

**PATRIA POTESTAD Y EDUCACIÓN RELIGIOSA DE LOS
HIJOS MENORES**

**PARENTAL AUTHORITY AND CHILD'S RELIGIOUS
EDUCATION**

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 142-163



Rosa M^a.
RAMÍREZ
NAVALÓN

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de junio 15 de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: El artículo analiza los conflictos en el ámbito educativo que surgen en la relación entre el derecho de libertad religiosa y el ejercicio de la patria potestad. En primer lugar estudia la relevancia de las creencias religiosas de los progenitores en los procesos de atribución de custodia y determinación de régimen de visitas. En segundo lugar trata del desacuerdo entre los titulares de la patria potestad respecto a la educación religiosa del menor. Y finalmente, se refiere a los conflictos entre los padres y el menor en el ejercicio del derecho de libertad religiosa.

PALABRAS CLAVE: patria potestad, libertad religiosa, menores, creencias religiosas, derecho de los padres a elegir la educación religiosa y moral de sus hijos.

ABSTRACT: The article analyzes the conflicts that come up between the right of religious freedom in education and the exercise of parental authority. On one hand, it studies the relevance of the religious beliefs of the parents on the processes of attribution of custody and determination of the visiting arrangements. On the other hand, it deals with the disagreements between the parents regarding to the religious education of the minor and the criteria to follow by the judge at the judicial resolution. Finally, it refers to the conflicts between the parents and the minor on the exercise of the right of religious freedom.

KEY WORDS: parental authority, religious freedom, minors, religious beliefs, parental right to choose their child's religious and moral education.

SUMARIO.- I. Introducción: formación religiosa y patria potestad.- II. Resolución judicial de conflictos entre progenitores en caso de desacuerdo en la formación religiosa de sus hijos.- 1. Las creencias religiosas como causa de modificación de las medidas adoptadas en los supuestos de crisis matrimoniales.- A) Casos de impugnación en la atribución de la custodia.- B) Solicitud de modificación o supresión del régimen de visitas en base a las creencias religiosas del progenitor no custodio.- C) Incidencia de las creencias religiosas en estas decisiones judiciales.- 2. Las decisiones sobre la formación religiosa del menor en caso de ruptura de la convivencia.- III. El ejercicio de la libertad religiosa del menor frente a los titulares de la patria potestad.- 1. Determinación de la capacidad del menor.- 2. Supuestos conflictivos.

I. INTRODUCCIÓN: FORMACIÓN RELIGIOSA Y PATRIA POTESTAD.

La relación entre el derecho de libertad religiosa en el ámbito educativo y el ejercicio de la patria potestad plantea diversos temas conflictivos. Podríamos hablar de conflictos *ad extra* y *ad intra* de la relación familiar. Es decir, de conflictos entre los miembros de la unidad familiar y los sujetos sociales y los conflictos entre los propios integrantes de la familia. Entre los que hemos denominado conflictos *ad extra* se encuentran temas como la negativa de los padres a escolarizar a sus hijos o admisión del *home schooling*, el derecho a la elección de centro docente con ideario propio o la oposición de los padres a que sus hijos reciban unas enseñanzas obligatorias contrarias a sus convicciones religiosas y morales.

Este trabajo, sin embargo, se dirige a analizar los conflictos *ad intra*, aquellos que surgen cuando colisionan los derechos de los sujetos que integran la unidad familiar. En concreto nos referimos a los supuestos de discordancia entre los titulares de la patria potestad respecto de la educación religiosa de los menores, y a los casos en los que el ejercicio del derecho de libertad religiosa del menor pueda colisionar con el derecho de los padres a educar y transmitir a éstos sus valores y creencias religiosas.

Nos proponemos un estudio sistemático de la jurisprudencia en estos casos, teniendo en cuenta que son pocos los asuntos que llegan a instancias superiores. Este hecho hace que sea difícil hablar de doctrina jurisprudencial sobre el tema. No obstante, nuestro objetivo es descubrir, en su caso, cuáles han sido los criterios

• Rosa M^a. Ramírez Navalón

Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Valencia (España). Licenciada en Derecho Canónico por la Universidad Lateranense de Roma. Autora de varias monografías entre ellas: "La citación y la ausencia del demandado en las causas de nulidad matrimonial". Directora de cuatro proyectos de investigación financiados por entidades públicas y privadas. Ha publicado más de 50 artículos sobre Derecho Matrimonial Canónico, Derecho Eclesiástico del Estado y Bioderecho, en revistas y libros especializados. Ponente en diversos foros jurídicos: Cursos de formación de Jueces y Magistrados, Asociación Española de Canonistas, Conferencia Episcopal española, Jornadas internacionales, etc. Correo electrónico: Rosa.M.Ramirez@uv.es.

empleados por el juzgador para la resolución de estos conflictos familiares originados por las creencias religiosas.

Antes de centrar nuestra atención en los conflictos descritos conviene realizar unas consideraciones generales acerca de los derechos en juego. Por un lado, debemos referirnos al derecho de los padres a que sus hijos reciban la educación religiosa y moral que sea conforme a sus convicciones que está contemplado en el art. 27.3 de la Constitución (CE)¹. Este derecho deriva del derecho de libertad religiosa en el ámbito de la enseñanza tal y como se desprende del art. 2.c de la Ley Orgánica de libertad religiosa (LOLR) en donde se establece el derecho a “elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”².

En nuestro sistema educativo este derecho de los padres se garantiza por medio de una doble vía. Por una parte, mediante la posibilidad de cursar la asignatura de religión que es de oferta obligatoria para los centros públicos, en los términos establecidos por la normativa vigente, y de carácter voluntario para los alumnos. Y, por otro lado, por la existencia del binomio institucional escuela pública-escuela privada³. La primera de carácter ideológicamente neutral, la segunda con el derecho de establecer un ideario educativo propio⁴. A su vez, no hay que olvidar que es en el ámbito doméstico donde los padres ejercen, de forma habitual, el derecho a la educación religiosa de los menores, acompañando y orientando a los hijos, dándoles ejemplo con la vida y trasmitiéndoles sus propias creencias y convicciones.

Las decisiones sobre la educación de los hijos, ya sea en el ámbito escolar o en el doméstico, deberán adoptarlas conjuntamente por ambos progenitores. Éste es

- 1 Entre los textos internacionales que contemplan este derecho destacan: El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 19 de Diciembre de 1966, BOE de 30 de abril de 1977 (art. 18); el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966, BOE de 30 de abril de 1977 (art. 13.3) y la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones de 25 de noviembre de 1981 (art. 5).
- 2 Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. BOE de 24 de julio de 1980.
- 3 STC 5/1981, de 13 de febrero.
- 4 En el sistema educativo español se contemplan ambas posibilidades de acuerdo con la normativa en materia de enseñanza. La posibilidad de que los padres o tutores elijan la asignatura de religión o su alternativa, junto con la de elegir una enseñanza privada inspirada en unos principios específicos. Vid. sobre este tema entre otros: ESCRIVÁ IVARS, J.: “La enseñanza de la religión y moral católicas en el sistema educativo español”, *Anuario de Derecho Eclesiástico* (1988), IV, pp. 205-240; MUSOLES, M. C.: “El derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos en la legislación española”, en AAVV: Dimensiones jurídicas del factor religioso. Estudios homenaje al profesor López Alarcón. Murcia (1987): Universidad de Murcia, pp. 383-398; BONET NAVARRO, J.: “Right to education and freedom to teaching in Spanish legal system”, en AAVV: Proceedings of the 8th International Conference on Human Rights: The Right to Knowledge and Information in a Heterogenic Society. Newcastle upon Tyne (2009): Cambridge Scholars Publishing, pp. 606-622; OLMOS ORTEGA, M^a E.: “El derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral sus hijos”, en AAVV: La enseñanza de la religión en la escuela pública, Actas del VI Simposio Internacional de Derecho Concordatario (Coord. por CANO RUIZ, I.). Alcalá de Henares (2014): Comares, pp. 19-42; MARTÍN RETORTILLO, L.: “El derecho de los padres a elegir la educación de los hijos”, en AAVV: La enseñanza de la religión en la escuela pública, Actas del VI Simposio Internacional de Derecho Concordatario (Coord. por CANO RUIZ, I.). Alcalá de Henares (2014): Comares, 3-18.

un derecho integrado en el ejercicio de la patria potestad, tal y como lo establece el art. 154.1 CC: "Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica. Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades: 1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral". Se trata por lo tanto, de un derecho-deber acorde con el carácter de función de la patria potestad, ésta debe ser ejercida en beneficio del hijo, es decir, teniendo en cuenta el interés del menor⁵, que se configura como un principio prevalente que deberá primar en caso de confrontación. Y en este orden de intereses se establece la necesidad de oír al menor, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que esté directamente implicado y conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social⁶.

El derecho de los progenitores debe conjugarse con el derecho del menor a la libertad religiosa y de conciencia contemplado en el art. 6 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor⁷ (LOPJM). Los menores de edad, en cuanto personas, son también obviamente titulares de derechos fundamentales⁸. Consecuentemente, el ejercicio de estos derechos y la facultad de disponer de ellos no puede abandonarse

- 5 El interés del menor se desprende del art. 39.4 de la Constitución española (CE) y diversos preceptos del Código Civil entre los que destacan: el art. 92. 2º, 156. 5º, 159, 161, 170. 2º y 216, entre otros. Sobre el interés del menor entre otros, vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Madrid (2007): Dykinson.
- 6 La necesidad de oír al menor se establece en el art. 9.1 de 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. BOE de 17 de enero de 1996 (LOPJM), donde se dispone que: "el menor tiene derecho a ser oído". En el Código civil en los arts. 92. 2 y 154. 5 se recoge la necesidad o exigencia de oír al menor en ciertos casos y en otros artículos como: 159, 177. 3, 231, 237, 273. También los arts. 770. 4 y 777. 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).
- 7 Este derecho también está reconocido en el ámbito internacional en el art. 14. 1 y 3 de la Convención de Derechos del niño (CDN), de 20-11-89, BOE de 31-12-9.
- 8 Sobre la libertad religiosa del menor puede consultarse entre otros: LÓPEZ ALARCÓN, M.: "Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas", *Anales de Derecho. Revista de la Facultad de Derecho Universidad de Murcia* (1997), núm. 15, pp. 323-343; SERRANO POSTIGO, C.: "Libertad religiosa y minoría de edad en el Ordenamiento Jurídico Español", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*. Madrid (1983): Universidad Complutense, pp. 825-828; ARECES PIÑOL, Mª T.: "Tutela del menor y libertad religiosa", en AAVV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte I. Castellón-Valencia* (1999): Diputación de Castellón, pp. 39-50; ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Notas sobre la libertad religiosa del menor", en AAVV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte I. Castellón-Valencia* (1999): Diputación de Castellón, pp. 33-38; MARTÍN SÁNCHEZ, I.: "Patria potestad y libertad religiosa del menor en la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos", en AA.VV.: *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho Comparado* (Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado). Bilbao (2001): Universidad del País Vasco, pp. 585-602; MARTINELLI, J. M.: "Relaciones paterno-filiales y libertad de conciencia", en AAVV.: *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho Comparado* (Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado). Bilbao (2001): Universidad del País Vasco, pp. 81-142; MORENO BOTELLA, G.: "La protección jurídica del menor y el derecho de los padres a elegir su educación de frente a la Administración (En torno a la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 23-11-99)", en AAVV.: *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho Comparado* (Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado). Bilbao (2001): Universidad del País Vasco, pp. 631-648; PUENTE ALCUBILLA, V.: *Minoría de edad, religión y derecho*. Madrid (2001): Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales; REDONDO ANDRÉS, M. J.: "La libertad religiosa del menor", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* (2004), vol. XX, pp. 131-161; VALERO HEREDIA, A.: *Constitución, Libertad religiosa y minoría de edad. Un estudio a partir de la Sentencia 154/2002 del Tribunal Constitucional* (2004): Universidad de Valencia; RODRIGO LARA, Mª B.: *Minoría de edad y libertad de conciencia*. Madrid (2005): Universidad Complutense de Madrid; 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 (2006): Tecnos.

por entero a lo que al respecto puedan decidir los que tienen atribuida su patria potestad o su guarda y custodia. El ejercicio del derecho de los padres deberá modularse en función de la madurez del niño y de los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar. El menor se encuentra en un proceso de formación de su propia identidad ideológica o religiosa y corresponde a sus padres el papel esencial de apoyo y guía en el desarrollo personal tal y como lo establece el art. 6. 3 de la LOPJM al disponer que los padres "tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esa libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral"⁹. En consecuencia, no puede privarse al menor, de acuerdo con su madurez, de un ámbito de autonomía y decisión con independencia de las creencias de sus padres y el derecho de éstos debe dejar espacio para que el menor pueda desarrollar libremente su propia personalidad y creencias.

II. RESOLUCIÓN JUDICIAL DE CONFLICTOS ENTRE PROGENITORES EN CASO DE DESACUERDO EN LA FORMACIÓN RELIGIOSA DE SUS HIJOS.

El derecho de los padres a elegir la educación religiosa y moral que esté conforme a sus convicciones debe ejercerse conjuntamente en beneficio del menor, como ya hemos visto. El tema que nos ocupa ahora es determinar qué ocurre en caso de desacuerdo entre los progenitores. El punto de partida lo marca el Código civil al establecer que la patria potestad se ejerce conjuntamente por ambos progenitores o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro. En caso de desacuerdo, podrán acudir al Juez y éste, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o se diera cualquier otra causa que entorpeciera gravemente el ejercicio de la patria potestad, el juez podrá atribuir el ejercicio de la patria potestad, total o parcialmente, a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. No obstante, esta medida sólo tendrá vigencia durante el plazo que se fije, y nunca podrá exceder de dos años.

En el caso de que los padres viven separados, se establece que la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio¹⁰.

En la práctica forense los casos de desacuerdo entre los progenitores respecto de la educación religiosa de los hijos están vinculados a supuestos de ruptura de la

⁹ En el mismo sentido, el art. 14.2 de la Convención Europea de los Derechos del Niño establece "los Estados partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho conforme a la evolución de sus facultades".

¹⁰ Art. 156 CC.

convivencia matrimonial. Encontramos así supuestos en los que las creencias religiosas de uno de los progenitores han sido alegadas como causa para la modificación de las medidas adoptadas respecto a la patria potestad, la custodia o el régimen de visitas. Y también casos de conflictos en el ejercicio de la patria potestad en temas educativos y religiosos. Estudiamos, a continuación, los supuestos de hecho con el fin de analizar los criterios empleados en la resolución de estos conflictos.

I. Las creencias religiosas como causa de modificación de las medidas adoptadas en los supuestos de crisis matrimoniales.

A) Casos de impugnación en la atribución de la custodia.

Tanto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como en la española encontramos varios casos en los que las creencias religiosas de uno de los progenitores son alegadas para modificar la atribución de la guarda y custodia de los hijos¹¹.

El Tribunal de Estrasburgo conoció sobre este tema, entre otros, en el asunto Hoffmann contra Austria, con la sentencia de 23 de junio de 1993¹². En este caso los esposos eran católicos, religión en la que habían bautizado a los hijos. Después de varios años de matrimonio, la esposa se adscribe a los Testigos de Jehová, abandona el domicilio familiar llevándose a los menores y solicita el divorcio. En el proceso ambos progenitores reclaman la custodia de los hijos.

El padre alegó que si los niños quedaban al cuidado de la madre, corrían el riesgo de crecer de modo perjudicial. Argumentó que los principios educativos de la confesión religiosa, a la que pertenecía la madre, eran hostiles a la sociedad, lo que les impediría el contacto con los que no fueran miembros, las expresiones de patriotismo (como cantar el himno nacional) y la tolerancia religiosa, todo lo cual conduciría al aislamiento social de los niños. Además, la negativa de los Testigos de

11 Encontramos incluso un supuesto en el que las creencias religiosas del padre (de religión islámica) han sido alegadas para solicitar la privación de la patria potestad. Vid. SAP Madrid 30 septiembre 1999 (AC 1999, 1911). En este caso la madre solicitó "la privación de la patria potestad sobre el hijo menor habido de la unión no matrimonial, por cuanto que el apelado profesa la religión musulmana y en razón a los principios y teorías religiosas que se mantienen en dicha religión se estima que se causará al hijo un grave perjuicio; alegó asimismo el temor a que dicho apelado se lleve fuera de España a dicho hijo". El Tribunal señala que "nadie, a priori, puede ser objeto de medidas coercitivas que menoscaben, dificulten o impidan tal libertad y aunque es cierto que no es un derecho ilimitado, en orden a la pretensión que ahora se mantiene, es necesario acreditar sin ningún género de dudas que el ejercicio de ese derecho de culto menoscaba la seguridad, la salud o la formación integral de los hijos; es obvio que la conclusión no puede ser otra que la de afirmar que la religión no es causa, per se, para privar a ninguno de los progenitores de la patria potestad".

12 STEDH, asunto Hofmann contra Austria de 23 de junio 1993 (TEDH 1993, 27). Un comentario a esta importante sentencia puede verse en: MARTÍNEZ TORRÓN, J.: "La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* (1993), Vol. IX, pp. 53-87; Ídem, "Derecho de familia y libertad de conciencia en el Convenio Europeo de derechos Humanos", en AAVV.: *Derecho de Familia y Libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y en el Derecho comparado*, Actas del IX Congreso de Derecho Eclesiástico del Estado (2001): Universidad del País Vasco, pp. 142-162.

Jehová a recibir transfusiones de sangre, los expondría a situaciones de peligro para su vida o su salud.

El tribunal de instancia concedió la custodia a la madre teniendo en cuenta, según argumenta la sentencia, únicamente el bienestar de los niños. Éstos tenían lazos afectivos más estrechos con la madre, por lo que separarlos podría ocasionarles daños psicológicos.

El padre apeló esta decisión y el Tribunal Supremo cambió el sentido de la controversia al concederle custodia. Los argumentos empleados para modificar la atribución de la custodia fueron dos. En primer lugar por la infracción de la ley nacional sobre la educación religiosa de los hijos que establecía que ninguno de los padres puede decidir sin el consentimiento del otro cambiar la educación religiosa de los menores¹³. Y en segundo lugar, porque la vida de los menores podía verse comprometida por una negativa de la madre a las transfusiones de sangre y la educación conforme a las creencias de la madre podrían llevarles a la marginación social.

La señora Hoffmann apeló a instancias internacionales. Denunciaba haber sido privada de la guarda y custodia de sus hijos debido a sus convicciones religiosas¹⁴. El fallo del TEDH fue a favor de la esposa al estimar que se había violado el art. 8 en relación con el art. 14 del Convenio. El Alto Tribunal consideró que se había producido una diferencia de trato por motivos religiosos, al valorar como determinante en la concesión de la custodia al padre, la pertenencia de la madre a los Testigos de Jehová. Aunque se reconoce que hay cierto riesgo para la vida de los niños por el rechazo de la madre a las transfusiones de sangre, el Tribunal consideró que existía una desproporción entre la retirada de la custodia y el riesgo a evitar¹⁵.

Esta línea jurisprudencial la encontramos también en el caso Ignaccolo-Zenide contra Rumanía de 25 de enero de 2000 y en el caso Palau-Martinez contra Francia de 16 de diciembre de 2003¹⁶, así como en algunas sentencias españolas de diversas Audiencias Provinciales¹⁷.

13 "El apelante, no ha manifestado hasta aquí que los niños pertenecían a la fe católica; sin embargo, ha declarado, y se ha establecido de hecho, que la madre los está educando según las enseñanzas de los Testigos de Jehová. También, es indiscutible, que los niños no pertenecen a esta confesión. Los tribunales inferiores deberían haber examinado, por consiguiente, si el modo en que la madre está educando a los niños, contraviene o no las previsiones de la Ley Federal de 1985 sobre la Educación Religiosa de los Niños" (FJ 15).

14 Invocaba su derecho al respeto de su vida familiar (art. 8 del Convenio), su libertad religiosa (art. 9), su derecho a educar a sus hijos conforme a sus convicciones religiosas (art. 2 del Protocolo núm. 1), y el derecho a la no discriminación (art. 14).

15 El caso fue decidido por cinco votos a favor y cuatro en contra y ha sido merecedor de numerosas críticas. Vid. en este sentido: MARTÍNEZ TORRÓN, J.: "La libertad religiosa", cit., p. 82.

16 Un comentario a estas sentencias puede verse en: RODRIGO LARA, M. B.: "La libertad religiosa y el interés del menor", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* (2001), XVII, p. 284.

17 SAP Salamanca 14 julio 1999 (AC 1999, 6511) y SAP León 7 de junio 1994 (AC 1994, 1124).

En efecto, los Tribunales españoles tampoco han modificado la atribución de la custodia en estos casos, aunque sí que han establecido ciertos límites en el ejercicio de la misma¹⁸. Los supuestos de hecho de estos casos son semejantes a los citados anteriormente. La madre a la que se ha atribuido la custodia de los menores, pertenece a los testigos de Jehová y el padre impugna dicha atribución basándose en el peligro psicológico y físico que dichas creencias pueden representar para los hijos. Se deniega la solicitud del padre por entender que ello supondría una vulneración del derecho de libertad e igualdad religiosa de la madre. No obstante, se ponderan los derechos y se establece un régimen cautelar de medias preventivas en beneficio del menor: la madre no podrá llevar a los hijos a ningún acto religioso sin el consentimiento del marido y en caso de tratamiento médico del menor deberán estar conformes ambos padres y en su defecto acudir a la autoridad judicial.

B) Solicitud de modificación o supresión del régimen de visitas basado en las creencias religiosas del progenitor no custodio.

El Tribunal de Estrasburgo ha conocido recientemente de un supuesto de estas características: el asunto Vojnity contra Hungría¹⁹.

En este caso la jurisdicción húngara suprimió, a solicitud de la madre, el derecho de visita del P.Vojnity perteneciente a un movimiento pentecostal carismático creado en el año 1979, la congregación religiosa Hit Gyülekezele. Los Tribunales nacionales húngaros consideraron que el proselitismo que ejercía sobre su hijo era perjudicial en base a los informes psicológicos presentados como prueba en el proceso. En éstos se señalaba que el Sr.Vojnity tenía ideas educativas fantasiosas debido a su fanatismo religioso lo que, según el especialista, producía una imposibilidad de criar con normalidad a su hijo. Se afirmaba que el padre tenía una “irracional visión del mundo”, lo que le hacía incapaz de criar a un niño y que “no hacía uso de sus derechos parentales de acuerdo con su verdadero propósito, sino para imponer sus convicciones religiosas”.

Llevado el asunto a Estrasburgo, el Tribunal de Derechos Humanos consideró probada la violación del art. 14 en relación con el art. 8º del Convenio. El impedimento para que el Sr.Vojnity ejerciera sus derechos, se había basado en motivos religiosos, lo que sin lugar a dudas, constituía una discriminación. Por otro lado, el Tribunal señala que el Convenio reconoce a los padres el derecho a transmitir a sus hijos sus creencias religiosas y este derecho compete a los padres, ya se encuentren

18 El único supuesto en el que sí se produce una modificación de la atribución de la custodia, en base al perjuicio que podrían ocasionar a los menores las creencias religiosas de la madre (Testigo de Jehová), lo encontramos en la STS 74/1980, de 27 de febrero. No obstante, no es ésta la línea jurisprudencial que se ha seguido. Hay que advertir, por otra parte, que dicha sentencia se pronuncia cuando aún no estaba vigente ni la actual Ley Orgánica de libertad religiosa, ni se había aprobado la ley de 7 de julio de 1981, modificadora del Código civil, que introdujo el divorcio.

19 STEDH, asunto Vojnity contra Hungría, de 12 febrero de 2013 (RI 413360).

casados o divorciados, siempre claro está que no se exponga al menor a prácticas susceptibles de producirle un daño físico o moral. En suma, el Tribunal concluyó que ninguna circunstancia excepcional había existido para tomar una medida tan severa como era impedir todo contacto y posibilidad de encuentro entre el denunciante y su hijo. Se consideró que la medida resultaba desproporcionada con el fin legítimo perseguido (proteger el interés superior del niño).

En la jurisprudencia española también encontramos un importante caso sobre la restricción del derecho de visitas en base a las creencias religiosas de un progenitor. Nos referimos al asunto resuelto mediante la STC 141/2000, de 29 de mayo²⁰. Los hechos de este caso fueron los siguientes: la esposa interpone demanda de separación por la adscripción del marido al denominado «Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España» y por el proselitismo que éste estaba ejerciendo sobre ella misma y los hijos del matrimonio (de cinco y doce años), por lo que solicitaba también la restricción del régimen de visitas que se concediera al padre. El Juzgado de Primera Instancia atribuyó la custodia de los hijos a la esposa y estableció un régimen de visitas a favor del marido (fines de semana alternos y mitad de vacaciones) «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 tenga relación con aquéllas».

La sentencia de instancia fue recurrida por la esposa por considerar insuficientes las restricciones adoptadas para preservar a los menores de las creencias y actividades de su padre como miembro de aquel Movimiento Gnóstico. La Audiencia Provincial de Valencia estimó parcialmente el recurso de apelación, aumentando las limitaciones del régimen de visitas y el padre recurrió en amparo al considerar vulnerado su derecho de libertad religiosa. El alto Tribunal falló a favor del padre al considerar que la Audiencia Provincial no había acreditado un riesgo adicional que justificara la restricción más severa del derecho paterno²¹.

Un caso similar, en la jurisprudencia inferior, lo encontramos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 7 febrero 2007²², en donde se estimó

20 Comentarios sobre esta sentencia pueden encontrarse en: PASCUAL MEDRANA, A.: “Padres, hijos menores y libertad religiosa”, *Repertorio de Aranzadi Constitucional* (2000), núm. 20; RODRIGO LARA, M^a. B.: “La libertad religiosa y el interés del menor”, cit., p. 144.

21 En este sentido el fundamento jurídico n 7 señala: “La Audiencia Provincial, pese a la gravedad de la cuestión sometida a su conocimiento, no expresa en momento alguno de su Sentencia en qué hechos funda su convicción de la necesidad de extender las medidas limitativas acordadas en la instancia. Ni siquiera trata de razonar los motivos por los que considera adecuadas al caso las restricciones temporales del derecho a visita del recurrente, ni la relevancia o incidencia que pueda tener el que los menores no pernocten con su padre los fines de semana correspondientes o no disfruten con él de los períodos vacacionales, a los efectos de evitar el grave riesgo que semejante contacto pudiere acarrear para el desarrollo personal de sus hijos”. De donde se concluye que la Audiencia “ha dispensado al recurrente un trato jurídico desfavorable a causa de sus creencias personales, lesionando así su libertad de creencias”.

22 Vid. la SAP Tarragona 7 febrero 2007 (AC 2007, 907). En este caso, en el recurso interpuesto por el padre se plantea si la práctica religiosa del progenitor puede ser o no negativa para la hija de 9 años de edad. La prueba

conforme a derecho las restricciones impuestas por el juzgador al ejercicio del derecho de visita en base a las creencias religiosas del padre.

C) Incidencia de las creencias religiosas en estas decisiones judiciales.

En este punto es posible realizar una valoración de la relevancia de las creencias religiosas como criterio modulador de las medidas relativas a la atribución de la custodia o al régimen de visitas.

A la luz de los diversos casos tratados en la jurisprudencia podemos afirmar que es evidente que las creencias religiosas de los padres no pueden constituir **per se** una causa para la privación o atribución de la guarda y custodia de los hijos menores, pues ello vulneraría los derechos de igualdad y libertad religiosa²³. En un Estado aconfesional y garante de la libertad religiosa, la elección del cónyuge a quien deba atribuirse la guarda de la prole no puede estar influida, positiva ni negativamente, por la profesión religiosa de los progenitores. De hecho, en un Estado laico los poderes públicos salvo cuestiones de orden público²⁴, no deben entrar a valorar las creencias religiosas de los ciudadanos²⁵, su función es la de constatar su existencia y contribuir a que el derecho de libertad religiosa sea real y efectivo²⁶.

Sin embargo, esta afirmación, como casi todas en derecho no es absoluta, ya que cuando las creencias de los progenitores puedan afectar de alguna forma al menor, deberán ser tenidas en cuenta por el juzgador para determinar el alcance de las mismas en relación con el interés superior del menor. Y es que la libertad religiosa tiene, como ha sido puesto de relieve por el TC, diversa intensidad según se proyecte sobre la propia conducta o bien lo haga sobre la repercusión que esa conducta, conforme a las propias creencias, tenga sobre terceros²⁷. En estos casos, es evidente que el juzgador no valorará las creencias de los progenitores en su

pericial realizada a ambas partes concluye proponiendo un régimen de visitas con determinadas restricciones que es asumido por el juzgador de instancia y corroborado por la Audiencia.

23 Cfr. Art. 14 y 16 CE.

24 Los límites al derecho de libertad religiosa establecidos por el art. 16 CE, son desarrollados en el art. 3.2 de la LOLR y deben ser interpretados conforme a los Tratados Internacionales de protección de los Derechos Humanos ratificados por España, de conformidad con el art. 10 CE.

25 La sentencia del Constitucional relativa a la inscripción de las entidades religiosas en el registro que a tal efecto se crea en el Ministerio de Justicia, al referirse a la labor de la Administración establece que ésta sólo puede constatar el hecho religioso, sin que pueda tener competencia para calificar a los grupos como religiosos o no. Vid. STC 46/2001, de 15 de febrero (RTC 2001, 46).

26 Cfr. Art. 9 CE.

27 "Cuando el art. 16.1 C.E. se invoca para el amparo de la propia conducta, sin incidencia directa sobre la ajena, la libertad de creencias dispensa una protección plena que únicamente vendrá delimitada por la coexistencia de dicha libertad con otros derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Sin embargo, cuando esa misma protección se reclama para efectuar manifestaciones externas de creencias, esto es, no para defenderse frente a las inmisiones de terceros en la libertad de creer o no creer, sino para reivindicar el derecho a hacerles partícipes de un modo u otro de las propias convicciones e incidir o condicionar el comportamiento ajeno en función de las mismas, la cuestión es bien distinta". STC 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000, 141), FJ 4º.

consideración religiosa, sólo lo hará en la medida que incida o pueda incidir en el desarrollo educacional del menor.

Hemos podido constatar que los Tribunales han descendido al análisis de las conductas resultantes de las creencias religiosas y han valorado su repercusión en los menores. Los ejemplos más numerosos se refieren a los Testigos de Jehová y, en menor medida, a otros grupos religiosos minoritarios o de nueva creación, como sucedió con el Movimiento Gnóstico cristiano o incluso respecto de la religión islámica, como ya expusimos.

En estos casos, el juez se encuentra con el problema previo de determinar cuál es el interés del menor en lo concerniente a la educación religiosa, y con el de realizar la valoración o el juicio de proporcionalidad entre el fin perseguido (la protección del interés del menor) y las medidas solicitadas. De los asuntos analizados podemos concluir que el hecho religioso o las creencias de los progenitores no han sido motivo suficiente para modificar la atribución de la custodia, ni para suprimir el régimen de visitas, ni mucho menos para privar a uno de los progenitores de la patria potestad. No obstante, el juzgador, realizando un juicio de proporcionalidad²⁸ entre el interés del menor y el derecho del progenitor que se quiere limitar, sí que ha admitido restricciones en el ejercicio de la patria potestad o ha establecido medidas preventivas, en base al perjuicio que determinadas creencias religiosas, pueden causar a los menores.

2. Las decisiones sobre la formación religiosa del menor en caso de ruptura de la convivencia.

Cada vez es más frecuente encontrar en los Tribunales de instancia demandas solicitando la intervención judicial para resolver conflictos en el ejercicio de la patria potestad sobre cuestiones como la elección del centro escolar o de la asignatura de religión, la asistencia a catequesis, el bautismo de los hijos o la primera comunión²⁹. Es necesario, por lo tanto, determinar a cuál de los progenitores le corresponde decidir estas cuestiones, en caso de ruptura de la convivencia y cuáles son los criterios, en

28 La STC 207/1996, de 16 diciembre (RTC 1996, 207), sobre el criterio de proporcionalidad señala que: "para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la medida es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)". Sobre este principio véase: BARNES, J.: "Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario", *Revista Administración Pública* (1994), pp. 495 ss.; MEDINA GUERRERO, M.: "El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales", *Cuadernos de Derecho Público* (1998), pp. 119-141; GONZÁLEZ BEILFUSS, M: *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Pamplona (2003) Thomson-Aranzadi.

29 GONZÁLEZ VICENTE, M^o P.: "Anotaciones a la situación del menor en los supuestos de crisis familiar", en AA. VV. *El menor y la familia: conflicto e implicaciones* (coord. por RODRÍGUEZ TORRENTE, J.). Madrid (1998): Universidad Pontificia de Comillas, p. 109.

interés del menor; que se deberían aplicar en la resolución de los conflictos familiares en los que interviene el factor religioso.

El art. 156 CC establece que si los padres viven separados la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva, de donde parece desprenderse que la atribución de la guarda y custodia conllevaría la competencia para decidir sobre la formación religiosa del menor. En el Código civil no está determinado el contenido de la guarda, la normativa se limita a referirse a ella en varios artículos (arts. 90, 92 y 103). La guarda, en contraposición a la patria potestad, es una facultad "doméstica" en el sentido que comprende todos aquellos aspectos derivados del quehacer diario, es decir, alimentación, cuidado inmediato, imposición de normas de disciplina, consuelo, estudio, etc. Y esta facultad de guarda se comparte entre ambos progenitores, en los tiempos de convivencia en que los hijos comunes, permanecen con cada uno de ellos³⁰. Por lo tanto, la atribución de la guarda no implica la extinción de la patria potestad del otro progenitor y, por ello, las funciones y el derecho inherentes a ella permanecen en el progenitor no custodio. En consecuencia, las decisiones de especial relevancia para el menor deberán ser asumidas de forma conjunta por ambos progenitores en el ejercicio del derecho deber de la patria potestad, con independencia de quien tenga atribuida la guarda³¹.

Como señala C. GUZMÁN³², en muchas ocasiones el progenitor que conserva la custodia en exclusiva se arroga la facultad de decidir, sin consultar al otro progenitor, sobre cuestiones distintas a las meramente cotidianas. Por ello, es conveniente que las resoluciones judiciales que establecen el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores, contengan una descripción de su contenido y del tipo de decisiones que por su relevancia para los hijos, los progenitores deberán adoptar conjuntamente. Dentro de este tipo de decisiones se señalan, por ejemplo, las decisiones dentro del ámbito de la salud, cambios de lugar de residencia, de colegios y la orientación o enseñanza religiosa³³.

30 Respecto a la guarda y custodia puede verse entre otros: DELGADO DEL RÍO, G.: *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*. Madrid (2011): Civitas; GONZÁLEZ VICENTE, P. y GONZÁLEZ POVEDA, P.: *Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos y procesales: adaptado a las leyes 13-2005 y 15-2005*. Pozuelo de Alarcón (2005): Sepín; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Los efectos derivados de las crisis conyugales: un estudio de la jurisprudencia española sobre la materia", *Revista Boliviana del Derecho* (2014), núm. 17, pp.148-169.

31 Como señala VIÑAS MAESTRE, el contenido de la guarda o de la custodia debe quedar limitado a la tenencia del menor y debe desaparecer la creencia errónea de que el progenitor custodio es el que ostenta el poder sobre el menor. La guarda y custodia no otorga al progenitor a quien se le atribuye mayores facultades que las que se derivan de la guarda y que corresponden igualmente al progenitor no custodio en los periodos que tiene a su hijo en virtud del régimen de comunicación o permanencias que se haya establecido. Vid. VIÑAS MAESTRE, D.: "Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda", *InDret* (2012), núm. 3, www.indret.com.

32 GUZMÁN PÉREZ, C.: "Patria potestad y custodia de los hijos en los casos de separación y divorcio, según la legislación y jurisprudencia española", *Estudios Eclesiásticos* (2011), vol. 86, núm. 339, p. 784.

33 Administrativamente se está avanzado para que el progenitor no custodio no se vea impedido de participar en las decisiones relevantes respecto del menor. En este sentido, en la Comunidad Valenciana se cuentan con las Instrucciones de la Secretaría Autonómica de Sanidad de 2 de octubre de 2013, por la que se regula la atención en los centros sanitarios públicos de los hijos e hijas menores cuyos padres no conviven, y la Resolución de 28 de marzo de 2014 del Director General de Centros y Personal Docente por la que se dictan Instrucciones en

La necesidad de que estas materias sean decididas de común acuerdo entre los titulares de la patria potestad desemboca en la judicialización de la vida familiar en caso de desacuerdo entre los progenitores en detrimento, en ocasiones, de la estabilidad de los menores. Un ejemplo lo encontramos en varios asuntos tramitados en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Barbastro, resuelto mediante el auto de 5 de diciembre de 2011 y el auto de 12 de abril de 2013³⁴. En el primer caso la madre solicita la atribución de la facultad de decidir sobre si los niños debían seguir recibiendo la educación en la educación católica dada la oposición del padre. En concreto, se planteaba si los menores podrían cursar la asignatura de religión y asistir a la catequesis de primera comunión. El juez atribuye la facultad de decidir a la madre en base al criterio de la continuidad. Dos años más tarde, vuelve la misma madre a solicitar que se le atribuya la facultad de decidir sobre si el menor podía hacer la primera comunión, debido nuevamente a la oposición del padre. En este caso el juez otorgó la facultad de decidir al padre. El mismo juez que resolvió la primera controversia consideró en la segunda petición lo más beneficioso para el menor era dejar para el futuro la decisión sobre si realizaba o no el rito de la primera comunión. El menor, en la audiencia, manifestó que le daba igual hacer o no la comunión. Respuesta que el mismo juzgador interpreta como mecanismo de defensa ante lo que percibe como un conflicto entre sus padres en el que prefería no tomar partido.

La pregunta que nos sugiere este caso es si realmente era necesario recurrir a la vía judicial para que el menor realizara el rito de la primera comunión, cuando anteriormente ya se había decidido en base al criterio de la continuidad, que el niño podía ser formado en la religión católica. ¿Es necesario el consentimiento de ambos progenitores para cada acto, cuando ya ha sido determinada la religión en la que el menor se ha de formar?

En otro asunto resuelto por la Audiencia Provincial de Castellón la madre que se opone a que el hijo sea educado por el padre en la religión católica, argumenta la necesidad del consentimiento de ambos progenitores para elegir la opción religiosa, ya que lo contrario se vulneraría los arts. 14 y 16 CE³⁵. El Tribunal resuelve confirmando la sentencia de instancia que facultaba al padre para instruir al menor en la citada religión. Considera que negar la posibilidad de transmitir al hijo sus creencias y de formarlo en una determinada opción religiosa, sí constituiría un menoscabo la libertad religiosa del padre. Por otro lado, se señala que el proyecto

relación con la escolarización del alumnado cuyos padres no conviven por motivos de separación, divorcio o situación análoga.

34 Autos no publicados.

35 SAP Castellón 154/2006, de 23 de octubre (JUR 2007, 228244). Éste es un caso de divorcio, en el que se establece la custodia compartida. Ambos padres son católicos, el matrimonio es canónico y el hijo fue bautizado en dicha religión. Tras el divorcio, la madre se opone a que el padre siga educando al menor en la religión católica, alegando que prefiere que sea el hijo el que elija la religión que desee cuando alcance la mayoría de edad.

educativo del padre suponía la continuidad en la formación que venía recibiendo el menor que además había sido bautizado en la religión católica.

Recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha tenido oportunidad de conocer un caso por desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad en relación con la formación religiosa del menor, el asunto Rupperecht contra España de 19 febrero 2013³⁶. En este caso el padre reclama el ejercicio exclusivo de la patria potestad en el tema educativo. Denunciaba que la madre había inscrito a la hija común de 10 años en cursos de catequesis católica sin acuerdo previo y alega que correspondía a la hija, cuando fuera mayor, decidir si deseaba adherirse a una confesión religiosa. Las instancias nacionales rechazan la pretensión del padre, decisión que es ratificada por el TEDH, atendiendo al consentimiento tácito del padre, al criterio de la continuidad y a la opinión manifestada por la menor³⁷.

A la vista de los casos expuestos pensamos que quizás se haya judicializado demasiado determinadas controversias en torno a la educación religiosa de los hijos, controversias que a veces responden más a un enfrentamiento personal de los progenitores que a planteamientos viales de los mismos. Consideramos que la utilización de la mediación familiar en la resolución de este tipo de conflictos, como paso previo a su judicialización, podría ser un modo de descomprimir posiciones bloqueadas entre los padres, que son las que más perjudican al interés del menor.

En el caso de tener que recurrir a los Tribunales para la resolución de este tipo de conflictos deberían tenerse en cuenta la existencia de pactos o convenios entre los progenitores sobre la educación de los hijos³⁸, aunque el juez debe hacer prevalecer el interés del menor. Y en nuestra opinión el criterio más acorde con dicho interés es el de la continuidad en la educación recibida. Este criterio, en el ámbito educativo, trata de tener en cuenta no tanto las convicciones religiosas de los padres, como aquellas elegidas por éstos para el menor y en las que está siendo educado, sobre todo si tiene una cierta edad.

Cuando la formación religiosa del menor ya está iniciada, LÓPEZ ALARCÓN³⁹ se muestra partidario de este criterio de la continuidad apoyándose en el art. 158

36 Decisión de 19 febrero 2013 (TEDH 2013, 22).

37 Los argumentos del juez se basaron en que la menor había sido escolarizada en un colegio que impartía clases de religión, circunstancia conocida por el demandante y sobre la que no mostró oposición. En este contexto, el juez señaló que la menor había solicitado, por iniciativa propia y de forma previsible teniendo en cuenta el contexto escolar, recibir la comunión conjuntamente con sus compañeros de clase. Su madre, titular de la custodia, se limitó a respetar su voluntad, garantizando así de forma adecuada el interés de la menor.

38 Consideramos que entrarían dentro de este concepto de acuerdo los supuestos de matrimonios canónicos previa dispensa del impedimento de disparidad de cultos o de la prohibición de contraer matrimonio mixto (cc. 1086 y 1124 CIC). En ambos casos se requiere para conceder la dispensa o la licencia, que la parte católica se comprometa a bautizar a los hijos y a educarlos en la religión católica. Este compromiso debe ser conocido por el otro contrayente, de modo que conste que es verdaderamente consciente del compromiso que adquiere.

39 LÓPEZ ALARCÓN, M.: "Nuevo derecho de menores", cit., p. 342.

CC, que obliga al juez a dictar “las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titularidad de la potestad de guarda”, esta norma, en su opinión es igualmente ampliable a todo supuesto de cambio, como el que supondría la variación sustancial en la educación religiosa.

Según RIVERO HERNÁNDEZ⁴⁰ éste es un sencillo criterio objetivo en la determinación del interés del menor: Con él se trata de mantener, en lo posible, el **status quo** del niño, a quien conviene, salvo que razones serias aconsejen otra cosa, mantener cierta estabilidad en su situación personal, en lugar de una alteración familiar, física o psíquica. Se trata de un criterio muy arraigado en la jurisprudencia británica para la asignación de la custodia de los hijos e incluso según Rivero se podría decir que está implícito en ciertas normas del Código civil español.

De acuerdo con el criterio de continuidad parece aconsejable que, en igualdad de condiciones, se atribuya la guarda y custodia al progenitor que asegure la continuidad en la educación religiosa que venía recibiendo el menor hasta el momento de la ruptura de la convivencia entre los padres. Así, señala MARTÍN SÁNCHEZ, se evita el peligro que podría suponer para el equilibrio psicológico del menor un brusco cambio de orientación en este punto, máxime si venía siendo educado en una determinada religión o ideología durante un periodo considerable⁴¹.

De la misma opinión es MARTÍNEZ TORRÓN “pues los cambios podrían alterar el proceso educativo del menor; con consecuencias negativas, y, en el contexto en el que el Estado se inclina hacia una neutralidad en materia religiosa e ideológica, resulta lógico que el mejor interés del niño se traduzca en mantener el vigente estado de cosas”⁴².

También NAVARRO VALLS se muestra partidario del criterio de la continuidad como la mejor manera de proteger el interés superior del menor; y en este sentido señala de forma crítica que: “en estos supuestos debe tenerse en cuenta exclusivamente el interés del niño, sin hacer artificiosas construcciones que, al intentar ser supuestamente respetuosas con el derecho de libertad religiosa de los padres, en el fondo desconoce la dinámica propia del factor religioso y de las convicciones en él sustentadas. Por ejemplo, cuando se observa que no está demostrado que la “iniciación simultánea a dos religiones sea perjudicial para el niño”, como expediente para equilibrar los derechos de libertad religiosa de padres con religiones o creencias distintas, se utiliza el típico argumento conciliatorio que, si tal vez mitiga las pasiones encontradas, es evidente que deja insatisfechas las inteligencias. Comenzando por

40 RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, cit., p. 134.

41 MARTÍN SÁNCHEZ, I.: “Patria potestad”, cit., p. 594.

42 MARTÍNEZ TORRÓN, J.: “Derecho de Familia”, cit., p. 154.

la del niño, sometido a la presión de una doble inductación que sólo confusión puede aportar⁴³.

De este modo MARTÍN SÁNCHEZ sostiene que “sería contrario al interés del menor la decisión unilateral de un cónyuge de negarse a elegir para el hijo la religión sobre la que ya existía acuerdo en el momento del matrimonio o su oposición a la continuidad de la educación religiosa recibida por el menor, o su intento de cambiar ésta por otra diferente”⁴⁴.

Por nuestra parte y para concluir, creemos que en caso de conflictos en el ejercicio de la patria potestad relativos a la formación religiosa del menor, el juez debería otorgar la facultad de decidir al progenitor que asegure la continuidad en la educación en la que el menor estaba siendo educado. Consideramos que la aplicación por los Tribunales del criterio de la continuidad, en estos casos, es el más acorde con el interés del menor; ya que le aporta la estabilidad necesaria en su formación y podría evitar, al mismo tiempo, la excesiva judicialización de las decisiones relacionadas con su educación.

III. EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA DEL MENOR FRENTE A LOS TITULARES DE LA PATRIA POTESTAD.

Corresponde ahora referirse al ejercicio armónico del derecho de los padres a formar a los hijos conforme a sus creencias y el derecho del menor a la libertad religiosa y de conciencia.

El art. 6, 3 de la LOPJM establece que: “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”. Este artículo refleja la naturaleza del derecho de los padres: es un derecho-función o un derecho-deber y, por lo tanto, subordinado al derecho a la educación del menor y a su interés. Su finalidad es la de lograr de la manera más efectiva, el libre desarrollo de la personalidad del menor, es decir, que éste llegue a auto-determinarse de una forma consciente y responsable.

I. Determinación de la capacidad del menor.

El principal tema que surge al plantearse el ejercicio del derecho de libertad religiosa y de conciencia por el menor es el de determinar a partir de qué momento puede ejercer por sí sólo este derecho⁴⁵ y en qué condiciones lo podrá ejercer, aun en contra de la opinión de los padres.

43 NAVARRO VALLS, R.: “Matrimonio, familia y libertad religiosa”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* (1996), núm. 12, p. 394.

44 MARTÍN SÁNCHEZ, I.: “Patria potestad”, cit., p. 593.

45 Sobre este tema puede consultarse la bibliografía citada en la nota 8.

En el ámbito de los derechos de la personalidad, no rigen las reglas generales de capacidad de obrar. Para el ejercicio de estos derechos basta que el titular tenga la capacidad natural, entendida como la capacidad de entendimiento y juicio necesario para comprender el alcance y consecuencias del acto de que se trate y adoptar una decisión responsable. Así se desprende de la normativa vigente, concretamente del art. 162.1 CC al establecer que se exceptúan de la representación legal los actos relativos a derechos de la personalidad del hijo siempre que éste tenga suficientes condiciones de madurez⁴⁶.

En nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, no se establece una edad determinada a partir de la cual el menor pueda ejercer por sí mismo el derecho de libertad religiosa. El legislador ha preferido un criterio casuístico, de modo que la capacidad del menor respecto del derecho personalísimo de libertad religiosa y de conciencia vendría determinada por la madurez o la capacidad necesaria para valorar la conveniencia de los actos que ejecuta. Y este hecho debería comprobarse *ad casum*, en los supuestos de discrepancias entre los menores y los titulares de la patria potestad.

Esto no impide que en algunos casos la ley exija una determinada edad para realizar ciertos actos de ejercicio de derechos de la personalidad, o que presuma que a partir de cierta edad el menor tiene capacidad natural para ejercerlos⁴⁷. Sin embargo, en el ámbito del ejercicio del derecho de libertad religiosa e ideológica del menor no se establece ninguna presunción, en este sentido creemos que podría considerarse la edad de doce años como referente, por cuanto que esa es la edad que se fija por la normativa para solicitar su opinión en los asuntos que le conciernen⁴⁸. En nuestra opinión ésta podría ser una edad indicativa para la resolución de los conflictos entre los menores y sus progenitores en el tema de la elección entre la asignatura de religión o la asignatura de valores éticos en la escuela⁴⁹.

46 En el mismo sentido la LO 1/1982 de protección al honor, la intimidad y la imagen dispone que el consentimiento a las intromisiones en estos derechos debe ser otorgado por los menores o incapacitados «si sus condiciones de madurez lo permiten» (art. 3). También se contempla así en la LOPJM que parte de la idea de que la mejor forma de garantizar la protección del menor es promover su autonomía como sujeto, señalando la necesidad de reconocer al menor una capacidad gradual o «progresiva» para el ejercicio de sus derechos fundamentales (Exposición de Motivos, nº II).

47 DE LAMA AYMÁ, A.: *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Valencia (2006): Tirant lo Blanch, p. 103.

48 Vid. art. 92 CC. Otros artículos en los que hace referencia a la edad de 12 años son: los arts. 154.5º, 156.2º, 177.3.3º, 231, 237.2º y 273 CC.

49 Un estudio realizado por la Conferencia Episcopal española ha evidenciado la existencia de una caída porcentual de los alumnos que deciden estudiar religión a partir de los 12 años, cuando se cursa ESO y Bachillerato. El descenso en la matrícula aumenta con la edad de los alumnos y se registra en todas las comunidades aunque con grandes diferencias territoriales. El estudio anual de la Conferencia Episcopal puede encontrarse en: <http://www.conferenciaepiscopal.es>. Actualmente la regulación de la asignatura de religión está regulada en la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, BOE de 10 de diciembre de 2013. Disposición Adicional Segunda

El grado de madurez que se exija al menor deberá estar, en todo caso, en consonancia con el acto que vaya a realizar. En este sentido, si se tratara por ejemplo de adscribirse a una organización religiosa distinta a la de los progenitores, entonces, quizás, la edad de referencia debería al menos elevarse a los catorce años, por aplicación analógica del art. 3.b de la LODA⁵⁰, en donde se exige el consentimiento documentalmente acreditado de los representantes para que los menores de catorce años puedan pertenecer a asociaciones ordinarias (no infantiles o juveniles)⁵¹. De cualquier forma, como hemos indicado inicialmente, nuestro sistema es casuístico y el ejercicio por el menor del derecho de libertad religiosa frente al derecho de los padres, dependerá del grado de madurez, entendimiento y discreción de juicio del menor en relación con el acto a realizar y sus consecuencias.

2. Supuestos conflictivos.

Los conflictos entre los progenitores y los menores en el ejercicio de sus respectivos derechos no son frecuentes en la práctica, aunque no por ello deja de ser importante su planteamiento.

Tenemos noticia de dos casos en derecho comparado, comentados por la doctrina⁵²: en Francia, la sentencia del Tribunal de Grande Instance de Versailles de 24 de septiembre de 1962⁵³ y en Italia, la sentencia del Tribunal de Menores de Génova de 9 de febrero de 1959⁵⁴.

En el primer caso, la sentencia del Tribunal de Grande Instance de Versailles de 24 de septiembre de 1962, se trataba de una menor, de 16 años de edad, bautizada en la Iglesia Católica, religión a la que pertenecían sus padres al tiempo de su nacimiento. Cuando la niña tenía ocho años de edad los padres se convirtieron e integraron en la Iglesia reformada (protestante). La menor solicitó y salió del hogar familiar, siendo ingresada en un centro católico, en el que se respetó su libertad religiosa y el ejercicio de la misma. Los padres alegaron que la religión que el hijo tiene de sus padres es un elemento de su estado civil y, en consecuencia, la práctica de la religión protestante adoptada de común acuerdo entre ellos, debía ser impuesta a la hija. El tribunal desestimó la petición y los argumentos esgrimidos por los padres en base al interés de la menor. En sus considerandos se recogía expresamente "que la patria potestad no es un derecho absoluto, discrecional, sino que debe ejercerse en primer

50 Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación. BOE de 26 de marzo de 2002.

51 CABALLERO LOZANO, J. M.: "La capacidad asociativa del menor de edad", en AAVV.: Estudios Homenaje a Díez-Picazo, t. I. Madrid (2003): Thomson-Aranzadi, pp. 306-310.

52 Pueden consultarse entre otros: ASENSIO SÁNCHEZ, M. A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*. Madrid (2006): Tecnos, pp. 100-106; RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, cit., p. 52; RUBELLINI-DEVICHI, J.: "La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI", en AAVV.: Simposio Internacional celebrado en Salamanca del 1 al 4 de mayo de 1996 con motivo del cincuentenario de la creación de la Unicef (Coord. por SOLER SALA, V., VERDUGO ALONSO, M. A.). Salamanca (1996): Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 317-332.

53 Sentencia citada por RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, cit., p. 235.

54 *Ibidem*.

lugar en interés del hijo teniendo por finalidad asegurar el desarrollo armonioso de su personalidad; que ningún atributo armonioso de la personalidad del hijo escapa en caso de conflicto al control del juez, competente para apreciar cuál es el interés del menor”.

Por otra parte, la sentencia del Tribunal de Menores de Génova de 9 de febrero de 1959 trataba de una menor, de diecisiete años de edad, bautizada católica, convertida al judaísmo a los nueve años tras haber sido legitimada por el matrimonio de su madre con un judío. Debido al maltrato sufrido por el padrastro, abandonó el hogar familiar e ingresó en un centro católico. El padre reclamó su devolución o en su caso que fuera ingresada en un centro israelí alegando que la niña había sido educada en la religión judía, siendo esa la religión de toda la familia frente a las alegaciones de la menor que hacía valer su bautismo católico. El Tribunal desestimó la demanda del padrastro en base al interés del menor y a la consideración de que si bien al padre le correspondía la facultad de guiar al hijo hacia la fe religiosa que estime oportuna, sin embargo no se pueden utilizar medios coercitivos para inducir a los hijos a practicar o seguir una fe religiosa no querida por ellos.

Tanto en el caso francés como en el italiano el Tribunal falla a favor de la protección de la libertad religiosa de los menores frente a los deseos expresados por los titulares de la patria potestad. Este dato es curioso si se tiene en cuenta que los supuestos son anteriores a 1989, fecha en la que se aprueba la Convención de los Derechos de Niño y momento a partir del cual las legislaciones nacionales comienzan a desarrollar la protección de los derechos del menor. Conviene, no obstante, tener en cuenta también que en ambos casos existía un trasfondo de malos tratos por parte de los progenitores.

En la jurisprudencia española no hemos encontrado ningún caso de confrontación directa entre la libertad religiosa de los menores y el derecho de los padres a decidir sobre su formación. No obstante, ante esta posibilidad podemos realizar algunas observaciones.

En primer lugar queremos señalar que se trata de supuestos excepcionales, lo habitual es que los hijos sigan las enseñanzas de los padres en mayor o menor medida. En la etapa especialmente delicada de la adolescencia es cuando se podría presentar el conflicto, ya sea por el hecho de que el menor se niegue a seguir las prácticas y creencias de sus progenitores, ya porque sea captado por una entidad religiosa diferente y quiera adscribirse a ella en contra de la voluntad de sus padres. Quizás sea este último el supuesto que más pueda darse en la práctica. De hecho, es un tema que preocupa socialmente y una prueba de ello es la reciente resolución aprobada por el Parlamento Europeo sobre la protección de los menores en relación

con las sectas⁵⁵. En estos casos habrá que tener en cuenta que los progenitores no sólo ejercen el derecho de educar a los hijos conforme a sus creencias, sino que también deben cumplir con la obligación de proteger a los menores especialmente vulnerables es esa etapa de su vida. Por otro lado, hay que considerar que la posición del menor en la familia y su situación de dependencia hacen realmente difícil pensar en algún caso en el que éste pudiera enfrentarse judicialmente a los padres por discrepancias en temas religiosos.

No obstante, de forma indirecta el TC sí que se ha pronunciado acerca del derecho de libertad religiosa de los menores y de los límites del derecho de los progenitores afirmando: "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"⁵⁶.

55 Resolución 1992 (2014) "La protection des mineurs contre les dérives sectaires", <http://assembly.coe.int>.

56 STC 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000, 141), FJ 5°. En el caso el juzgador de primera instancia estableció la «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 tenga relación con aquéllas» Y el TC señaló que "las limitaciones en la libertad de creencias de uno de los progenitores, consistentes en una restricción adicional del régimen de visitas, cuando se halla dirigido a tutelar un interés que constitucionalmente está supra ordenado (el interés del menor) no resulta, desde la perspectiva de su finalidad discriminatoria". Sentado este principio, el Tribunal habrá de realizar, en cada caso, el juicio de proporcionalidad entre las medidas adoptadas y el fin perseguido.