 1-16, p. 7.

<sup>26</sup> B. ALÁEZ CORRAL, «El ejercicio de los derechos fundamentales de los menores de edad», *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 20, Nueva época, 2007, pp. 179-210, p. 201.

### III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA PRAXIS JUDICIAL ESPAÑOLA: SUPUESTOS DE DISCREPANCIA ENTRE LOS PROGENITORES EN LA ELECCIÓN DE LA FORMACIÓN MORAL Y/O RELIGIOSA DE LOS HIJOS/AS

#### 1. El interés superior del menor

Como indicaba en la introducción, uno de los problemas que conlleva el ejercicio del derecho de los padres a elegir la educación moral y religiosa de sus hijos, dentro y fuera del ámbito escolar, es el desacuerdo que se produzca entre ellos a la hora de tomar esta decisión, más común en los supuestos de crisis conyugal o de pareja de hecho. La decisión entonces será atribuida a uno u otro progenitor por parte de los órganos judiciales ante los que se plantee el conflicto, debiendo estos tener en cuenta para adoptar cualquier solución el interés superior del menor.

Los textos internacionales de derechos humanos, la normativa europea y la legislación y jurisprudencia internas nos ofrecen sobrados ejemplos de la protección que debe garantizarse a los menores de edad, entre otros, a través de la formulación de un principio general denominado «interés superior del menor» como herramienta clave para la resolución de los conflictos que les afecten. Sin embargo, el interés superior del niño se engloba en la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados, cosechando por ello numerosas críticas al constituirse en un mecanismo de protección vago y sujeto a múltiples interpretaciones<sup>27</sup>.

El Comité de Derechos del Niño, con el propósito de clarificar el concepto de «interés superior del niño», aprobó, en febrero de 2013, la Observación general núm. 14 sobre *el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Este documento parte de un presupuesto clave para interpretar adecuadamente el concepto que aborda: su objetivo «es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño».

El concepto «interés superior del niño», desde el planteamiento desarrollado en la Observación General, es triple:

- a) Derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida.
- b) Principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

---

<sup>27</sup> M. CILLERO BRUÑOL, «El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño», *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 1, 1999, ([www.unicef.cl](http://www.unicef.cl)), pp. 45-62, p. 46.

- c) Una norma de procedimiento: el proceso de adopción de decisiones sobre los niños deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados.

Sin embargo, a la hora de conceptualizar el interés superior del menor afirma que debe determinarse caso por caso. Es decir, se trata de un concepto flexible y adaptable, debiendo ajustarse a las circunstancias del niño/a teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales.

En 2015 se llevó a cabo una importante reforma de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor<sup>28</sup>, que adecua nuestra normativa a la interpretación de la Observación General núm. 14 respecto a la delimitación del concepto del interés superior del menor<sup>29</sup>.

*«Artículo 2. Interés superior del menor:*

*1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en todas las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, o los Tribunales, primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.*

*Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en interés superior del menor.*

*2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta una serie de siguientes criterios generales, entre los que cabe destacar, a efectos de esta investigación, los que siguen:*

*a) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.*

*b) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, sexualidad o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.*

*3. Toda medida en interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular:*

*a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.*

*b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los*

<sup>28</sup> Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia —BOE de 23 de julio de 2015—.

<sup>29</sup> El antiguo art. 2 de la LOPJM decía así: «En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva».

niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar.

c) *La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses.*

d) *La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.*

e) *La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos».*

*Los derechos-deberes de los padres/madres en esta función de orientación de los hijos/as tendrían por objeto, desde esta perspectiva, únicamente la protección y desarrollo de la autonomía del menor, quedando limitadas, por tanto, sus facultades por este mismo objeto<sup>30</sup>. De la doctrina del Tribunal Constitucional se desprende, en este punto, que «en materia de relaciones paternofiliales el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al juez, a la vista de las circunstancias concretas debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable»<sup>31</sup>.*

El interés superior del niño —advierte el Tribunal Constitucional— opera como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste. En estos casos nos encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada<sup>32</sup>.

Para poder realizar un juicio de ponderación idóneo para proteger los intereses en juego, la CDN impone a los Estados Partes la obligación de garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos le afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional —art. 12—.

<sup>30</sup> M. CILLERO BRUÑOL, «El interés superior...», *cit.*, p. 57.

<sup>31</sup> STC 176/2008, de 22 de diciembre.

<sup>32</sup> *Ibidem.*

La reciente reforma de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor ha introducido también novedades significativas en su art. noveno, que regula el derecho de los menores a ser oídos:

*«1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, aunque sus opiniones deban ser valoradas en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, accesible y adaptado a sus circunstancias.*

*En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.*

*2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.*

*Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.*

*No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.*

*3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración».*

La reforma solventa así la deficiente protección prevista tanto en el Código Civil —art. 92— como en la Ley de Enjuiciamiento Civil que en la regulación de los procesos matrimoniales tan sólo exigen, en los procedimientos contenciosos la audiencia de los menores cuando sean mayores de 12 años o, en todo caso, cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor<sup>33</sup>. Exigencia —la de los 12 años— no requerida siquiera en los procedimientos de mutuo acuerdo.

<sup>33</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, art. 770.

En ambos casos, y pese a haber establecido doctrina en sentido contrario<sup>34</sup>, el Tribunal Constitucional interpretó que el derecho a ser oído ya no se concebía como un criterio esencial en la ponderación de los intereses en juego ni un trámite obligatorio en todos los casos<sup>35</sup>, es decir, que *de facto* dejaba de ser considerado un derecho para convertirse en «una facultad judicial sujeta al principio de oportunidad»<sup>36</sup>, lo que resultaría claramente contrario a su configuración como derecho en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

La reforma resuelve, también, uno de los problemas que había sido indicado por el Informe del Defensor del Pueblo en su *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor*, referido al alcance del concepto de escucha exigido por la Convención, que no sólo exige atender a lo escuchado sino también razonar la decisión de apartarse de lo manifestado por el niño<sup>37</sup>.

El Comité de Derechos del Niño exige que «a fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión debe estar motivada, justificada y explicada»<sup>38</sup>. También en el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha estimado vulnerado el interés superior del menor, por falta de ponderación, en supuestos en los que los órganos judiciales no concretan los elementos del acervo probatorio que determinarían la idoneidad de la medida desde la perspectiva del interés del menor<sup>39</sup>.

Se ha de garantizar, por tanto, el derecho del menor a ser escuchado en lo que se refiere a su propia formación moral o religiosa. Para ello se deberá analizar caso por caso la madurez del menor con la finalidad de determinar la influencia de sus opiniones en la toma de decisión final. De hecho, en este contexto, la madurez es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Pero también debe tomarse en consideración los efectos que el asunto produzca en los menores, esto es, cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño<sup>40</sup>.

La Observación General núm. 14 del Comité de Derechos del Niño introduce un elenco de elementos que pueden tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño.

---

<sup>34</sup> La doctrina del Tribunal Constitucional confería a la audiencia al menor en este tipo de procedimientos la condición de trámite esencial cuya omisión puede afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, 152/2005, de 6 de junio, 17/2006, de 30 de enero).

<sup>35</sup> STC 163/2009, de 29 de junio.

<sup>36</sup> Defensor del Pueblo, *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*, Madrid, 2014, p. 39.

<sup>37</sup> Defensor del Pueblo, *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*, cit., p. 14.

<sup>38</sup> Observación General núm. 14.

<sup>39</sup> STC 138/2014, de 8 de septiembre.

<sup>40</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General núm. 12, 2009: «El Derecho del Niño a ser escuchado».

En lo que a este trabajo concierne dos de ellos resultan de especial interés. En primer lugar, «*la opinión del niño*» en todas las decisiones que le afectan, analizada previamente. En segundo lugar, la identidad del niño y, precisamente en relación con este extremo, propone respecto a la identidad religiosa y cultural del menor que en los supuestos de guarda o acogida, adopción, separación o divorcio de los padres se preste particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

El actual art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor acoge también este criterio:

*«La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, sexualidad o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad».*

## 2. La praxis judicial española

El caso relatado al inicio de este estudio no es el único que ha tenido lugar en nuestro país. Es cada vez más común que, ante supuestos de ruptura de la relación conyugal o de hecho, uno de los progenitores muestre su desacuerdo con la continuidad de la formación religiosa elegida para sus hijos/as inicialmente o frente a la que se va a desarrollar en un futuro, sin haber existido acuerdo previo. La mayor parte de estos conflictos se resuelven en instancias inferiores por lo que no se puede hablar todavía de criterios jurisprudenciales ciertos sobre la materia. Sin embargo, un análisis de las resoluciones judiciales dictadas en primera y segunda instancia muestra una tendencia bastante homogénea en la resolución de estos conflictos.

En orden a determinar las pautas de actuación de los tribunales en los casos analizados, se estructura este apartado en dos secciones. De una parte, los supuestos que versan sobre posibles discriminaciones por razones religiosas en la adopción de medidas relacionadas con la patria potestad o la custodia de los menores y, de otra, aquellos casos en los que la decisión judicial nace de la existencia de discrepancia de los progenitores en la elección de la formación religiosa del menor.

### 2.1. *Privación de patria potestad, custodia o restricción de régimen de visita por motivos de religión o creencias*

El art. 14 de la Constitución española prohíbe la práctica de comportamientos discriminatorios basados en el nacimiento, la raza, el sexo, la religión, la opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Se trata de un listado enunciativo y no cerrado<sup>41</sup>, que

<sup>41</sup> STC 75/1983, de 3 de agosto.

*«pretende una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE»<sup>42</sup>.*

Voy a iniciar este apartado comentando el único caso que hasta el momento ha permitido pronunciarse al Tribunal Constitucional sobre esta materia y que, precisamente, se incardina en el contexto de restricción de los derechos-deberes paternofiliales por razón de pertenencia a una determinada religión.

Los hechos que dieron lugar a la demanda de amparo se sitúan en un proceso de separación matrimonial contenciosa. La esposa solicita la restricción del régimen de visitas del padre a los dos hijos habidos del matrimonio —de 12 y 4 años—, basándola en su pertenencia al grupo religioso denominado «Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España», inscrito en el Registro de Asociaciones desde 1991. Se justifica esta medida en la necesidad de mantener a los menores al margen de cualquier tipo de adoctrinamiento que les pudiera acarrear perjuicios en su desarrollo psicológico y en su educación.

El Informe del Equipo Psicosocial concluye que el padre no supone una influencia negativa para la educación y socialización de los menores y no aprecia razones en contra para que la relación paterno-filial se efectúe mediante un régimen ordinario de visitas. Sin embargo, advierte sobre el «potencial» efecto negativo que la asociación podría ejercer sobre el desarrollo de los menores al existir indicios de tratarse de una «secta destructiva», por lo que recomienda que se evite todo contacto con este grupo religioso. La Sentencia de instancia resuelve en este sentido. Otorga al padre un régimen de visitas ordinario pero le prohíbe expresamente hacer partícipe a sus hijos de sus creencias religiosas así como la asistencia de los menores a cualquier tipo de acto que tenga relación con aquéllas.

La esposa apela y en segunda instancia se restringe el régimen de visitas, suprimiendo todos los periodos vacacionales e impidiendo que los menores pernoctaran en casa del padre. La justificación de esta nueva limitación se fundamentó en la necesaria tutela del derecho de los menores a que su formación, religiosa y moral, continúe desarrollándose en la forma que ambos progenitores decidieron de común acuerdo, precisando que no pueden ser sometidos a dos tipos de formación moral, totalmente incompatibles entre sí. El contenido ideológico del grupo religioso al que pertenece el padre resulta, en opinión de la Audiencia, potencialmente lesivo para la salud psíquica de los menores, dada la invocación a planteamientos ideológicos esotéricos, el desdoblamiento Astral en una

<sup>42</sup> SSTC 128/1987, de 16 de julio; 19/1989, de 31 de enero; 145/1991, de 1 de julio, 39/2002, de 14 de febrero; 161/2004, de 4 de octubre; 176/2008, de 22 de diciembre, por todas.

quinta dimensión, el culto desmesurado al Fundador, la teoría sobre las relaciones sexuales como algo nocivo, etc.

El Tribunal Constitucional afirma tajantemente que, desde la perspectiva del art. 16 CE, los menores son titulares plenos de sus derechos fundamentales, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y de los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar.

La libertad de creencias de aquéllos que ostentan la patria potestad puede limitarse, en consecuencia, por la propia libertad de creencias de los menores, es decir, tal y como afirma el Tribunal Constitucional,

*«frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos 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»<sup>43</sup>.*

El Tribunal Constitucional concluye afirmando que la finalidad de la restricción era legítima en atención a la protección del interés superior de los menores pero claramente desproporcionada y no justificada —ya que se basa en meras conjeturas sobre la peligrosidad del grupo religioso al que pertenece el demandante en amparo— y, en consecuencia, lesiva de la libertad ideológica del padre de los menores.

En instancias inferiores se han planteado varios casos en los que la educación religiosa de los menores ha supuesto también una aplicación indebida del criterio del interés del menor, vulnerando el derecho a la igualdad y no discriminación de uno de los progenitores.

La Audiencia Provincial de Salamanca confirmó, en 1999, una Sentencia de instancia en un supuesto en el que el padre solicitaba la privación a la madre de la guardia y custodia de la hija menor de edad por su pertenencia a la confesión religiosa «Testigos de Jehová». El juzgador de instancia estimó inaceptable esta pretensión, considerando que vulneraba la libertad religiosa de la madre —art. 16— y su derecho a elegir la educación religiosa de su hija de conformidad a sus propias convicciones —art. 27.3 CE—. Sin embargo, ambas instancias rechazan la afectación de estos derechos por el establecimiento de un régimen cautelar de la menor frente a un eventual «proselitismo abusivo» por parte de cualquiera

<sup>43</sup> STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5.º.

de los padres. A la madre se le prohíbe llevar a su hija a cualquier acto religioso sin el consentimiento del padre, ni prohibir a su hija acudir a actividades como fiestas o cumpleaños, que se encuentran admitidos en nuestro entorno social dado el deber de cooperar que tienen los padres para que su hija menor ejerza su derecho a la libertad ideológica, religiosa y de conciencia del mejor modo para su desarrollo integral<sup>44</sup>.

El grupo religioso «*Testigos Cristianos de Jehová*» no sólo está inscrito en el Registro de Entidades Religiosas desde 1970 sino que, en 2006, el Gobierno español reconoció su notorio arraigo en España. Las restricciones impuestas a la madre prohibiendo llevar a su hija a cualquier acto religioso sin el consentimiento del padre suponen una vulneración del art. 27.3 en conexión con el 16 CE ya que en ningún momento se acredita que la asistencia a tales actos pueda suponer una influencia negativa en la menor y, en consecuencia, requerir el consentimiento del padre implica, en última instancia, un veto impuesto a la madre en el ejercicio del derecho garantizado en el art. 27.3 CE que resulta claramente discriminatorio.

También en 1999, la Audiencia Provincial de Madrid acordó en un caso similar al anterior la imposibilidad de privar de la patria potestad al padre de un menor por profesar la fe musulmana. La madre basó esta pretensión en el grave perjuicio que podían causar en su hijo las teorías y principios del Islam.

La Audiencia estima, lógicamente, y como en el caso anterior, que la religión *per se* no es causa para privar a ninguno de los progenitores de la patria potestad. De nuevo, se entiende que constituiría una medida discriminatoria pero confirma el régimen de visitas decretado por la sentencia de instancia que excluye la pernocta en la casa del padre y la necesidad de instaurar un seguimiento del régimen de comunicaciones basándose precisamente en la profesión religiosa del padre<sup>45</sup>, así que como en el caso anterior, resulta, desde mi punto de vista, una medida desproporcionada y, en consecuencia, discriminatoria.

En 2004, la Audiencia Provincial de Girona resolvió un recurso de apelación interpuesto contra una Sentencia de un Juzgado de lo Penal de Figueras que condenaba al padre de un menor por diversos delitos de violencia de género con la concurrencia de la circunstancia agravante del art. 22.4 del Código Penal, es decir, de cometer el delito por motivos discriminatorios en razón de la religión de la víctima.

La Audiencia Provincial consideró indebidamente aplicada esta circunstancia agravante puesto que se fundamentó en que el acusado quería impedir que el hijo común se educara en la religión cristiana para educarle en la musulmana. La Audiencia sostiene que el hecho de que los cónyuges no se hallen de acuerdo en cual sea la formación que a este

---

<sup>44</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca 502/1999, de 14 de julio.

<sup>45</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de septiembre de 1999.

respecto deban recibir sus hijos, cuando a ninguno de ellos se le ha privado de la patria potestad, en modo alguno puede ser incardinado en la agravante del art. 22.4<sup>46</sup>.

Cuatro años después la Audiencia Provincial de Tarragona<sup>47</sup> resolvió un recurso de apelación interpuesto por el padre de una menor de 9 años, alegando vulneración de la libertad religiosa —art. 16 CE— al regular el régimen de visitas contenido en la Sentencia. Se fundamenta el recurso en que las creencias religiosas del padre, la práctica del rito de rezo comunitario del Rosario, constituyó la causa para la restricción del régimen de visitas.

El recurso es desestimado invocando el interés superior de la menor dado que el régimen de visitas acordado se ajusta a la propuesta formulada por la testigo perito, psicóloga, en su Informe de Asesoramiento Técnico del Equipo de Tarragona. En él se puso de manifiesto que la relación del progenitor de la menor con la congregación religiosa interfería en todos los niveles, debiendo protegerse el estado de la niña. Se invocan también otras pruebas que corroboran las dudas del Juzgador sobre el carácter del grupo religioso al que pertenece el progenitor no custodio:

Una carta remitida por el progenitor a la Sra. X, en la cual pueden leerse pasajes como

*«sé lo suficientemente fuerte para ganarle la guerra a Satanás»; «Yo para todos —bandera de Jesucristo—. Todos para mí —bandera de Satanás—» o «Si la mujer manda de puertas adentro y el hombre de puertas afuera, importa mucho una mujer en una casa».*

A esta carta se añaden otros documentos en los que pueden apreciarse frases como:

*«¿Cuántas veces os voy a decir, hijos míos, que soy dueño de vuestra vida? Y os estoy dando oportunidad, pero que os puedo llamar a mi presencia, y aunque digáis que no, hijos míos, mi justicia será terrible», «Y aquéllos que juzgan ligeramente, sin tener motivos, ¡ay, cuando lleguéis ante mi divina presencia! (...) por eso os pido: bajad la cerviz y venid a Mí y cambiad vuestras vidas»; «¿No veis, siervos inútiles, que el mundo está en manos de Satanás, y os hacéis los sordos y los ciegos...?»; «EL SEÑOR: Eso es lo que quiero enseñar a las almas, hija mía: a comprender sin entender».*

En este caso, creo que la decisión judicial puede ser acertada dado que la perito psicóloga manifestó el perjuicio que la relación del padre con la congregación podía suponer en el desarrollo de la menor y, en aras de proteger su interés superior, puede tener cabida un régimen de visitas restrictivo. Sin embargo, la utilidad de la prueba documental resulta confusa e innecesaria. En primer lugar, porque está absolutamente descontextualizada y, en segundo lugar, porque no se justifica de ningún modo cuál es el daño que puede generar en el desarrollo de la menor y, sin la motivación que requería, incide, desde mi punto de vista, en discriminación por razones religiosas.

<sup>46</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona 814/2004, de 4 de octubre.

<sup>47</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 7 de febrero de 2007.

De hecho, el TEDH, en un caso similar<sup>48</sup>, estimó vulnerado el art. 14 CEDH al haber sido discriminado el padre en base a sus convicciones religiosas en el ejercicio de su derecho al respeto de la vida familiar.

En primer lugar, sostiene que los derechos al respeto a la vida familiar y a la libertad religiosa, junto con el derecho al respeto de las convicciones filosóficas y religiosas de los padres en la educación, conforme a lo dispuesto en el art. 2 del Protocolo núm. 1 del CEDH, otorgan a los padres el derecho a comunicar y promover sus convicciones religiosas en la educación de sus hijos. Este derecho es incontestable en el caso de que los padres compartan las mismas ideas religiosas o visión del mundo y no hay ninguna razón —afirma el Tribunal de Estrasburgo— para ser diferente en un supuesto de ruptura matrimonial o de pareja. En ambos casos el límite se encuentra en la exposición a los menores a prácticas peligrosas o a daño físico o psicológico.

El Tribunal afirma, en segundo lugar, que no es aceptable una diferencia de trato basada únicamente en la religión. Tal diferencia de trato es discriminatoria en ausencia de una «*justificación objetiva y razonable*», es decir, si no está justificada por un «*objetivo legítimo*» y si no hay ninguna «*relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido*»<sup>49</sup>.

El objetivo sería legítimo en cuanto se fundamenta en la protección de la salud y los derechos del niño. Sin embargo, al analizar la proporcionalidad de la medida adoptada —la supresión del régimen de visitas— el Tribunal advierte de que en el caso no se probó que las convicciones religiosas del demandante implicaran prácticas peligrosas o expusieran a su hijo a daño físico o psicológico. El experto designado por el Tribunal consideró que la participación del padre en la vida del niño era dañina debido a su insistencia en hacer proselitismo, pero —y esto me parece esencial para valorar la mayor parte de los casos descritos—, no se presentaron pruebas convincentes que justificaran un riesgo de daño real.

## 2.2. *Supuestos de discrepancia entre los progenitores en la elección de la formación religiosa del menor*

Para introducir este apartado creo que es oportuno examinar un caso que enjuició el TEDH<sup>50</sup>. En 2005 el padre de una menor de 10 años presentó una demanda contra su ex esposa solicitando que, frente a la pretensión de la madre de iniciarla en la religión católica, se garantizara que la menor eligiera libremente la religión que deseara profesar

<sup>48</sup> Caso *Vojnity contra Hungría*. STEDH de 12 de febrero de 2013. Se trata de un supuesto en el que se suprimió en su totalidad el régimen de visitas del padre de un menor por sus creencias religiosas, al considerar que la insistencia del progenitor en hacer proselitismo con su hijo era dañina para éste.

<sup>49</sup> En igual sentido Caso *Hofmann contra Austria*. Sentencia de 23 de junio de 1993.

<sup>50</sup> Decisión del TEDH Caso *Rupprecht contra España*, de 19 de febrero de 2013.

en el momento en que accediera a la mayoría de edad. La hija fue bautizada bajo el rito católico e inscrita en los cursos de catequesis sin acuerdo previo con el demandante.

El Juzgado de Primera Instancia de Denia desestima la pretensión del padre basándose en dos criterios. Por un lado, el de la continuidad —que como veremos ha sido invocado en casi todas las resoluciones judiciales que han resuelto supuestos similares— y, en segundo lugar, en la voluntad manifestada por la menor. La cuestión es que el consentimiento de la menor no se deriva de su audiencia durante el procedimiento judicial sino que simplemente «*se acredita que la niña manifestó su interés en recibir la comunión*».

La decisión se basa, por tanto, en que la niña fue escolarizada de común acuerdo entre ambos progenitores en un centro educativo que incluía en la formación impartida los contenidos y prácticas de la religión católica. Y, por otra parte, en la voluntad de la menor, que, en este caso, sería, desde mi punto de vista, lo más relevante para decidir sobre su educación religiosa.

El padre de la menor interpuso un recurso de apelación contra la Sentencia de primera instancia, pero la Audiencia Provincial de Alicante lo desestimó al hallar injustificada la pretensión del demandante de atribuirse por entero la elección sobre la formación religiosa de la menor hasta su mayoría de edad.

El argumento utilizado en esta ocasión por el órgano judicial se basa fundamentalmente en el libre ejercicio por parte de la menor de su libertad religiosa, quién —aunque no se documentó en autos— había realizado ya actos efectivos de incorporación a la confesión católica «*sin haber sido coaccionada por su madre*»; extremo sobre el que tampoco se aporta prueba. El juzgador, no obstante, manifiesta que ninguna de las partes sometió a valoración judicial la capacidad evolutiva de la menor, a la que, como en la mayor parte de los procedimientos judiciales analizados, no se le dio audiencia durante el procedimiento.

El demandante recurrió en casación y, posteriormente, en amparo. Ambos fueron inadmitidos por improcedentes. Finalmente, el padre de la menor decide demandar a España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De nuevo, se inadmite la demanda, al considerar el Tribunal que las decisiones adoptadas por las jurisdicciones internas respondieron de forma suficientemente motivada a las pretensiones del demandante. Éste invocó el art. 9 del CEDH al entender que el derecho de su hija a la libertad religiosa había sido vulnerado. El Tribunal no estima, sin embargo, que la decisión de la menor sobre la elección de la práctica religiosa respaldada por la madre titular de su custodia, ratificada por las jurisdicciones internas con decisiones suficientemente motivadas, sea susceptible de hacer entrar en juego el art. 9 del Convenio, por lo que declara inadmisibile la demanda por carecer manifiestamente de fundamento<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> STEDH Caso *Rupprecht contra España*. Decisión de 19 de febrero de 2013.

En este caso creo que no se protegió suficientemente ni el derecho de la menor a ser oída en los procedimientos que le afecten, ni el derecho del padre a educar a su hija según sus propias convicciones. Creo que los recursos se plantearon erróneamente y, lógicamente, procedía su desestimación o inadmisión porque no estaban basados en la vulneración del art. 27.3 CE o, en su caso, en el art. 2 del Protocolo Adicional 1 del CEDH sino en la libertad religiosa de la menor.

Sin embargo, salvo acreditación fehaciente de la voluntad de la menor, en cuyo caso, como decía, ha de ser tenida en cuenta de manera preferente para decidir sobre su propia educación religiosa, en otro caso, los criterios utilizados para ponderar son claramente desafortunados.

En primer lugar, el criterio de la preservación de la identidad religiosa no se puede aplicar a este caso porque los padres decidieron de común acuerdo no bautizar a su hija y el único dato que utiliza el juzgador para apoyar su decisión en relación con esta pauta es la inserción de la menor en un colegio católico que, tal y como se ha desarrollado el sistema oficial de escolarización en España, no indica, pese a lo que pueda parecer, una rotunda elección educativa en los valores católicos.

En casos como el que aquí se plantea se trata de proteger el interés superior de los menores de edad, específicamente el ejercicio de su libertad de creencias, sin dejar de amparar, salvo que resulte absolutamente necesario, los derechos de las demás partes implicadas. El derecho de educar a los hijos/as de conformidad con las propias convicciones corresponde a ambos progenitores y, en caso de discrepancia, el juzgador debería intentar encontrar una solución intermedia que proteja en la mayor medida posible tanto los derechos de los menores como los de los progenitores. En el supuesto de que no quede acreditada la voluntad de los menores no creo que la decisión más acertada sea la de atribuir la elección de la formación religiosa exclusivamente a uno de los progenitores, que, como veremos, es la tendencia más arraigada en el ámbito judicial español.

En 2006, la Audiencia Provincial de Castellón<sup>52</sup> resolvió un recurso de apelación interpuesto por la madre de un menor frente a la decisión del Juez de Primera instancia de «*autorizar al padre a educar a su hijo en la fe católica*» en un proceso de divorcio.

La madre argumenta en el recurso que sólo procede dispensar una educación religiosa a un menor cuando existe consentimiento al respecto por parte de ambos progenitores y que, no existiendo dicho acuerdo, el juez no puede determinar que se pueda seguir la opción de educación religiosa interesada por uno sólo de los progenitores.

En la Sentencia de primera instancia, el juzgador resolvió utilizando la siguiente argumentación:

---

<sup>52</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón 154/2006, de 23 de octubre.

*«Frente a la solicitud del padre, católico practicante, la madre, que en la comparecencia de medidas provisionales manifestó expresamente que no se oponía a esta pretensión de su esposo, en la vista principal se mostró en contra alegando que prefería que su hijo eligiera la religión que quisiera al alcanzar la mayoría de edad. Estas manifestaciones contradictorias de la madre parecen responder más a un fin de contrariar a su esposo en plena contienda judicial que a motivos de peso, pues parece incongruente que, habiendo celebrado su matrimonio los cónyuges en la forma católica, y habiendo bautizado al hijo, lo que supone una aceptación tácita de un modo de vivir y pensar determinado, se oponga ahora a seguir proporcionando al menor una formación que sigue la misma línea que la mantenida por los esposos hasta ahora. Además, la excusa de que prefiere que el hijo decida por sí mismo al alcanzar la mayoría de edad resulta inconsistente, por cuanto que, de todos modos, el hijo decidirá por sí mismo al alcanzar la mayoría de edad, e incluso antes, pero mal podrá hacerlo si durante sus años de formación no recibe ningún conocimiento de las enseñanzas religiosas (...).»*

La Audiencia Provincial a la hora de resolver este recurso reconoce, en primer lugar, la titularidad de la libertad religiosa del menor, para después, llamar la atención sobre el papel fundamental que tienen los padres en la educación religiosa de los hijos: *«Educación religiosa que constituye parte importante de la educación y formación integral de los hijos (...) que resulta necesaria para que el menor pueda tener acceso a la formación religiosa, y para que pueda ejercer en la medida de lo posible, y en función de su grado de madurez, su libertad de religión».*

Continuando con esta línea de argumentación, la Audiencia recuerda que el derecho a la libertad religiosa comprende el derecho a no profesar religión o creencia algunas para, inmediatamente, afirmar que

*«sin embargo, nuestra Constitución dista mucho de alinearse junto a las concepciones que consideran el hecho religioso como nocivo o perjudicial para la formación y desarrollo integral de la persona». «Es más —prosigue— no se puede desconocer que la dimensión religiosa de la existencia constituye prácticamente un rasgo antropológico del hombre, y que el hecho religioso es un elemento importante de la civilización y de la cultura de los pueblos. Así, ya hemos visto como en nuestro Ordenamiento se encomienda a los padres el derecho/deber de formar y de guiar a sus hijos en el hecho religioso, como parte importante de su formación integral».*

Podría haberse quedado ahí la disertación sobre las bondades de la religión pero la Audiencia prosigue afirmando:

*«No creemos que se pueda considerar indudable que la mejor manera de formar a la persona en relación con el hecho religioso, consista en excluir o marginar el hecho religioso y la práctica religiosa de la vida de la persona hasta que esta sea mayor de edad y tenga suficiente juicio y formación para ejercer su libertad religiosa con plenitud de madurez y conocimientos; ni que la única manera posible de acercarse a la religión sea a partir de una previa formación más o menos completa sobre el hecho religioso y las religiones, que pocas personas —aún mayores de edad— tienen. Parece poco realista creer que es posible que la persona tan sólo se pueda y se deba iniciar en el hecho religioso y en las prácticas religiosas después de haber estudiado y reflexionado sobre la religión, en base a una formación completa y plural —sobre las diversas opciones religiosas y creencias— que pocas personas tienen, y a la que es claro que es difícil acceder durante la minoría de edad. Estos planteamientos abocarían prácticamente a no reconocer más posibilidad de ejercicio responsable de la libertad religiosa de los menores de edad, que el no profesar*

*religión o creencia algunas; limitándose la relación del menor con el hecho religioso a la sola formación —información— aséptica y distanciada sobre las diversas religiones y creencias».*

Para concluir, el Tribunal alega que

*«la contrapretensión formulada por la madre apelante, tratando de negar la facultad del padre de dispensar a su hijo la formación religiosa que considere conveniente (no siendo, por otra parte, la religión en la que aquel pretende formar a su hijo, una religión extraña o desconocida, sino la religión católica, profesada por buena parte de la población, y cuya importancia sociológica e histórica en nuestro país y en el mundo occidental constituye un hecho incontestable), sí constituiría un menoscabo de una faceta de la libertad religiosa del padre (...) y que, según hemos visto, tan íntimamente ligada está a la propia formación integral y religiosa del menor».*

Resulta absolutamente sorprendente, desde mi punto de vista, que el Tribunal se decante tan rotundamente por la formación religiosa católica como una opción que protege en mayor medida el interés superior del menor en relación con el ejercicio de la libertad religiosa y, que proteja el derecho de libertad religiosa del padre de manera preferente sin haber escuchado al menor.

La libertad de creencias y, en consecuencia, el derecho de los padres a educar a sus hijos de conformidad con sus propias convicciones, garantiza

*«la libre autodeterminación del individuo en la elección de su propio concepto de la vida o de su propia cosmovisión, así como de la libre adopción de decisiones existenciales»<sup>53</sup>. Desde esta perspectiva se requiere reconocer de igual modo la libertad de convicciones con independencia del origen o fuente de creación o adhesión del propio concepto de vida, que no puede constituir un motivo para dispensar un tratamiento jurídico diverso sin incurrir en la vulneración del principio de igualdad. Como ha puesto de manifiesto el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su comentario al art. 18 del PIDCP, este «artículo protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia».*

En aquellos supuestos en los que los menores no pueden decidir y no se alcanza un acuerdo por parte de los progenitores, la resolución puede adoptarse teniendo en cuenta la preservación de la identidad religiosa del menor. Sin embargo, en el caso de que todavía no se haya formado ésta, la solución más adecuada, desde mi punto de vista, es la formación en los valores de ambos progenitores, excluyendo, sin embargo, la adscripción efectiva de los menores a una confesión religiosa hasta que alcancen suficiente madurez para tomar

<sup>53</sup> J.A. SOUTO PAZ, *Comunidad política y libertad de creencias*, cit., p. 220. En similar sentido, Ruiz Miguel aboga por un igual tratamiento de las libertades contenidas en el art. 16: «La libertad religiosa puede verse como una especificación de la ideológica, pero no por ello como un tipo de libertad diferente que esté sometida a un régimen especial de protección activa» —«Para una interpretación laica de la Constitución», *RGDCDEE*, núm. 18, 2008, pp. 1-29, p. 22.

esa decisión por sí mismos, puesto que impediría la posibilidad de una formación plural que respete el derecho de ambos progenitores a educar a sus hijos de conformidad con sus propias convicciones, es decir, a guiarlos en el ejercicio de su libertad religiosa hasta que puedan ejercitarlo plenamente.

La Audiencia Provincial de Zaragoza, en un Auto de 2008, resolvió un recurso de apelación que interpuso el padre de una menor de 7 años contra un Auto del Juzgado de Primera Instancia que desestimó la solicitud formulada por el padre para que su hija cursara la asignatura de religión católica. La resolución de instancia consideró que las posturas de ambos progenitores eran defendibles y ninguna de ellas afectaba el interés de la menor, por lo que entiende que no le corresponde decidir al Juzgador.

La Audiencia Provincial enmarca este supuesto en el contenido esencial del art. 27.3 de la CE, que deben ejercer ambos progenitores, en principio, de manera consensuada. En otro caso, deberá resolver el Juez atendiendo al interés más favorable del menor.

En este caso la argumentación de la Audiencia para decidir se basa de nuevo en el criterio de la continuidad. La menor había cursado la asignatura de religión católica durante tres años consecutivos y el Juzgador no encuentra motivo aparente para un cambio de decisión en este punto: *«parece más lógico —sostiene— que puesto que así lo habían decidido los padres constante el matrimonio, continúe estudiando dicha asignatura»*<sup>54</sup>.

La hija menor sobre la que se decide si debía asistir o no a las clases de religión católica tenía en ese momento siete años de edad y, nuevamente, no se acredita en ninguno de los autos que resolvieron este caso que efectivamente se escuchara, en momento alguno, su opinión.

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

La Constitución española reconoce a los padres la facultad de elegir para sus hijos/as la formación religiosa o ideológica que estimen adecuada en función de sus propias convicciones —arts. 27.3 y 16 CE—. Se observa en este derecho una dimensión positiva, basada en la trasmisión de las propias convicciones y una negativa, que trata de evitar interferencias en un ámbito vedado, en principio, tanto a terceros como a los propios poderes públicos.

Este derecho ha de contemplarse, sin embargo, en conexión con otros derechos y libertades cuya titularidad plena corresponde precisamente a los/as menores que están bajo su tutela: el derecho a la educación y la libertad de creencias. A esa garantía hay que añadir la necesaria protección que los titulares de la patria potestad han de dispensar a sus hijos/

<sup>54</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza 601/2008, de 4 de noviembre.

as —incluyendo evidentemente la referida al ejercicio de los derechos fundamentales— y el «*interés superior del menor*» como elemento preponderante del orden público español.

El estudio de la normativa relativa a la protección de los menores de edad no plantea dudas sobre el reconocimiento a los mismos de la titularidad de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta, no obstante, que la adquisición progresiva de facultades para ejercerlos plenamente requiere la intervención de los padres o tutores. Su misión consiste en cooperar o guiar al niño/a en el ejercicio de sus derechos fundamentales conforme a la evolución de sus facultades y contribuyendo, en todo caso, a su desarrollo integral.

El ejercicio de los derechos fundamentales por parte de menores de edad no va a depender, por tanto, de la adquisición de la capacidad de obrar sino de la posesión de suficientes condiciones de madurez para ejercitar dichos derechos por sí mismos<sup>55</sup>. Conectándolo con los límites impuestos al derecho de los progenitores a elegir la educación religiosa de sus hijos, se puede afirmar que una vez que el menor alcance suficiente grado de madurez o discernimiento, es decir, capacidad para entender y querer el significado del acto que va a realizar, su opinión ha de ser tenida en cuenta de manera preferente en la ponderación de los intereses o derechos en conflicto.

En los supuestos de conflicto entre los progenitores en la elección del tipo de formación religiosa que quieren para sus hijos, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se desprende que el interés superior del niño/a opera como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida que se adopte. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones paternofiliales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo/a menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste. En estos casos nos encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada.

La Observación General núm. 14 del Comité de Derechos del Niño introduce un elenco de elementos que pueden tenerse en cuenta precisamente al evaluar el interés superior del niño/a; elementos que se hallan también presentes en la reciente reforma de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. En lo que a este trabajo concierne dos de ellos resultan de especial interés. En primer lugar, «*la opinión del niño*» en todas las decisiones que le afectan. En segundo lugar, la identidad del niño y, precisamente en relación con este extremo, propone respecto a la identidad religiosa y cultural del menor que en los supuestos de guarda o acogida, adopción, separación o divorcio de los padres

---

<sup>55</sup> M.J. SANTOS MORÓN, «Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002 de 18 de julio», *Diario La Ley*, núm. 5675, pp. 1-16, p. 7.

se preste particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

El estudio de la praxis judicial española releva, no obstante, que las pautas establecidas tanto por la ONU como por nuestro propio ordenamiento interno no han sido utilizados para ponderar el interés superior del menor en la mayor parte de los conflictos que surgen en relación con este ámbito. El criterio de la continuidad o de la preservación de la identidad religiosa y cultural del menor, desde mi punto de vista, no se valora adecuadamente y, en un porcentaje muy elevado de los casos analizados, no se escuchó al menor o, en su caso, no se acredita en autos el motivo por el que no se le dio audiencia. Una de las medidas que me parece esencial para garantizar el derecho del menor a ser oído es que el juzgador justifique en sus resoluciones las razones por las que no se ha escuchado al menor lo que, como se ha puesto de relieve en el Informe del Defensor del Pueblo —2014—, sólo puede fundamentarse en la falta de juicio propio o en la renuncia del niño/a.

Por último, considero que en aquellos supuestos en los que los menores no pueden decidir y no se alcanza un acuerdo por parte de los progenitores, la resolución puede adoptarse teniendo en cuenta la preservación de la identidad religiosa del menor. Sin embargo, en el caso de que todavía no se haya formado ésta, la solución más adecuada, desde mi punto de vista, es la formación en los valores de ambos progenitores, excluyendo, sin embargo, la adscripción efectiva de los menores a una confesión religiosa hasta que alcancen suficiente madurez para tomar esa decisión por sí mismos, puesto que impediría la posibilidad de una formación plural que respete el derecho de ambos progenitores a educar a sus hijos de conformidad con sus propias convicciones, es decir, a guiarlos en el ejercicio de su libertad religiosa hasta que puedan ejercitarlo plenamente.

## TITLE

FREEDOM OF BELIEFS AND THE BEST INTERESTS OF THE CHILD

## SUMMARY

I. INTRODUCTION. II. THE RIGHT OF PARENTS TO EDUCATE THEIR CHILDREN IN ACCORDANCE WITH THEIR OWN CONVICTIONS AND THE FREEDOM OF BELIEF OF MINORS. 1. Article 27.3 of the Spanish Constitution of 1978. 2. The right of parents to choose Moral or religious education for their children in the jurisprudence of the European Court of Human Rights. 3. The freedom of belief of minors. III. THE SUPERIOR INTEREST OF THE MINOR IN SPANISH JUDICIAL PRACTICE: ASSUMPTIONS OF DISCREPANCY BETWEEN PROGENITORS IN THE ELECTION OF MORAL AND / OR RELIGIOUS TRAINING OF CHILDREN. 1. The best interests of the minor. 2. The Spanish judicial practice. 2.1. *Privation of parental authority, custody or restriction of visitation regime for reasons of religion or belief.* 2.2. *Assumptions of discrepancy between the parents in the choice of the religious formation of the minor.* IV. CONCLUSIONS.

## KEY WORDS

*Freedom of religion; Best interests of the child; Religious instruction.*

**ABSTRACT**

*This paper deals with the study of the disputes between parents over children's religious instruction. This requires the study of the right of parents to educate their children in conformity with their own convictions (art. 27.3 CE) and then examine their ability to exercise the indicated disputes, taking into account the religious rights of children and the protection of their best interest. It will then examine how courts have handled child custody cases involving disputes between parents with the intention to put forward proposals in advancing children's rights in an area that judicial interpretation is still far from the standards of protection guaranteed by the Convention on the Rights of the Child. These shortcomings seem to have been resolved by the reform of the Organic Law 1/1996 on the legal protection of minors (2015) which introduces the criteria established by the UN in the interpretation of a child's best interests and, especially, the right of all children to be heard in all matters affecting her or him.*

Fecha de recepción: 27/04/2016

Fecha de aceptación: 19/05/2016