

**EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA DEL MENOR:
PROBLEMAS QUE PLANTEA**

Por la Dra. MARÍA CEBRIÁ GARCÍA
Área de Derecho Eclesiástico del Estado
Departamento de Derecho Público
Universidad de Extremadura

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES PREVIAS
2. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA DEL MENOR EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS DEL NIÑO DE 1989
 - 2.1. CONCEPTO DE NIÑO Y DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO
 - 2.2. EL MENOR COMO TITULAR DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA
 - 2.2.1. El ejercicio del derecho a la libertad religiosa por el menor**
 - 2.2.2. El contenido del derecho a la libertad religiosa del menor**
3. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA DEL MENOR EN EL ORDENAMIENTO INTERNO ESPAÑOL
 - 3.1. MOMENTO EN QUE EL MENOR PUEDE EJERCER SU DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA
 - 3.2. LA FORMACIÓN RELIGIOSA DEL MENOR EN SITUACIONES FAMILIARES ANÓMALAS

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El hombre, por el hecho de serlo, tiene unos valores superiores inherentes entre los que son básicos y primordiales la dignidad y la libertad. De estos valores superiores surgen los derechos del hombre.

Los niños, en cuanto seres humanos, también son titulares de esos derechos del hombre, entre ellos el de libertad religiosa.

Tanto el ordenamiento interno como el internacional, incluyendo al europeo, reconocen y protegen los derechos del ser humano durante su minoría de edad.

La preocupación internacional por la infancia va a aparecer en la época de la Sociedad de las Naciones, aprobando el 24 de septiembre de 1924 la Declaración de los Derechos del Niño.

En 1946 se crea el U.N.I.C.E.F., organismo de Naciones Unidas especializado en la defensa y protección de la infancia.

El 20 de noviembre de 1959 fue aprobada unánimemente, por Resolución 1386 de la Asamblea General, la Declaración de Derechos del Niño. Al tratarse de una resolución carece de valor jurídico «aunque el consenso de su aprobación, la solemnidad que la acompaña y algunas expectativas sobre su contenido inclinan a pensar que no es una resolución más, sin otro valor jurídico que ser examinada de buena fe por los Estados. Pero en modo alguno se puede concluir que haya constituido Derecho Internacional General»¹.

En 1978 Polonia presentó a la Comisión de Derechos Humanos una propuesta para adoptar una Convención sobre los Derechos del Niño, sin embargo no fue firmada hasta el 20 de noviembre de 1989.

Dicha Convención más que cualquier otro instrumento en este campo, incorpora todo el espectro de los derechos humanos —civiles, políticos, económicos, sociales y culturales— y provee ese respeto y protección de todos los derechos del niño que constituyen el punto de partida para el pleno desarrollo del potencial del individuo en una atmósfera de libertad, dignidad y justicia². Podemos decir que se trata de un verdadero Código Universal sobre el menor³.

¹ A. Mangas Martín, «La protección internacional de los derechos del niño», en *Suplemento del Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, n.º 4, Diciembre 1998, pág. 7.

² Vid. J. Martenson, Subsecretario General por los Derechos Humanos, en la ceremonia de firma de la Convención, Sede de la O.N.U., Nueva York, el 26 de enero de 1990.

³ Cfr. M. Alonso Pérez, «La situación jurídica del menor en la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras», en *Actualidad Civil*, n.º 2, 1997, pág. 20.

Ha sido ratificada hasta el momento por numerosos Estados, entre ellos España, en concreto el 30 de noviembre de 1990, con lo que se comprometen plenamente con sus disposiciones y a responder a la comunidad internacional en caso de no cumplirlas. Señala su art. 4 que «Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional».

2. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA DEL MENOR EN LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS DEL NIÑO DE 1989

Antes de examinar la norma internacional de carácter específico sobre la infancia, es obligado hacer referencia a las normas internacionales de carácter general sobre derechos humanos, así como las que afectan al marco europeo, pues la primera «se debe interpretar indispensablemente en el marco de las normas concernientes a la protección de los derechos humanos o, en otras palabras, se podría llegar a decir que los derechos del niño deben ser concebidos básicamente como derechos humanos fundamentales»⁴.

Nos referimos, como es sabido, a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, a los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966, y a la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, de 25 de noviembre de 1981. Dentro de nuestro marco regional europeo, al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950.

Ninguna de estas normas reconoce de forma expresa el derecho a la libertad religiosa del menor, pero de su lectura se deduce que el menor, en cuanto persona⁵, es titular del mencionado derecho y que durante su minoría de edad van a ser los padres los que normalmente actúen en nombre de sus hijos en este campo⁶. Esa actuación, no obstante, puede corresponder a otras per-

⁴ C. M. Díaz Barrado, *Código sobre protección internacional de la infancia*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1998, pág. 23.

⁵ El art. 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 1 de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, y el art. 9 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales señalan que «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión...».

⁶ Ver art. 13.3 del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, art. 5 de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas

sonas, físicas o jurídicas, bien por ausencia de los padres, bien porque estos no se encuentren en condiciones de desarrollarlo por incapacidad, bien por conveniencia prevista por la autoridad competente atendiendo al interés superior del menor.

La Convención Internacional sobre Derechos del Niño, a diferencia de las normas mencionadas, hace referencia expresa al derecho a la libertad religiosa del menor, como veremos seguidamente, no sin antes delimitar determinados conceptos imprescindibles en el estudio que nos ocupa.

2.1. CONCEPTO DE NIÑO Y DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Hablar sobre los derechos del niño y en concreto del derecho a la libertad religiosa nos obliga a concretar qué se debe entender por *niño* a los efectos de definición⁷, protección y garantía de tal derecho.

Por otro lado, debemos precisar el significado del denominado *interés superior del niño*, recogido en la Declaración de 1959 así como en la Declaración sobre eliminación de todas las formas de intolerancia de 1981 y presente en el articulado de la Convención de 1989 (en concreto en los arts. 3.1; 9.1; 18.1; 37c y 40), en cuanto noción fundamental en el ejercicio y tutela del derecho que estudiamos.

En cuanto a lo primero, el art. 1.º del Convenio establece que «se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad».

Por una parte, como regla básica, se fija en los dieciocho años la frontera entre el *niño* y el *adulto*, pero se establece una reserva a favor de la ley interna de los Estados que viene a relativizar el período que comprende la niñez, pues éstos pueden modificar con carácter general o en función de las circunstancias (edad penal, edad militar, edad para contraer matrimonio o trabajar, etc.) el momento en que termina la condición de *niño*⁸. De este modo, la aplicación de la normativa de la Convención en cada caso concreto queda sujeta a un proceso de interpretación «presidido por la búsqueda del trato más favorable a la persona en cuestión, y esto no sólo en aplicación del principio general del Derecho, sino por expreso imperativo convencional»⁹, pues el art. 41 del texto establece que

en la religión o las convicciones, y el art. 2 del Primer Protocolo del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

⁷ Al respecto ver P. Trinidad Núñez, *La definición jurídica de «niño» en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, monografía actualmente en prensa en el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura, Cáceres.

⁸ Vid. A. Mangas Martín, «La protección internacional de los derechos del niño», *op. cit.*, pág. 9.

⁹ E. Pérez Vera, «El Convenio de los derechos del niño en el marco de la protección internacional de los derechos humanos», en *Garantía internacional de los derechos sociales*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1990, pág. 176.

«nada de lo dispuesto en el Convenio afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) el derecho de un Estado parte, o b) el derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado».

De esta forma la edad de dieciocho años que menciona el artículo citado de la Convención cumple funciones del *guía o pauta*, tanto para las normas internas como internacionales que se adopten en el futuro y que afecten a los niños¹⁰.

Por otra parte, el Convenio no hace referencia al momento en que se adquiere la condición de *niño*, lo cual tiene que ver con el momento en el que se adquiere la condición de *ser humano*.

Cuando se discutió el Convenio se debatió sobre cuál era el momento en que debía entenderse que se adquirían los derechos reconocidos en la Convención, si en el momento de la concepción o en el del nacimiento.

El observador de la Santa Sede declaró que ésta reconocía que los derechos del niño comenzaban antes del nacimiento, pues el niño y su vida existían desde el momento de la concepción, que era la transmisión de la vida en el matrimonio al cual estaba encomendada de manera exclusiva la misión de transmitir la vida. En consecuencia, un niño concebido era titular de derechos. La vida humana debía ser respetada absolutamente y protegida desde el momento de la concepción¹¹.

Tras este problema latía la polémica sobre el aborto voluntario, y sin querer prejuzgar posiciones sobre el mismo se terminó planteando este tema de manera un tanto ambigua. La solución fue incorporar en el párrafo 9 de la Convención las expresiones de la Declaración de 1959, recordando únicamente que la protección del niño debe ser dispensada tanto antes como después del nacimiento debido a su falta de madurez física y mental y a que necesitará cuidados y protección especial¹².

Señala Díaz Barrado que «lo que queda suficientemente claro en la Convención es que ésta no podía ni debía pronunciarse respecto al momento inicial en el que se adquiere la *condición de niño*, ya que ello sobrepasaría los límites de la misma, al decidir indirectamente sobre una cuestión distinta: el momento a partir del cual se considera que se adquiere la *condición de ser humano*. Por esto, la lectura conjunta del párrafo 9 del Preámbulo y del art. 1, hace que quepa toda suerte de interpretaciones, respetándose, por ende, la reacción de valores propios de cada sociedad nacional»¹³.

¹⁰ Vid. C. M. Díaz Barrado, «La convención sobre los derechos del niño», en *Estudios Jurídicos en conmemoración del X aniversario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Córdoba, 1991, pág. 192.

¹¹ Vid. E/CN.4/1988/28, 6 de abril, págs. 5-6, párr. 25.

¹² Párrafo 9 del Preámbulo: «Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento».

¹³ C. M. Díaz Barrado, «La convención sobre los derechos del niño», *op. cit.*, pág. 191.

Respecto a la segunda cuestión, es decir, la noción de *interés superior del niño*, a pesar de que a ella hacen referencia distintos artículos de la Convención, ésta no la define, como tampoco lo hacen las otras normas internacionales que la recogen, ni es posible precisar su concepto atendiendo al proceso de elaboración de ese instrumento jurídico específico sobre la infancia.

Su art. 3.1 establece que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será al interés superior del niño».

Si se parte de que los niños en la mayoría de los casos no pueden ejercitar por sí solos los derechos de los que son titulares, sino que serán otras personas las encargadas de actuar por el menor¹⁴, atendiendo al artículo transcrito y a los demás de la Convención que emplean¹⁵ esta noción, el interés superior del niño es el criterio a seguir por estas personas en el ejercicio de los derechos de los menores y, en concreto, en la aplicación de las normas que los regulan¹⁶.

A pesar de su indeterminación por la norma, la doctrina ha llegado a concretar criterios que nos acercan al significado de este principio.

Señala Mangas Martín que el interés superior del niño es un concepto amplio que hace referencia a su desarrollo integral, físico, mental, espiritual, moral y social¹⁷.

Alonso Pérez concreta que dicha noción debe referirse al desenvolvimiento libre e integral de su personalidad, a la supremacía de todo lo que le beneficie más allá de las apetencias personales de sus padres, tutores, curadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural. La salud corporal y mental, su perfeccionamiento educativo, el sentido de la convivencia,

¹⁴ Cfr. B. Franklin, *The rights children*, EE.UU., pág. 1.

¹⁵ Art. 9.1: «Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres, o cuando éstos vivan separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño».

Art. 18.1: «Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño».

Art. 37c): «Todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tenga en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales; ...».

¹⁶ Cfr. C. M. Díaz Barrado, «La convención sobre los derechos del niño», *op. cit.*, pág. 194; A. Mangas Martín, «La protección internacional de los derechos del niño», *op. cit.*, pág. 10.

¹⁷ *Vid. Ibidem*, pág. 9.

la tolerancia y solidaridad con los demás sin discriminación de sexo, raza, etc., la tutela frente a las situaciones que degradan la dignidad humana (droga, alcoholismo, fundamentalismos, sectas, etc.) son otros tantos aspectos que configuran el concepto más vivencial que racional del interés del menor¹⁸.

Por su parte, el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de septiembre de 1996¹⁹ ha señalado que el interés superior del menor es un «principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los Jueces pueden adoptar (art. 158 del C.c.) se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor...»²⁰.

2.2. EL MENOR COMO TITULAR DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA

El art. 14 de la Convención en el párrafo primero establece que «Los Estados Partes respetarán el derecho de los niños a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión», señalando el párrafo tercero de este mismo artículo que «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».

Dentro del ámbito internacional la novedad la representa el que se reconozca expresamente el derecho a la libertad religiosa del menor sin que se hable del término genérico «toda persona». Manifiesta Hierro Sánchez-Pescador que esto supone un decidido paso adelante respecto a lo que constituye la tradición vigente en los países políticamente desarrollados, y también un triunfo del punto de vista teórico²¹ de que, efectivamente, los niños tienen derechos²².

¹⁸ Vid. M. Alonso Pérez, «La situación jurídica del menor en la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras», *op. cit.*, pág. 24.

¹⁹ R.J. 1996/6722.

²⁰ Fundamento de Derecho 2.º.

²¹ L. L. Hierro Sánchez-Pescador, «¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los derechos del niño», en *Revista de Educación*, n.º 294, Madrid, enero-abril 1991, pág. 231.

²² Señala el autor citado que a la pregunta de si los niños tienen derechos un jurista contestaría rápidamente que sí, incluso un estudiante de Derecho, en cuanto que el niño es jurídicamente persona, y por tanto, un titular de derechos y obligaciones. Sin embargo, un filósofo del Derecho o un teórico de los derechos humanos se plantearía serias dudas antes de contestar esta pregunta. Una

Fue Estados Unidos el que propuso en los trabajos preparatorios la inclusión de un precepto relativo a la libertad de pensamiento, conciencia y religión del menor²³. Constituyó éste un tema muy discutido y el desacuerdo acerca del alcance del derecho a la libertad religiosa aplicado a los niños, arriesgó la obstrucción del borrador y la adopción de la Convención misma al completo. No obstante, definitivamente su art. 14 va a reconocer este derecho.

Aún así, algunos Estados que forman parte de la Convención, como es el caso de Irak, Jordania o Marruecos, entre otros, no reconocen el derecho infantil de escoger religión como se evidencia en las amplias reservas y declaraciones formuladas al art. 14²⁴ en el momento de la ratificación. De aquí emerge el resultado

buena parte de ellos nos diría que, en términos rigurosos, los derechos humanos se concibieron originariamente como la proyección de la autonomía individual y que, por ello, exigen una independencia que no puede predicarse del menor de edad. Algún otro nos dirá que a los menores sólo cabe atribuirles ciertos derechos del hombre, particularmente aquellos que no son expresión de la libertad individual, y que algunos han llamado derechos-deberes, generalmente pensando que esta categoría explica un tipo de derechos humanos de más reciente afirmación, es decir, los derechos económicos, sociales y culturales. Otros contestarán que, efectivamente, los niños tienen derechos, aunque para ello sea necesario redefinir lo que entendemos por «derechos humanos». Cfr. *Ibidem*, pág. 221.

²³ Ver E/CN.4/1983/62, párrafo 52.

- ²⁴ - Argelia declaró que «El Gobierno de Argelia interpretará las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del art. 14 conforme a los fundamentos esenciales del régimen jurídico argelino, en particular de la Constitución, que estipula en su art. 2 que el Islam es la religión del Estado y en su art. 35 que son inviolables la libertad de conciencia y la libertad de opinión; y de la Ley NI 84-11, de 9 de junio de 1984, que contiene el Código de la Familia y que estipula que los hijos se educarán en la religión del padre».
- El Gobierno de Bélgica declaró que «interpreta el párrafo 1 del art. 14 en el sentido de que, de conformidad con las disposiciones pertinentes del art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, y del art. 9 de Convenio europeo para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión supone también la libertad de escoger su religión o creencia».
- Los Emiratos Árabes Unidos establecieron una reserva al art. 14 en el sentido de que «se considerarán obligados por lo previsto en este art. en la medida en que sea acorde con los principios y disposiciones del derecho islámico».
- Indonesia declaró que las disposiciones del art. 14 se aplicarán de conformidad con su Constitución.
- El Gobierno de la República Islámica de Irán se reservó el derecho de no aplicar cualquier disposición o artículo que no sea compatible con el derecho islámico o con la legislación interna en vigor.
- Irak consideró procedente aceptar la Convención aunque formuló una reserva a lo estipulado en el párrafo 1 del art. 14, relativo a la libertad de religión del niño, ya que autorizar que un niño pueda cambiar de religión es contrario a los preceptos de ley cherámica.
- El Reino Hachemita de Jordania formuló reserva, entre otros, al art. 14, no considerándose obligado por este artículo que concede al niño el derecho a la libertad de elegir religión por no ser compatible con los preceptos de la ley cherámica.
- La República de Kiribati declaró que los derechos del niño tal como se definen en la Convención, en particular los derechos definidos en los arts. 12 a 16, deben ejercerse con respecto de la autoridad paterna, de conformidad con las costumbres y tradiciones de I-Kiribati sobre el lugar que corresponde al niño dentro y fuera de la familia.
- Kuwait expresó reservas acerca de todas las disposiciones de la Convención que sean compatibles con las disposiciones de la ley cherámica y de las leyes nacionales en vigor.

de existir dos acercamientos distintos respecto a la existencia de un derecho infantil a la libertad religiosa: En los Estados que no hayan adoptado reservas, el principio de reconocer el derecho de tener o adoptar una religión de propia elección es igualmente aplicable a niños y a adultos. Sin embargo, en algunos Estados que forman parte de la Convención, sobre todo islámicos, no se reconoce el derecho infantil de escoger religión.

La Convención no solamente reconoce los derechos de los cuales los niños son titulares, sino que también recoge las obligaciones que en relación con éstos corresponden a sus padres o representantes para el desarrollo efectivo de esos derechos²⁵. En este sentido, y respecto al derecho a la libertad religiosa, el párrafo segundo del art. 14 establece que «Los Estados Partes respetarán los derechos

-
- El Gobierno de Malasia manifestó reservas, entre otros, al art. 14, declarando que sólo sería aplicable si está en conformidad con la Constitución, las leyes nacionales y las políticas nacionales del Gobierno de Malasia.
 - El Gobierno de la República de Maldivas formuló una reserva al párrafo 1 del art. 14 ya que la Constitución y las leyes de la República de Maldivas establecen que todos los habitantes de la República de las Maldivas deben ser musulmanes.
 - El Reino de Marruecos, cuya Constitución garantiza a todos el ejercicio de la libertad de cultos, formuló una reserva respecto de las disposiciones del art. 14, porque el Islam es la religión del Estado.
 - Omán formuló una reserva en el siguiente sentido: «El Sultanado no se considera obligado por las disposiciones del art. 14 de la Convención, que conceden al niño derecho a escoger su religión, ni por las del art. 30, que reconocen a los niños pertenecientes a minorías religiosas el derecho a profesar su propia religión».
 - El Gobierno del Reino de los Países Bajos entendió que el art. 14 de la Convención está en conformidad con las disposiciones del art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, y que este artículo incluirá la libertad de un niño de tener o adoptar la religión o creencia que desee tan pronto como sea capaz de hacer esa elección habida cuenta de su edad o madurez.
 - La República de Polonia, dentro de sus declaraciones, consideró que los derechos de un niño, tal y como se definen en la Convención, en particular los derechos enunciados en los arts. 12 a 16, se ejercerán con respeto de la patria potestad, de conformidad con las costumbres y tradiciones polacas sobre la posición del niño dentro y fuera de la familia.
 - La República Árabe Siria tuvo reservas acerca de las disposiciones de la Convención que no estén de acuerdo con la legislación del país o con los principios de la ley cherámica, en particular el contenido del art. 14, relacionado con el derecho del niño a la libertad de religión.
 - La Santa Sede se reservó interpretar los artículos de la Convención de una manera que salvaguarde los derechos primarios e inalienables de los padres, en particular, entre otros, los derechos que conciernen a la religión.
 - Por último, la República de Singapur declaró que los derechos del niño tal como se definen en la Convención, en particular los derechos definidos en los arts. 12 a 17, deberán ejercerse de conformidad con lo dispuesto en los arts. 3 y 5, con respeto por la autoridad de los padres, los maestros y otras personas a quienes se confíe el cuidado del niño, en pro del interés superior del niño y de conformidad con las costumbres, los valores y las religiones de la sociedad multirracional y multirreligiosa de Singapur en relación con el lugar que corresponde al niño dentro y fuera de la familia. En *Reservas, Declaraciones y Objeciones relativas a la Convención sobre los Derechos del Niño*: 07/12/99. CRC/C/2/Rev.8. (Basic Reference Document), págs. 9 y ss. (<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.n>).

²⁵ Ver art. 18.1.

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»²⁶.

Este precepto hace eco del art. 5²⁷ del mismo texto legal, imponiendo un deber a los Estados Partes de respetar la orientación que los padres o representantes den al menor de acuerdo con la evolución de sus facultades. Pero este deber de respeto va a ser objeto de dos condiciones: la orientación de los padres debe tener en cuenta la evolución de las capacidades del menor; por otra parte, la orientación no debe ser tan estricta como para poder llegar a coacción²⁸.

2.2.1. El ejercicio del derecho a la libertad religiosa por el menor

El reconocimiento del derecho a la libertad religiosa del menor por la Convención supone el primer paso para otorgarle autonomía en el ejercicio de ese derecho del que es titular.

Sin embargo no se señala una edad concreta a partir de la cual el niño, antes de cumplir los dieciocho años, pueda ejercer con independencia de sus padres o representantes legales su derecho, debiendo ser los Estados Partes los que determinen en qué etapa de la infancia pueden los niños ejercer su derecho a una religión²⁹. Dicho texto normativo únicamente establece que los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de su edad y de su madurez. Con este fin se dará al menor la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial y 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 nacional³⁰.

Esa autonomía va a depender, por tanto, de que el niño pueda formarse un juicio propio, es decir, va a estar ligada a la madurez del menor, representando, consecuentemente, un límite a los derechos y deberes de los padres³¹.

²⁶ Las frecuentes alusiones a los derechos y responsabilidades de los padres, de la familia, de los tutores, etc., tiene su explicación en que los menores normalmente van a ejercer sus derechos a través de terceros, ya sean personas físicas o jurídicas. Cfr. E. Pérez Vera, «El Convenio de los derechos del niño en el marco de la protección internacional de los derechos humanos», en *Garantía internacional de los derechos sociales*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1990, pág. 180.

²⁷ Art. 5: «Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención».

²⁸ G. Van Bueren, «The Right of the Child to Freedom of Thought Conscience and Religion», en *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1998, pág. 158.

²⁹ Cfr. *Ibidem*.

³⁰ Art. 12 de la Convención.

³¹ Cfr. J. Rossell Granados, «El derecho de libertad religiosa del menor en las Leyes de libertad religiosa española, italiana y portuguesa», en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países*

Entre tanto los padres o tutores tienen competencia para dirigir al niño en su proceso de formación, hasta alcanzar esa madurez, e, incluso, una vez conseguida podrán guiarle.

2.2.2. El contenido del derecho a la libertad religiosa del menor

El art. 14 de la Convención aunque reconoce el derecho a la libertad religiosa del menor va a incorporar menos detalles que el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles en el cual se basa. Específicamente, la Convención, en contraste con el Pacto Internacional, omite cualquier referencia expresa a tener o adoptar una religión de elección personal y como consecuencia, sólo prohíbe implícitamente cualquier coacción que pueda perjudicar a la libertad religiosa del niño para tener o adoptar la religión de su elección. Además no incluye expresamente el derecho de un niño a manifestar una religión o creencia a través de la observancia, la práctica o la enseñanza.

No se refiere expresamente al contenido de este derecho³², únicamente lo hace a una parte del mismo, y de forma muy genérica, al reconocer al menor el derecho a recibir y difundir información de interés social para él (art. 17), y por tanto información religiosa, y al reconocerle el derecho a la libertad de asociación y reunión pacíficas (art. 15), reuniones y asociaciones que pueden tener fines religiosos.

No obstante, como ya hemos indicado, las normas específicas sobre derechos de los niños se deben interpretar en el marco de las normas generales concernientes a los derechos humanos, normas como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y las demás a las que hemos hecho referencia que sí se refieren al contenido del derecho a la libertad religiosa, como es la libertad de tener una religión, la libertad de cambiar de religión, la libertad de manifestar su religión, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica del culto y la observancia, o el derecho a recibir la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con las propias convicciones.

Por tanto, el menor tiene derecho a inmunidad de coacción en materia religiosa con todo lo que ello supone, es decir, podrá libremente elegir la pertenencia a una determinada religión, desarrollar libremente todas las actividades que esa pertenencia requiera, y cambiar con toda libertad de religión. No obstante ello será posible cuando tenga suficiente grado de madurez o juicio, momento que no determina la Convención cuando se alcanza, pudiendo los Estados Partes establecerlo. Entre tanto serán los padres o los tutores legales los que actúen por el menor, teniendo derecho a elegir la educación religiosa y moral para sus hijos o pupilos que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Pero

de la Unión Europea y el Derecho comparado. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2001, págs. 791-792.

³² Referencia a la que sí se hacía en algunas propuestas presentadas por distintos países al Grupo de Trabajo en los trabajos preparatorios de la Convención. Ver al respecto E/CN.4/1983/62, párrafo 52 y ss.

en el momento que el niño adquiera la suficiente madurez se deberá respetar su parecer, no anulando su voluntad, lo que no será fácil en determinados casos en los que los padres o tutores no están dispuestos a reconocer la libertad religiosa del menor. En estos supuestos se puede generar un conflicto entre los intereses de estas personas y los intereses del niño que requiera la acción mediadora de los poderes estatales.

3. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA DEL MENOR EN EL ORDENAMIENTO INTERNO ESPAÑOL

Hemos dicho que los Estados Partes de la Convención de 1989 están comprometidos con sus disposiciones, debiendo adaptarse a las mismas. Veamos ahora cómo está regulado el derecho a la libertad religiosa del menor en España.

Aunque nuestra Constitución no contempla expresamente al niño como titular de este derecho, —se limita a garantizarlo a todos los individuos en general (art. 16.1)—, su art. 39.4 señala que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

Por su parte, la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, Ley 7/1980 de 5 de julio, al concretar el contenido del derecho a la libertad religiosa se refiere a «toda persona», por tanto también a los niños.

Va a ser la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/1996 de 15 de enero, que ha seguido como modelo la Convención de Derechos del Niño de 1989, la que explícitamente trate del derecho a la libertad religiosa de los niños. Señala el legislador en la Exposición de motivos que la Ley «marca el inicio de una filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo», y que «del conjunto de derechos de los menores, se ha observado la necesidad de matizar algunos de ellos, combinando, por una parte, la posibilidad de su ejercicio con la necesaria protección que, por razón de la edad, los menores merecen».

Al igual que en la Norma internacional de 1989, en la Ley Orgánica 1/1996 prevalece el principio «del interés superior del menor» estableciendo el apartado primero de su artículo segundo que «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».

En su art. 6 establece que «1. El menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión. 2. El ejercicio de los derechos dimanantes de esa libertad tiene únicamente las limitaciones prescritas por la Ley y el respeto 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».

3.1. MOMENTO EN QUE EL MENOR PUEDE EJERCER SU DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA

Reconocido el derecho, procede preguntarse cuándo el menor, antes de alcanzar su mayoría de edad (dieciocho años³³), podría ejercerlo autónomamente con independencia de la orientación de los padres o representantes legales. Este momento dependerá de su grado de discernimiento, el cual no será el mismo en una persona de cinco años que en un joven de dieciséis.

Al respecto, el art. 162 del Código Civil³⁴ excluye la representación de los padres en los actos relativos a los derechos de la personalidad cuando el hijo tenga «condiciones de madurez suficientes», lo que viene a fundamentar la autonomía del menor en el ejercicio del derecho a la libertad religiosa en cuanto derecho de la personalidad³⁵.

Pero a qué edad el menor tiene esas «condiciones de madurez suficientes» para que puedan prevalecer sus opiniones religiosas sobre las de los padres en caso de conflicto de intereses.

Algunos países se han pronunciado al respecto, determinando a qué edad el menor puede ejercer su libertad religiosa con independencia de sus padre o representantes legales.

En este sentido, la Ley de Libertad Religiosa portuguesa, Ley n.º 16/2001 de 22 de junio, fija esta edad³⁶ en los dieciséis años³⁷.

En Alemania, la Ley «Gesetz über die religiöse Kindererziehung» de 15 de julio de 1921, establece que cumplidos los doce años el menor no puede ser educado en contra de su voluntad en una religión distinta a la practicada con anterioridad, y fija en los catorce años la edad en la que el niño puede decidir a qué confesión desea pertenecer.

En Suiza³⁸ si el niño ha cumplido dieciséis años no se le puede impedir que autónomamente decida acerca de la confesión religiosa propia³⁹, y lo mismo ocurre en Finlandia con los mayores de quince años⁴⁰.

³³ Art. 12 de la Constitución española; art. 315 C.c.

³⁴ Art. 162 C.c.: «1. Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. 2. Se exceptúan: 1.º Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo...».

³⁵ Cfr. M. Linacero De La Fuente, «La protección del menor en el Derecho civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», en *Actualidad Civil*, n.º 48, 27 de diciembre de 1999 al 2 de enero de 2000, pág. 1609.

³⁶ Art. 11.2: «Os menores, a partir dos 16 anos de idade, tem o direito de realizar por si as escolhas relativas a liberdade de consciencia, de religiao e de culto».

³⁷ Sobre esta materia ver J. Rossell Granados, «El derecho de libertad religiosa del menor en las Leyes de libertad religiosa española, italiana y portuguesa», *op. cit.*, págs. 796-797.

³⁸ Según el Z.G.B. suizo, art. 277.

³⁹ C. Serrano Postigo, «Libertad religiosa y minoría de edad en el ordenamiento jurídico español», en *Estudios de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico en homenaje al Profesor Maldonado*, Madrid, 1983, pág. 816, nota al pie n.º 48.

⁴⁰ G. Van Bueren, «The Right of the Child to Freedom of Thought Conscience and Religion», *op. cit.*, pág. 158.

Por su parte, el Proyecto de Ley de Libertad Religiosa italiano, reconoce que el menor puede ejercer su derecho a la libertad religiosa autónomamente a partir de los catorce años⁴¹.

El ordenamiento español, a diferencia de los anteriores, no reconoce una edad determinada en la que se presume que el menor ha alcanzado ese suficiente grado de madurez y por tanto pueda ejercer su derecho a la libertad religiosa⁴², debiendo ser el Juez el que decida cuándo el menor tiene suficiente juicio.

Algún autor ha señalado que en el ámbito religioso esa madurez se suele situar en los catorce años de edad⁴³.

Quizás se trate de una edad, los catorce años, en la que no en todos los casos se puede asegurar una suficiente madurez por parte del menor para el ejercicio autónomo de su derecho a la libertad religiosa⁴⁴.

No obstante, es posible acudir a la analogía en un intento de establecer el cuándo efectivo del derecho a la libertad religiosa del menor.

El Derecho Civil tratándose de cuestiones personalísimas exige la intervención del menor a partir de los dieciséis años⁴⁵.

Es importante tener en cuenta que a partir de esa edad el menor puede pedir la emancipación, y por tanto el cambio de *status* civil. Requisito común a toda emancipación es que el menor tenga dieciséis años cumplidos⁴⁶ (arts. 317, 319, 320 y 321 del C.c.)⁴⁷. Como consecuencia de la misma el menor está ha-

⁴¹ Art. 14: «I. I genitori hanno diritto di istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio in corenza con la propia fede religiosa o credenza, nel rispetto della loro personalità e senza pregiudizio della salute dei medesimi. 2. Ferma restando quanto disposto dall'articolo 316 del Codice civile; i minori, a partire dal quattordicesimo anno di età, possono compiere autonomamente le scelte pertinenti all'esercizio del diritto di libertà religiosa».

⁴² Cfr. L. Álvarez Prieto, «La objeción de conciencia a las transfusiones sanguíneas. (Dos sentencias contradictorias)», en *A.D.E.E.*, vol. XVI, 2000, pág. 622.

⁴³ «La dignidad de la persona explica que la opción religiosa corresponda a los padres o tutores, hasta que se alcance la mayoría de edad, que en el ámbito religioso suele situarse en los catorce años». J. M.^a González del Valle, *Derecho Eclesiástico español*, 4.^a ed., Oviedo, 1997, pág. 328.

⁴⁴ En este mismo sentido se manifiesta J. Rossell Granados, «El derecho de libertad religiosa del menor en las Leyes de libertad religiosa española, italiana y portuguesa», *op. cit.*, pág. 795.

⁴⁵ Incluso antes: a partir de los catorce años el menor puede contraer matrimonio mediante dispensa (arts. 48, 1329 y 1338 C.c.); también a partir de los catorce años de edad se puede hacer testamento (art. 663.1 C.c.), salvo el ológrafo (art. 688 C.c.) para el que se requiere la mayoría de edad, e intervenir como testigo en actos *inter vivos* (art. 1246.3 C.c.).

⁴⁶ Salvo en la emancipación por matrimonio que la misma puede verse rebajada a los catorce años de edad si se obtiene la dispensa de edad para contraer matrimonio (art. 48 C.c.).

⁴⁷ Art. 317 del C.c.: «Para que tenga lugar la emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad se requiere que el menor tenga dieciséis años cumplidos y que la consienta. Esta emancipación se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro».

Art. 319: «Se reputará para todos los efectos emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos. Los padres podrán revocar este consentimiento».

Art. 320: «El Juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años si éstos la pidieran y previa audiencia de los padres...».

bilitado para regir su persona y bienes como si fuera mayor, por tanto adquiere independencia personal y patrimonial, capacidad de autogobierno, según establece el art. 323.1 del C.c.⁴⁸, pudiendo comparecer por sí solo en juicio (art. 323.2 C.c.).

A partir de los dieciséis años el menor puede quedar vinculado por un contrato de trabajo (art. 7.b del Estatuto de los Trabajadores)⁴⁹. Igualmente puede llevar a cabo la administración ordinaria de los bienes que hubiera adquirido con su trabajo o industria (art. 164.2,3 C.c.).

El mayor de dieciséis años también podrá consentir en documento público los actos señalados en el art. 166, 1.º y 2.º del Código civil⁵⁰.

Por otra parte, el art. 625 del mismo texto legal establece que podrán aceptar donaciones todos los que no estén especialmente incapacitados por la ley para ello. Al respecto, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha señalado que al proclamar este artículo como regla general la aptitud de toda persona que tenga capacidad natural de entender y querer aceptar donaciones, salvo específica regla en contra, es indudable que al mayor de dieciséis años se le presume legalmente aquel grado de discernimiento⁵¹.

La capacidad que en el Derecho privado se reconoce al mayor de dieciséis años para realizar todos los actos a los que nos hemos referido se fundamenta en que la presunción de que el menor a esta edad tiene suficiente grado de madurez para llevarlos a cabo.

De esta forma dicha edad podría funcionar como dato objetivo para permitir al menor el ejercicio autónomo de su derecho a la libertad religiosa, aún con

Art. 321: «También podrá el Juez, previo informe del Ministerio Fiscal, conceder el beneficio de la mayor edad al sujeto a tutela mayor de dieciséis años que lo solicite».

⁴⁸ No obstante hasta que el emancipado no llegue a la mayoría de edad no podrá tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin el consentimiento de sus padres, y a falta de ambos, sin el de su tutor, conforme al mismo precepto.

⁴⁹ El Convenio de la O.T.I. sobre edad mínima de admisión al empleo, n.º 138, de 1973, aceptado por España (B.O.E. de 8 de mayo de 1978) establece como edad mínima para el inicio de la vida laboral en los quince años, invitando a los Estados a elevar esa edad mínima general. Por otra parte, se establecen otras edades mínimas en función de la naturaleza y condiciones de determinados empleos (de 16 a 18 años). El Convenio no predetermina esas actividades remitiéndose a la legislación de cada Estado para su concreción.

⁵⁰ Art. 166: «1. Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal. Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario. 3. No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros».

⁵¹ R.D.G.R.N de 3 de marzo de 1989.

la posible colaboración de los padres, pues como ya señalamos tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral⁵².

Por tanto, llegada esa edad prevalecería el derecho del menor a profesar o no una determinada religión sobre la decisión contraria de sus padres.

No obstante, cuando la decisión del menor pueda causarle perjuicios físicos, psíquicos o morales, podría aplicarse junto al principio del interés superior del menor (art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996), el art. 158.3 del Código civil⁵³ que permite al Juez adoptar las medidas que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios⁵⁴.

Por su parte, en caso de conflicto de intereses entre los padres y el menor, pues como ya manifestamos hay ocasiones en que los padres o tutores no están dispuestos a reconocer el derecho a la libertad religiosa del niño, se puede acudir al nombramiento de un defensor judicial (art. 163 del C.c.)⁵⁵.

No obstante todo lo anterior, el menor con suficiente juicio y en todo caso a partir de los doce años de edad tiene derecho a ser oído siempre, en cualquier ámbito o procedimiento que afecte a sus intereses conforme al art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996⁵⁶ en relación con los art.s 92.2⁵⁷, 156⁵⁸,

⁵² Art. 16.3 de la Ley de Protección del Menor y art. 14.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁵³ Art. 158.1: «El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o de Ministerio Fiscal, dictará...3.º. En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios».

⁵⁴ Cfr. M. Linacero de la Fuente, «La protección del menor en el Derecho civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», *op. cit.*, pág. 1609.

⁵⁵ Art. 163: «1. Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él...».

⁵⁶ Art. 9: «1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.

2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.

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

3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquellos».

⁵⁷ Art. 92.2 del Código civil: «Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años».

⁵⁸ Art. 156 del Código civil: «1. La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente

159⁵⁹ y 231⁶⁰ del Código civil, aunque la voluntad del menor expresada a través de su derecho de audiencia no es vinculante para el Juez.

Concluyendo hay que decir que la fijación del dato objetivo de la edad es preferible a la utilización de conceptos indeterminados como «condiciones de madurez suficientes», y sería conveniente que la legislación española se pronunciara por una edad al respecto.

3.2. LA FORMACIÓN RELIGIOSA DEL MENOR EN SITUACIONES FAMILIARES ANÓMALAS

Hemos dicho que el menor, en situaciones normales, podrá ejercer su derecho a la libertad religiosa cuando alcance suficiente grado de madurez, momento que algunos países han concretado fijando una edad determinada en la que el menor, antes de alcanzar la mayoría de edad, puede ejercer su derecho autónomamente, aunque sea con una cierta orientación de sus padres o representantes legales. En tanto esa madurez llega, serán éstos quienes normalmente actuarán por los niños en este campo, decidiendo sobre su formación religiosa.

Pero ¿qué ocurriría en los casos de separación o divorcio de los padres con distintas creencias religiosas, si el menor no tiene ese suficiente grado de madurez para poder decidir sobre su vida religiosa? ¿Podría tenerse en cuenta la religión que profesan los progenitores para la atribución o la privación de la guarda y custodia de los hijos, o, en su caso, de la patria potestad? Como señala Martínez Torrón, por razones que tienen que ver con la continuidad de la orientación religiosa o ideológica que hasta entonces ha presidido la educación de los menores, y a veces también con las peculiaridades de ciertas creencias religiosas, podría pensarse que las creencias de los padres no son algo necesariamente a omitir en esa deliberación⁶¹.

Hay que distinguir dos situaciones: una en la que los cónyuges han firmado el convenio regulador a que se refiere el art. 90 del Código Civil⁶², poniéndose

necesidad. 2. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos 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 al padre o a la madre...».

⁵⁹ Art. 159 del Código civil: «Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, al Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oírá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años».

⁶⁰ Art. 231 del Código civil: «El Juez constituirá la tutela, previa audiencia de los parientes más próximos, de las personas que considere oportuno y, en todo caso, del tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años».

⁶¹ Vid. J. Martínez Torrón, «Derecho de familia y libertad de conciencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *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, Universidad del País Vasco, 2001, pág. 153.

⁶² Art. 90 del C.c.: «El convenio regulador a que se refieren los arts. 81 y 86 de este código deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos: A) La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos. B) La

de acuerdo acerca de la educación que han de recibir los hijos; y otra en la que existe ausencia de tal convenio.

En el primer caso, los padres en ejercicio del derecho a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, reconocido en el art. 27.3 de la Constitución española y en el art. 2.1, c) de la L.O.L.R., pueden convenir la educación religiosa y moral de sus hijos, en el sentido de educarlos en una religión determinada, no educarlos en ninguna, o que cada padre ofrezca al hijo la oportunidad de conocer y apreciar, de palabra y de hecho, la religión a la que pertenecen hasta el momento en el que menor se encuentre en condiciones de decidir.

En este supuesto, el Juez deberá tener en cuenta estos acuerdos aunque no tanto para determinar el padre cuidador sino, como escribe Roca Trías, para determinar las obligaciones del mismo⁶³.

El problema surge en el segundo supuesto, es decir, cuando no existe tal acuerdo de los padres o el convenio regulador no ha llegado a ser aprobado por el Juez. En este caso es en el que cabe preguntarse si podrían tenerse en cuenta las creencias religiosas de aquellos para la atribución o no de la custodia⁶⁴, o incluso para decidir privar o no de la patria potestad.

En principio, en un Estado aconfesional los tribunales no pueden atender a ninguna creencia religiosa para fundamentar sus decisiones, la laicidad impide que «los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas o actos de los poderes públicos»⁶⁵.

En este sentido, la Corte de Casación italiana ha entendido que «en un Estado neutral en el campo religioso y, por tanto, respetuoso con las opciones indivi-

atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar. C) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantía en su caso. D) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio. E) La pensión que conforme al art. 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. La denegación habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del Juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.

Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio».

⁶³ E. Roca Trías, «Artículo 92», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, 1984, pág. 579.

⁶⁴ Sobre esta materia en el ámbito del Derecho comparado ver V. Puente Alcubilla, «Relaciones paternofiliales y formación de la conciencia del menor no maduro: aspectos conflictivos», en *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, Universidad del País Vasco, 2001, págs. 697-713.

⁶⁵ S.T.C. 24/1982 de 13 de mayo, F.J.1.º

duales... la elección del cónyuge a quien ha de atribuirse la prole no puede (no debe) ser influenciada (positiva o negativamente) por su profesión religiosa. Es decir, que el credo religioso del padre es, a este fin, indiferente y que tal credo no entra para ello en los componentes de la decisión acerca de su aptitud para cuidar adecuadamente la prole»⁶⁶.

En efecto, parece razonable que el Estado se abstenga de valorar las diversas creencias o religiones en sí mismas, y que, consiguientemente, los tribunales eviten atribuir la custodia de los hijos sobre la base de preferencias estrictamente religiosas⁶⁷.

Por otra parte, velando por los derechos de los padres, esta conclusión deriva de lo establecido en el art. 14 de la Constitución que prohíbe cualquier discriminación por razón de religión, y del respeto a su derecho a la libertad religiosa consagrado en el art. 16.1 de mismo texto legal.

Al respecto conviene comentar la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de junio de 1993, dictada en el caso *Hoffmann v. Austria*⁶⁸. En ella se considera contraria al Convenio de Roma la decisión de la Corte Suprema Austriaca de que los hijos fueran retirados de su madre (testigo de Jehová) para entregárselos al padre (católico). El Tribunal de Estrasburgo va a sostener que la demandante había sido objeto de una diferencia de trato de carácter discriminatorio por razón de su religión⁶⁹, vulnerando el art. 14 del Convenio Europeo.

Como veremos seguidamente, en este sentido han resuelto los tribunales españoles, si bien con ciertos matices que no nos pueden llevar a negar, en todo

⁶⁶ Casación civil, sentencia de 27 de febrero de 1985, n. 1714, en R. Botta, *Manuale di Diritto ecclesiastico*, 7.ª ed., Milano, 1993, pág. 196.

⁶⁷ Vid. J. Martínez Torrón, «Derecho de familia y libertad de conciencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *op. cit.*, pág. 156.

⁶⁸ Sentencia de 23 de junio de 1993. Asunto Hoffmann c/Austria. Referencia: 93TE28.

⁶⁹ La mujer, bautizada en la Iglesia católica y casada también con un católico, se había convertido a los testigos de Jehová, divorciándose posteriormente. La Corte Suprema de Austria, revocando las resoluciones de los tribunales inferiores (del Juez del distrito y de la Corte Regional de Innsbruck), le había privado de la custodia de sus dos hijos entregándosela al padre. Los hijos del matrimonio Hoffman también habían sido bautizados en el catolicismo. La madre, sin consentimiento del marido y antes de concluir el procedimiento de divorcio había tomado los hijos consigo con intención de educarlos en su nueva religión. La Corte Suprema de Austria basó su decisión en dos motivos: Por un lado, en los posibles riesgos que se podían causar a los hijos en caso de educarlos en la nueva religión de la madre (el posible aislamiento social pues vivían en un lugar de mayoría católica y el peligro para su salud si tuvieran que ser sometidos a transfusiones sanguíneas); por otro lado, el Tribunal Supremo Austriaco consideraba que se había producido una ilegalidad manifiesta en las actuaciones de los tribunales de primera y segunda instancia, pues no tuvieron en cuenta que la madre había infringido la legislación nacional sobre la educación religiosa de los hijos según la cual dicha educación debe ser acordada por los cónyuges, sin que ninguno de ellos pueda romper el acuerdo unilateralmente mientras dure el matrimonio o bien tratar de educarlos en una religión distinta a la común de los cónyuges en el momento de celebrarse el matrimonio o en la que habían sido formados desde entonces.

caso, la posible influencia de las creencias religiosas de los padres en sus decisiones, pues las mismas pueden entrar en conflicto con otros intereses en juego como es el interés superior del menor, el cual debe prevalecer.

En la sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao de 14 de octubre de 1987⁷⁰ se desestimó el recurso planteado por el padre en el que pretende la no atribución de la guarda y custodia de sus tres hijos menores a la madre por realizar actividades pseudo-religiosas. Se pone de manifiesto en la sentencia que «la actora, en confesión judicial, ha declarado haber acudido a realizar prácticas y técnicas de meditación trascendental, y posteriormente seguir las enseñanzas de la denominada Escuela de Fe, que ella entiende es una religión o puede ser considerada como religión, mas es lo cierto que las actividades e inclinaciones religiosas, pseudo-religiosas o sectarias de la citada parte, amparadas en el principio constitucionalmente consagrado de libertad ideológica, religiosa y de culto, art. 16 C.E., y de acuerdo con el principio de igualdad ante la Ley, art. 14 C.E. que proscribire las discriminaciones por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, no determinan por sí solas la privación del ejercicio de la patria potestad o de la no asignación de la guarda o custodia de los hijos»⁷¹.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de León de 7 de junio de 1994⁷² se señala que «no debemos olvidar que, en efecto, ni se juzga aquí la religión o ideas religiosas que profesa la esposa (testigo de Jehová), pues ello pertenece a su privacidad, haciendo uso de un derecho constitucional a la libertad religiosa, ni además existe, practicada en autos, prueba que acredite suficientemente la pretendida desatención por parte de la esposa a sus deberes conyugales y familiares, pues su asistencia a los servicios religiosos o actividades de esa índole se limita a 2 o 3 tardes a la semana, durante unas 3 horas, lo que además, repetimos, constituye el ejercicio legítimo de un derecho que en modo alguno puede ser coartado ni supone perjuicio alguno para el esposo o sus hijos... Tampoco constan justificadas las alegaciones acerca de que las creencias religiosas de la esposa tratan de ser impuestas por ésta a los hijos menores así como que pueden las mismas serles muy perjudiciales, si bien habrá de tenerse en cuenta que, como bien dice la sentencia recurrida, la patria potestad queda atribuida a ambos progenitores, debiendo éstos valorar de forma conjunta y responsable, con el necesario apoyo de expertos, cuál puede ser la orientación religiosa que deben dar a la educación de sus hijos, hasta que éstos puedan elegir libremente, evitando en todo momento actividades hostiles o discriminatorias y siendo ésta la línea que igualmente deben adoptar en algún otro punto posiblemente conflictivo (como puede ser el relativo a sometimiento de alguno de sus hijos a transfusiones de sangre, en el caso de que sea necesario), aunque en este punto deberá tener en cuenta la esposa, la cual va a conservar la guarda y custodia de los hijos

⁷⁰ La Ley (T. 1988-1), Ref. 8220, págs. 418-419.

⁷¹ F.J.2.º.

⁷² A.C. 1994/1124.

menores, que tiene obligación de poner en conocimiento de su esposo cualquier hecho que en tal sentido pueda afectar a los hijos menores...»⁷³.

Más recientemente, la Audiencia Provincial de Almería en sentencia de 14 de junio de 1999⁷⁴ desestima el recurso planteado por el padre que pretendía que la guarda y custodia de sus hijas menores fueran privadas a la madre por pertenecer a los testigos de Jehová. Señala la sentencia que «... El que la madre tenga sus propias convicciones religiosas no puede ser causa de privación de un derecho, en cuanto viene amparada por el contenido del art. 14 de la Constitución Española y lo contrario supondría una discriminación vedada por nuestra Carta Magna...»⁷⁵.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Salamanca en sentencia de 14 de julio de 1999⁷⁶ declaró no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por el padre, con las mismas pretensiones que en el caso anterior. En la resolución se reitera lo expresado por el juzgador de instancia, según el cual «la condición religiosa (testigo de Jehová) que profesa la madre no puede erigirse "per se" en causa de privación de la guarda y custodia de la hija menor, pues ello significaría una vulneración del derecho individual de carácter fundamental a la libertad religiosa ideológica y de culto "ex" art. 16 C.E., que no encuentra más limitación que el orden público protegido por la Ley, así como los arts. 8 y 14 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, relativos respectivamente a los derechos a la vida familiar y al derecho a la igualdad sin discriminación alguna, entre otras causas por razón de religión, así como el art. 27 C.E. que garantiza el derecho de los padres para que los hijos reciban una formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones...»⁷⁷.

No obstante, la Audiencia va a recordar el régimen cautelar de la menor que el fallo de la sentencia de instancia establece frente a un eventual «proselitismo abusivo» por parte de la madre e incluso del padre, según el cual la madre no podrá llevar a su hija a ningún acto religioso sin el consentimiento del padre, ni tampoco podrá prohibir o impedir que su hija acuda a actividades tales 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 de una parte, y asimismo y con relación a las cuestiones que se puedan suscitar relativas tanto a la educación –(colegio, actividades escolares o extraescolares)–, como al tratamiento médico de la menor, deberán estar conformes ambos padres o, en su defecto, acudir a la autoridad judicial para decidir al respecto⁷⁸.

⁷³ Fundamento de Derecho 2.º.

⁷⁴ A.C. 1999/1365.

⁷⁵ Fundamento de Derecho 3.º.

⁷⁶ A.C. 1999/6511.

⁷⁷ Fundamento de Derecho 2.º.

⁷⁸ Fundamento de Derecho 2.º.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de septiembre de 1999⁷⁹, en la que la madre de un hijo menor surgido de una unión no matrimonial pretende la privación de la patria potestad al padre por profesar la religión musulmana se pone de manifiesto que «la privación de la patria potestad por el dato o hecho objetivo relativo a la creencia y religión de uno de los progenitores como circunstancia "a priori" que determina la imposibilidad de un correcto ejercicio de la función y el ejercicio de la patria potestad, ...», está en flagrante oposición con lo señalado en el art. 16.1 de la Constitución Española que garantiza al individuo la libertad ideológica y religiosa y de culto, sin más limitación que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley; iguales conclusiones se derivan de lo señalado en el art. 10.2 de la Constitución en relación con lo que establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos en lo relativo a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión en el ámbito individual y colectivo, público o privado (art. 18), de modo 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 no 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.

Téngase en cuenta que no se aporta ni un solo dato, ni una sola prueba, que nos permita afirmar que el ejercicio de tal derecho, que las costumbres que se tienen para cumplir con las obligaciones religiosas, el hábito diario o permanente de quien profesa tal religión haya incidido de modo negativo en el desarrollo del hijo menor y al margen de las opciones de futuro que para éste en su momento deban de reservarsele.

No hablamos de una persona con desarraigo en España, antes bien, está domiciliado en este país y cuenta con suficiente capacidad laboral y profesional y de orden económico para proporcionar a su hijo cuantos medios necesite para su formación y educación, sin que conste, por otra parte, que dicho progenitor haya incumplido con sus obligaciones en lo relativo al deber de prestación de alimentos, lo que de modo único y exclusivo tampoco determina tan importante y grave medida, o en lo relativo al derecho de ver, de comunicar y de visitar al hijo, cuestión esta controvertida, por cuanto que la propia parte apelada anunció medidas cautelares de protección del derecho a estar y comunicar con su hijo y no es el momento ahora de reseñar con detalle los incumplimientos que de una u otra parte se hayan podido producir, pues lo cierto es que ello no beneficia al menor y por tanto la declaración ahora debe de ser tendente a mantener un sistema de visitas y de comunicaciones.

⁷⁹ A.C. 1999/1911.

En suma, no habiendo acreditado quién debía hacerlo, conforme a la obligación que le impone el art. 1214 del C.c., que existan circunstancias graves relacionadas con el ejercicio de un derecho de culto que perjudiquen el desarrollo y formación del menor ni tampoco que el apelado esté incurso en las causas señaladas en el art. 170, por incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, se está en el caso de desestimar este motivo del recurso y mantener al apelado en la función que se establece en los arts. 154 y concordantes del C.c. y en la misma posición de igualdad de deberes que corresponde al otro progenitor»⁸⁰.

El tribunal en dos ocasiones señala que no se han aportado pruebas que permitan afirmar que el ejercicio de las obligaciones religiosas del progenitor influyen de modo negativo en el desarrollo y la formación del menor. *A sensu contrario*, si esto se hubiera demostrado puede que la creencia religiosa del padre sí hubiera influido a la hora de poder privarle de la patria potestad, pues primaría el adecuado desarrollo y formación del menor, en suma y en términos más generales, el interés superior del menor.

También la falta de pruebas llevó al Tribunal Constitucional en Sentencia 141/2000, de 29 de mayo (B.O.E. de 30 de junio de 2000) a estimar el amparo, declarando que había sido lesionada la libertad ideológica del padre recurrente, perteneciente al Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España, anulando la sentencia recurrida en lo relativo a las medidas restrictivas del derecho de visitas.

Los hechos en los que trae causa la demanda de amparo relevantes para la resolución del caso en síntesis son los siguientes: 1. El Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Valencia dictó sentencia el 11 de diciembre de 1995 declarando la separación matrimonial y, por lo que a nosotros nos interesa, atribuyendo la guarda y custodia de los hijos menores (doce y catorce años) a la esposa, compartiendo ambos progenitores la patria potestad, y estableciendo un régimen de visitas ordinario a favor de padre, añadiendo la «prohibición expresa al padre de hacer partícipes a sus hijos de sus creencias religiosas así como la asistencia a los menores a cualquier tipo de acto que tenga relación con aquella». Entre las pruebas practicadas en el proceso civil, con relevancia en el posterior recurso de amparo, debe señalarse un Informe del Equipo Psicosocial de cuyas conclusiones se subrayó la circunstancia de que el citado movimiento religioso podía ser una secta destructiva y, en consecuencia, la relación de los niños con la misma tendría un potencial efecto negativo en su desarrollo, estimándose que debería evitarse dicho contacto, habida cuenta de su corta edad y de su vulnerabilidad. 2. La esposa apeló la sentencia de instancia, impugnando, entre otras cuestiones, las medidas adoptadas para preservar a los menores de las creencias del padre, por considerarlas insuficientes. La Audiencia Provincial de Valencia, Sección Séptima, en Sentencia de 24 de octubre de 1996, fundándose principalmente en el Informe Psicosocial, acordó restringir el régimen de visitas dispuesto

⁸⁰ Fundamento de Derecho 3.º.

en la instancia, privando al padre de las que le correspondían en todas las vacaciones y reduciendo el horario de las visitas de fin de semana alternos, con expresa prohibición de que los menores pernoctasen con su padre. 3. Dicha sentencia fue recurrida en amparo por el padre invocando la vulneración del artículo 16.1 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional va a partir de que «el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público»⁸¹, de inexcusable observancia para los poderes públicos, constituyendo un legítimo límite a la libertad de manifestación de las propias creencias a terceros, incluso de sus progenitores. No obstante considera que hay desproporción de las medidas adoptadas por la Audiencia Provincial, lo cual lleva a afirmar que ha habido discriminación del recurrente en virtud de sus creencias. Esa desproporción se pone en evidencia con sólo comprobar que falta toda justificación de la necesidad de las medidas restrictivas adicionales, habida cuenta de que los riesgos que para los menores pudieran dimanar de las creencias del padre habían sido ya prevenidos con la prohibición de hacer partícipes de ellas a sus hijos, sin que conste en absoluto que la prohibición hubiese sido violada, ni que hubiese riesgos de que lo fuese⁸². Sostiene el Constitucional que ni la documentación aportada sobre el movimiento religioso y ni el Informe Psicosocial arrojan resultados que permitan afirmar la mayor intensidad del riesgo en cuestión, y que por tanto no hay en la causa datos objetivos que los acrediten, habiendo actuado el órgano judicial a partir de meras conjeturas sobre las características de las creencias profesadas por dicho movimiento⁸³.

Por último conviene mencionar la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1980⁸⁴ que no admite el recurso de casación planteado, en el cual la madre (testigo de Jehová) pretende que se le prive al padre (católico) la patria potestad de la hija, pues los malos tratos que llevaron a la separación podrían perjudicar a la menor. El Alto Tribunal señala que en la sentencia recurrida, a la hora de resolver sobre cuál de los cónyuges ejercerá la patria potestad, no deja de influir, circunstancialmente como uno de factores a tener en cuenta, «el que la salud o incluso la vida de la menor, pueda estar afectada, de quedar al cuidado de la madre, de no poder ser objeto de una transfusión de sangre si ello fuera necesario, dadas las normas sobre ello de las creencias religiosas de ésta, lo que salva la recurrida sentencia, acordando que la custodia de la hija menor de dicho matrimonio quede encomendada al padre, resolviéndose sobre las medidas procedentes, en relación con esta patria potestad, en ejecución de sentencia, pues aunque es declarada inocente la madre lo es en relación a los malos tratos de palabra y de obra inferidos por el marido, pero cuya conducta en nada es contraria en cuanto pudiera afectar a la menor cuya custodia se le encomienda».

⁸¹ F.J. 5.º

⁸² Cfr. F.J. 6.º

⁸³ Cfr. F.J. 7.º

⁸⁴ R.J. 1980/1012.

De todas las resoluciones examinadas se puede deducir que:

- en principio, las creencias religiosas de los padres no pueden constituir causa *per se* para la privación o la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores en los casos de separación o de divorcio, o para la privación de la patria potestad, pues ello vulneraría los derechos de igualdad y libertad religiosa de los padres consagrados en los arts. 14 y 16.1 de la Constitución española respectivamente. El Juez debe atribuir el cuidado de los hijos al padre con mayor capacidad para la educación en general.
- No obstante, prima el interés superior del menor, su adecuado desarrollo físico y mental, por lo que esas creencias religiosas de los padres pueden llevar a la adopción de medidas cautelares si pudiesen perjudicar ese interés superior, e incluso podrían influir en la decisión judicial de privar a uno de progenitores de la guarda y custodia, o de la patria potestad.

En suma, lo que va a prevalecer en todo caso va a ser el interés superior del menor, por lo que su cuidado se otorgará a quien tenga mayor aptitud para la educación en general. Como señaló la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de 30 de septiembre de 1999, la privación de la patria potestad debe estar basada, amén de la situación de ruptura convivencial, en causas excepcionales, por cuanto que se impida tal ejercicio de la patria potestad o porque su ejercicio afecte de forma grave y perjudicial a la formación del menor en todos los órdenes. Por ello la decisión que se adopte debe basarse en supuestos muy concretos y específicos y sobre datos y pruebas alejadas de las meras conjeturas o sospechas de lo que en un futuro pudiera ocurrir y sólo si el material probatorio ha sido determinante de la realidad del perjuicio del menor y del incumplimiento de los deberes podrá dar lugar a la privación total o parcial de la patria potestad en los términos señalados en el art. 170 del C.c.

En conclusión podemos decir que las creencias religiosas de los padres no pueden ser causa determinante de la atribución o de la privación de la guarda y custodia de los hijos, o de la patria potestad, pero sí puede ser elemento coadyuvante que junto con otros haga vencer la balanza a favor de un progenitor u otro.