

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR: ESPECIAL INCIDENCIA DE LA ESFERA FAMILIAR EN SU DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA Y DE CONCIENCIA

ÁNGELES LIÑAN GARCÍA
PROFESORA COLABORADORA DOCTORA DE DERECHO ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO. UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Fecha de recepción: 18-03-2014

Fecha de aceptación: 04-11-2014

Abstract: Nowadays, nobody questions the considerable importance that our society and that of most countries of the international community, places on the comprehensive protection of children's rights. As a result, in order to provide adequate responses to the high level of sensitivity that exists in respect of problems concerning children, the entire legal framework affecting the rights of minors has been affected by substantial reforms that have taken place and affect not only the public authorities and institutions specifically concerned with minors, but also parents, guardians and relatives, and citizens in general. In this article, of all of those rights that are enjoyed by minors, we have singled out in particular the new configuration of parent-child relationships and the exercise of "care and custody" over minor or incapacitated children introduced by Law 15/2005 and examine the impact this has had on the child's right to freedom of religion and conscience. For it is precisely in the ambit of the family that the major difficulties arise of reconciling the exercise of the rights of personality of the child with the rights and responsibilities of those who exercise "parental authority" over them.

Keywords: The rights of the child, religious freedom and conscience of the child, the legal protection of Minors, parental authority, best interests of the child principle.

Resumen: Hoy, nadie duda de la notable importancia que en nuestra sociedad y para la mayoría de los países de la Comunidad internacional posee prestar la debida atención y protección integral de los derechos del menor. Por ello, con la finalidad de dar una respuesta acertada a la gran sensibilidad social existente sobre los problemas de la infancia se han ido perfilando sustanciales reformas en todo el entramado jurídico de los derechos del menor, a cuyo amplio marco jurídico han quedado supeditados, no sólo todos los poderes públicos e instituciones específicamente relacionadas con la infancia, sino también sus padres o tutores, familiares y la ciudadanía en general. En este trabajo, de entre todos y cada uno de los derechos de los que el menor es titular- prestamos especial atención a la repercusión que una nueva configuración de las relaciones paterno-filiales, y del ejercicio de la "guarda y custodia" de los hijos menores o incapacitados surgida tras la Ley 15/2005 comporta en la capacidad del menor y, con ello, en su derecho de libertad religiosa y de conciencia. Ya que, es precisamente en la esfera familiar donde surgen mayores dificultades para conciliar el ejercicio de los derechos de la personalidad del menor con los derechos y responsabilidades de quienes ejercen la "patria potestad" sobre ellos.

Palabras clave: Protección jurídica del menor, derechos del niño, libertad religiosa y de conciencia del menor, relaciones paterno-filiales, patria potestad, principio de interés superior del menor.



SUMARIO: 1. Planteamiento.- 2. Los Derechos fundamentales del menor en nuestro ordenamiento jurídico.- 2.1. En nuestra Constitución.- 2.2. Su desarrollo legislativo postconstitucional.- 2.3. En especial, en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.- 3. Libertad religiosa y de conciencia del menor.- 4. Incidencia familiar en la libertad religiosa y de conciencia del menor.- 5. Conclusiones.-

1. Planteamiento

Si observamos la historia de la Humanidad podemos apreciar cómo, desde antaño, los menores de edad han sido víctimas de constantes y reiterados ejemplos de abuso, maltrato, abandono, explotación, marginación y muerte sufridas a lo largo de los siglos¹ por la puesta en práctica de costumbres y usos sociales intolerables². Ya que, hasta épocas relativamente recientes, la desidia e ignorancia sobre los derechos y las necesidades físicas y emocionales del menor eran la norma³. Por ello, ante tan lamentable situación -que se vio incrementada por el desastre ocasionado tras las dos Guerras Mundiales que supuso la pérdida de la vida de millones de seres humanos y, especialmente de niños-, la Comunidad internacional mediante la Sociedad de Naciones, reunida en la ciudad de Ginebra aprobó el 26 de diciembre de 1924 la “Carta de Derechos del Niño”⁴. Años más tarde, tras la otra gran guerra, en noviembre de 1959, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 1386 (XIV) aprobaría la “Declaración de los Derechos del Niño”⁵.

* Antes de comenzar la exposición, me parece acertado indicar que en este estudio empleamos los términos libertad religiosa y de conciencia pero, sin entrar en más precisiones sobre su significación. La razón es que como -ya se sabe- la doctrina eclesiástica tiene distintas visiones sobre el tema que, en estos momentos, escapan del objeto de nuestro trabajo.

¹Se consideraba que los niños eran propiedad de sus padres y que por tanto, éstos tenían pleno derecho a tratarlos como estimaran conveniente. El castigo físico era considerado como una forma adecuada de educar, de demostración de cariño y preocupación hacia el niño. Como consecuencia de ello, en nuestra historia se han producido múltiples violaciones en los derechos de los niños con prácticas nocivas basadas en la tradición, la cultura, la religión o la superstición como, por ejemplo: el vendaje deformante de los pies de las niñas chinas, mutilaciones en los genitales de las niñas conforme a ritos religiosos, la circuncisión masculina, etc. Por desgracia, en la actualidad aún se tiene que seguir luchando por la erradicación de tales atrocidades. (Vid. Informe del Consejo Internacional de ONG sobre “La Violencia contra los Niños” de octubre 1012. Se puede consultar en la dirección: <http://www.crin.org/violence/adccouncil/index.asp> (consultada el 24 de noviembre de 2013).

²Cfr. OCÓN DOMINGO; J., “Normativa Internacional de protección a la infancia”, en *Cuadernos de Trabajo Social*, vol. 19, 2006, p. 113; ALVÁREZ VÉLEZ, M^a. I., “La política de protección de menores en el ámbito internacional, en RODRÍGUEZ TORRENTE, J. (Ed.), *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, Madrid, 1998, p. 175.

³Cfr. KEMPE, R.S./KEMPE, H., *Niños maltratados*. Ediciones Morata, 5^a Ed. 1998, p.22.

⁴En sólo cinco artículos reconocía necesidades fundamentales de los niños entre otros: su derecho al desarrollo, asistencia, socorro y protección, aunque sin fuerza vinculante para los Estados. No obstante, supuso la primera expresión de la toma de conciencia individual y colectiva del reconocimiento de la existencia de derechos específicos de los niños, así como de la responsabilidad de los adultos hacia ellos. Especialmente, de la familia y la sociedad en general.

⁵A nivel internacional, se refieren a los derechos del niño: la Declaración Universal de Derechos Humanos” de 10 de diciembre de 1948 (art. 25, 2), el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” de 1966 (art. 24 en su apartado 1º), el “Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales” de ese mismo año (art. 10 en su párrafo 3º). También, en la Convención Americana sobre

Y, aunque lo dispuesto en tales declaraciones fue un paso decisivo en el reconocimiento de los derechos del menor⁶, sin embargo, la necesidad de poder contar con un instrumento normativo con carácter internacional, coercitivo y fuerza vinculante para los Estados partes, hizo surgir la “Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”⁷ que contaba con un amplio contenido normativo, por lo que fue adoptada y abierta a su firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Dicha convención, -considerada como la Constitución para los derechos de los niños- manifestó abiertamente que los niños y niñas al ser un grupo de población especialmente vulnerable ante las agresiones, provocadas generalmente por adultos requieren una protección y asistencia especial, así como capacidad para participar en la toma de decisiones en aquellos asuntos que afecten a su persona. Por ello, tienen que ser respetados tanto en el plano familiar como social⁸. Además, implementó una nueva concepción del estatuto jurídico del niño en el orden internacional conforme a la cual entienden que éstos dejan de ser considerados únicamente como seres humanos a proteger para reconocerles que son también sujetos titulares de derechos y libertades⁹ que les faculta para intervenir, de manera progresiva y en consonancia con la evolución y desarrollo de sus facultades, en aquellos asuntos que les afecten directamente¹⁰. Se afirma, que posee una capacidad de discernimiento progresivo, con “necesidad de gozar de autonomía en el ejercicio de los derechos de que

Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos celebrada en San José de Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969 (art. 19), así como la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la Mujer” adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 34/180 de 18 de diciembre de 1979 -art. 5 letra b y en el art. 16 apartados b y f- (Cfr. LÓPEZ ALARCÓN, M., “Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas” en *AD*, n. 15, 1997, p.325-326).

⁶ Se ha criticado el hecho de que en la distinta normativa relativa a “los Derechos de la Infancia” no se precise la diferencia entre niño, joven, adolescente, menor e infancia. E incluso, que en numerosas ocasiones en un mismo documento se empleen indistintamente unos y otros términos como si fueran sinónimos. Ello genera una gran confusión ya que, la realidad muestra que poseen un contenido esencialmente distinto. Así, los estudiosos del tema entienden que quizás, esta falta de concreción pueda responder a que las Organizaciones Internacionales pensaron que lo más conveniente era dejar libertad a los Estados para establecer diferentes etapas de protección según cuáles fueran sus concretas circunstancias culturales.

⁷ Estas Declaraciones de derechos no eran suficiente para proteger los derechos de la infancia porque legalmente no tenían carácter obligatorio. Por eso en 1978, el Gobierno de Polonia presentó a Naciones Unidas la versión provisional de una Convención sobre los Derechos de los Niños. Tras diez años de negociaciones con gobiernos de todo el mundo, líderes religiosos, ONG, y otras instituciones, se logró aprobar el texto final de la “Convención sobre los Derechos del Niño, el 20 de Noviembre de 1989, cuyo cumplimiento sería obligatorio para todos los países que la ratificasen. La Convención se convirtió en Ley en 1990, después de ser firmada y aceptada por 20 países, entre ellos España. Cfr. En línea: <http://www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos-nino> (consultada el 13 de diciembre de 2013). En el mismo sentido, RODRIGO LARA, M^a. B., “La libertad de pensamiento y de creencias de los menores de edad”, Madrid, 2004 en <http://eprints.ucm.es/tesis/der/ucm-t27514.pdf> (consultada el 14 de octubre 2013).

⁸ Cfr. PUENTE ALCUBILLA, V., *Minoría de edad, religión y derecho*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pp. 30 y 51-62; ALVÁREZ VÉLEZ, M^a. I., “La política de protección de menores en ...op., cit. 176.

⁹ La concepción exclusivamente tuitiva es sustituida por otra en que los considera como titulares de derechos. Cfr. RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “La protección a la infancia en la legislación española. especial incidencia en los malos tratos”, en *Revista de Derecho Universidad Educación a Distancia*, n^o.2, 2007, p. 80.

¹⁰ Cfr. CARMONA LUQUE, M.R., “La no discriminación como principio rector de los derechos del niño”, en *Curso de derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. 4. Universidad del País Vasco, 2003, p.175

es titular pues -hasta el momento y en virtud de los textos internacionales en vigor- correspondía a los padres y tutores legales del niño ejercer determinados derechos en su nombre, entre ellos el de libertad religiosa como consecuencia de la patria potestad”¹¹. Con ello, se garantiza el libre desarrollo de su personalidad, lo que supone un ejercicio progresivo de sus derechos y obligaciones. Recoge una amplia lista de las obligaciones que los Estados están dispuestos a asumir para con los niños. Por ejemplo:

-Proporcionar a los menores los necesarios bienes y servicios (nombre, nacionalidad, salud, educación, etc.), de informarles de sus derechos y de un adecuado funcionamiento de la administración de la justicia en los asuntos que les atañen.

-Permitir a los padres, familiares o tutores que puedan desempeñar debidamente el papel que les corresponde en su responsabilidad de cuidar y proteger al niño.

-Se les reconoce el derecho a actuar y a tener voz y voto, o sea a participar, en las decisiones que incidan en sus propias vidas o en la sociedad en general.

Asimismo, en su artículo 3 en el inciso 1º consagró “el principio del interés superior del menor” que se ha convertido en criterio rector y obligatorio para todas las medidas relativas a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos y que debe primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir¹². De igual manera, en otros artículos como el artículo 9,3 y el 18,1 se adoptan medidas y obligaciones que son comunes a ambos progenitores en orden a promover y garantizar los derechos de los menores¹³. Por ello, con este documento el escenario social y la representación de los niños, niñas y adolescentes se ha ido adecuando paulatinamente a ese nuevo papel de ciudadanos y sujetos sociales y de derechos, que asumen una posición más activa en la sociedad¹⁴. Al mismo tiempo, ha fomentado que surja una conciencia creciente en los adultos acerca de la identidad, capacidad, riesgos y necesidades de la infancia¹⁵.

¹¹ Cfr. ROSSELL GRANADOS, L., “El derecho de la 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 de la Unión europea y Derecho comparado*. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del estado, Bilbao, 2001, p. 790.

¹² Cfr. AGUILAR CAVALLLO, G. “El Principio del interés superior del niño y la Corte interamericana de Derechos humanos” en *Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Universidad de Talca. Año 6, nº 1, 2008, pp. 223-247; FERNÁNDEZ CASADO, M.D., “Una aproximación al principio del interés superior del menor” en *Protección Jurídica del Menor*. Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía. Editorial Comares. Granada, 1997, pp.177-182 y pp. 247-252.

¹³ Artículo 9,3: “Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

Artículo 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”.

¹⁴ Cfr. ALVÁREZ VÉLEZ, Mª. I., *La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*, Madrid, 1994, p.44.

¹⁵ Como señala, en su interesante trabajo la profesora Cano Ruíz, el Comité de los Derechos del Niño creado como un órgano de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados que firmaron la Convención ha hecho numerosas recomendaciones sobre el tema a través de directrices y consejos (Cfr. CANO RUÍZ, I., “La libertad religiosa del menor”, en Rodríguez Blanco, M. (Dir.) *La libertad religiosa de los menores en centros de internamiento*. Editorial Comares, Granada, 2012, p. 126, nota 16).

En fechas más recientes, concretamente en mayo de 2002, los Jefes de Estado y de Gobierno y los representantes de los Estados participantes en el período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la infancia, suscribieron una Declaración y un Plan de Acción a nivel mundial contenida en el documento denominado: “Un mundo apropiado para los Niños y Niñas”. En este Plan de Acción, se expresaba el compromiso de los gobiernos:

-De aplicarlo y de considerar la posibilidad de adoptar medidas para poner en práctica leyes, políticas y planes de acción nacionales eficaces en éste sentido.

-De asignar los necesarios recursos para realizar y proteger los derechos de los niños y las niñas y asegurar su bienestar.

-De elaborar sistemas nacionales de vigilancia y evaluación para comprobar los efectos de las medidas que se adoptasen en relación con la infancia y la adolescencia.

En el ámbito de la Unión europea también encontramos múltiples referencias expresas al menor y, especialmente “al principio del interés superior”. Por ejemplo: en el Convenio Europeo sobre Reconocimiento y Ejecución de decisiones en materia de Guarda de Niños y Restablecimiento de la Guarda de los Niños de 1980 del Consejo de Europa¹⁶; la Resolución sobre los problemas de los niños en la Comunidad Europea del Parlamento Europeo de 13 de diciembre de 1991; la Recomendación del Consejo de las Comunidades Europeas sobre el cuidado de los niños y las niñas de 31 de marzo de 1992; el Dictamen sobre la Adopción aprobado por el Consejo Económico y Social el 1 de julio de 1992; la Resolución sobre una Carta Europea de Derechos del Niño de 8 de julio de 1992¹⁷; el Convenio sobre Protección de Menores y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, aprobado el 29 de mayo de 1993 por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado; la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños de 24 de enero de 1996¹⁸. En parecidos términos, se expresa la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000 que trata la cuestión en su artículo 24¹⁹, cuando afirma:

“Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar libremente su opinión. Ésta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez:

1. “En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial”.

¹⁶ Firmada en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980, establece que la adopción de medidas destinadas a facilitar el reconocimiento y ejecución de decisiones concernientes a la guarda de un niño tendrá por finalidad asegurar una mejor protección de sus intereses.

¹⁷ Punto 8,14: “Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguarda de sus intereses...en la totalidad de los procedimientos deberá ser parte obligatoriamente el Ministerio Fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguarda de los derechos e intereses del niño”.

¹⁸ En su artículo 3,2 establece: “que su objeto, en el mejor beneficio de los niños, es promover sus derechos, garantizarles sus derecho de procedimiento y facilitar su ejercicio asegurando que los niños estén por sí mismos o a través de otras personas, informados y con posibilidad de participar en los procesos que les afectan ante una autoridad judicial”.

¹⁹ Nueva versión de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicada en el DOCE de 14 de diciembre de 2007 y reproducida íntegramente en el artículo 2 de la LO 1/2008, de 30 de junio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa.

2. “Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses”²⁰.

Por último, en el ámbito nacional el 5 de abril de 2013 el Consejo de Ministros aprobó el II Plan Estratégico de Infancia y Adolescencia, que vienen a continuar con las directrices ya marcadas por otro de fecha anterior²¹. Su vigencia está prevista para el periodo de 2013 a 2016. El nuevo Plan incorpora, entre otras novedades, la creación de una Estrategia Nacional de Salud Mental Infanto-Juvenil. Y tiene por finalidad garantizar la protección del menor en todos los ámbitos, así como aumentar su bienestar y calidad de vida. Bajo esta premisa, se han establecido hasta un total de 125 medidas, que se articulan en torno a ocho objetivos generales, vinculados con el conocimiento de la infancia, el apoyo a las familias, el uso de las nuevas tecnologías, las situaciones de exclusión social, la violencia, la educación, la salud integral y la participación en actividades sociales. Al mismo tiempo, constituye un marco de cooperación de todas las Administraciones Públicas, tanto la Administración General del Estado, como de la Autonómica y la Local, además de otros agentes sociales implicados en los derechos de la infancia, tales como la Plataforma de Organizaciones de Infancia (POI). Su aprobación supone una apuesta estratégica y de legislatura de situar a la infancia como prioridad de la agenda política. En este II PENIA, se definen de forma consensuada las grandes líneas estratégicas de desarrollo de las políticas de infancia con el objetivo final, de dar un efectivo cumplimiento a la CDN teniendo en cuenta los derechos, pero también los deberes y responsabilidades de los menores de edad. Por tanto, si al niño se consideró en un tiempo que no era sujeto de derechos, y posteriormente, sólo se subrayó su carácter de titular de derechos, hoy debe resaltarse que, de acuerdo con su edad y con su desarrollo evolutivo, es también y progresivamente “sujeto de responsabilidades” en los diversos ámbitos en los que vive, fundamentalmente en la familia, la escuela, o el barrio²².

²⁰ Vid. HERNÁNDEZ IBAÑEZ, C., “La situación jurídica del menor en el marco de las Leyes de las Comunidades Autónomas”, Madrid, 1998; MARTÍNEZ ILLESCAS, M^a. L., “Las necesidades de la infancia. Respuesta familiar y social”, en RODRÍGUEZ TORRENTE, J. (Ed.), *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, Madrid, 1998, p. 43.

²¹ Reemplaza al “I Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia” (2006-2009), (en adelante I PENIA) prorrogado a 2010, surgía como respuesta a una recomendación del Comité de los Derechos del Niño de 2002 en la que se subrayaba la “necesidad de formular una estrategia global para la infancia sobre la base de los principios y disposiciones de la CDN. El “I Plan Estratégico Nacional de infancia y adolescencia” de 2006-2009 definía de forma consensuada las grandes líneas estratégicas de desarrollo de las políticas de infancia y adolescencia que promovió con medidas dirigidas a velar por que los procedimientos de protección de la infancia de las distintas Comunidades Autónomas se basara en unas normas mínimas comunes y compatibles con el interés superior del menor, garantizando la igualdad de acceso al mismo nivel de servicios, independientemente del lugar en que vivieran. Como el mismo documento señalaba, -se trataba de un instrumento integrador-, a medio plazo, para lograr el pleno desarrollo de los derechos, la equidad interterritorial y la igualdad de oportunidades para la infancia y la adolescencia, dentro de un marco común y flexible que respetara las singularidades y la capacidad de autogobierno de cada Comunidad Autónoma. Por ello, nuestra legislación actual sobre atención y protección de menores asigna específicas funciones tanto a la administración Autonómica como Local para arbitrar y poner en marcha medidas y programas encaminados a facilitar el desarrollo de los menores como individuos y sujetos.

²² “II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia” (2013-2016) (II PENIA). Puede consultarse en: http://www.observatoriodelainfancia.mssi.gob.es/documentos/PENIA_2013-2016.pdf (consultada el 4 de noviembre de 2013).

2. Los Derechos fundamentales del menor en nuestro ordenamiento jurídico.

2.1. A nivel Constitucional

En lo relativo a Derechos fundamentales, la edad no es una condición que delimite su titularidad al estar fundados en la dignidad humana. Por tanto, corresponde al menor en su calidad de persona²³. Sin embargo, -como ya ha señalado la doctrina- nuestra Constitución en su Declaración de Derechos y Deberes Fundamentales no hace mención explícita de su aplicación a los menores²⁴. No obstante, sin perjuicio de la existencia de un reconocimiento pacífico por la doctrina de la titularidad por el menor de sus derechos fundamentales que la Constitución proclama y, en general, de cualesquiera otros derechos que correspondan a la persona por el mero hecho de serlo, el ejercicio de los mismos requiere gozar de la capacidad de discernimiento suficiente para querer y entender el significado y alcance de tal acto que se pretende realizar²⁵. Tan sólo, desde el aspecto legal establece la mayoría de edad a los 18 años y considera menor, la población comprendida entre 0 y 18 años (art.12 C.E), que -es una novedad en nuestro Derecho- así como la plena capacidad de obrar como un presupuesto o condición subjetiva para el ejercicio sus derechos fundamentales. Con ello, sigue la línea trazada por la mayor parte de los ordenamientos jurídicos que dividen el curso de la vida humana en dos etapas: la mayoría de edad en que la persona tiene plena capacidad de obrar en el goce de sus derechos civiles, políticos y sociales y la minoría edad que se refiere a un ser humano que no ha cumplido aún los 18 años, término que es muy amplio y dentro de cual quedan incluidos tanto el niño, como el adolescente y el joven²⁶. También, el artículo

²³Con anterioridad a ella, la Constitución de la 2ª República Española de 1931 es el primer texto en nuestro derecho que tutela los derechos de los menores. Así, en su artículo 43, 2 establecía la obligación de los padres a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos. Obligación que también afecta al Estado de procurar la debida atención a los menores al asumir lo dispuesto en la declaración de Ginebra de 1924. (Vid. SEVILLA ANDRÉS, D., *constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, Madrid, 1969, p. 227. Cit. en nota n. 6 por: REDONDO ANDRÉS, M.J., “La libertad religiosa del menor”, en *ADDE*, vol. XX, 2004, p.132).

²⁴ Cfr. PUENTE ALCUBILLA, V., *Minoría de edad, religión y derecho...op.*, cit, p. 31; PASCUAL MEDRANO, A., “los derechos fundamentales y la ley de protección del menor”. Que se puede consultar en la página <http://www.navarra.es/appsext/DescargarFichero/default.aspx?> (Consultada el 4 de octubre de 2013). Los derechos de la personalidad son derechos subjetivos derivados de la propia naturaleza humana y de su dignidad como persona, encaminados a proteger su dimensión personal del ser humano, tanto en su vertiente física (derecho a la vida y a la integridad física), como espiritual (derechos al honor, a la intimidad y a la imagen (Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona*, CONTRERAS, P.P/ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A./PARRA LUCÁN, M.A., 3ª edición 2008.COLEX. p. 550).

²⁵ Cfr. ALONSO PÉREZ, M., “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. 2, 1997, p. 18; ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y Derechos fundamentales*, Madrid, 2003, pp.38-40.

²⁶ La Ley 6/95 de Garantías de Derechos de la Infancia y de la adolescencia de la Comunidad de Madrid puntualiza más y considera infancia el periodo comprendido entre los 0 a 12 años y adolescentes a los que se encuentran en la franja de edad que abarca desde los 13 a 18 años Cfr. MORENO ANTÓN M., “La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario”, en *AFDUAM* 15, 2011, p. 96 cita a pie de página n 1 que toma como referencia a: ALVÁREZ VÉLEZ, Mª. I., *La protección de los derechos del niño en el marco de las... op.*, cit, p. 104.

315 del Código Civil insiste en lo mismo²⁷. Pero, cualquiera que sea el concepto que tomemos, lo que si tenemos que tener en cuenta es que las necesidades de la infancia van unidas al momento evolutivo en que ese momento se encuentre el niño. Esta es la razón, por la que el ordenamiento jurídico otorga relevancia a edades inferiores -a la mayoría de edad- para el ejercicio de determinados derechos o para la realización de determinados actos jurídicos²⁸.

Es, pues, fácil entender que, a pesar de que nuestra Constitución no se refiere expresamente a los derechos del niño sino, tan sólo de forma genérica, hay razones más que suficientes para considerar que los derechos que se reconocen de manera general en ella a “todos” deben extenderse a los menores, considerados como personas²⁹ y, por ende, titulares de derechos³⁰ aunque, su capacidad se vea limitada para el ejercicio de los mismos, en virtud de su falta de madurez. Además, esto es lo que resulta más conforme con lo dispuesto en el artículo 10,1 CE³¹ que al hablar de la persona no admite distinción entre persona mayor y persona menor de edad y el artículo 14 C.E³² que tampoco permite ningún tipo de discriminación al respecto.

Asimismo, en el Capítulo III del Título I relativo a los “Principios rectores de la política social y económica”, su artículo 39, 1 alude de forma expresa a la obligación que los poderes públicos tienen de asegurar “la protección social, económica y jurídica de la familia” y dentro de ésta, con carácter especial, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, así como del deber los padres de prestar asistencia de todo tipo a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda”³³. Por tanto,

²⁷ Sabemos que la determinación de la edad en la que comienza la mayoría de edad ha variado históricamente en nuestra legislación en el sentido de ir reduciéndose progresivamente desde los veinticinco años (antes de publicarse el Código civil de 1889) hasta los dieciocho (que establece el artículo 12 CE y recoge el artículo 315 del Código civil). Aunque, cabría una edad inferior en el ámbito del Derecho foral conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Segunda (Cfr. VVAA. *Derecho civil de la persona y de la familia*. Comares. Granada, 1999, p.83).

²⁸ Cfr. PASCUAL MEDRANO, A., “Los derechos fundamentales y la ley de Protección del Menor”, en *Revista jurídica de Navarra*, n. 22, 1996, pp. 249-264.

²⁹ Cfr. PUENTE ALCUBILLA, V., *Minoría de edad, Religión y Derecho...op.*, cit., pp.31-32. En el mismo sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona*, (DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A; PARRA LUCÁN, M.A.) 3ª edición, 2008.COLEX. p. 550.

³⁰ El menor como persona física, posee plena capacidad jurídica para ser titular de derechos y obligaciones, desde el momento de su nacimiento conforme a lo previsto en los artículos 29 y 30 del Código civil, y hasta el momento de su muerte.

³¹ Interpretación conforme a lo dispuesto en el artículo 10, 1 La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

³² Artículo 14: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

³³ Artículo 39 CE:

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

para intentar dar efectivo cumplimiento a éste precepto constitucional y a lo dispuesto en los Tratados Internacionales ratificados por España sobre el tema,³⁴ que establecen el “principio de interés superior del menor” como criterio a seguir por todas las instituciones públicas y privadas, se ha puesto en marcha una nueva filosofía sobre el menor para otorgarle un mayor protagonismo y reconocer el papel transcendental que éste desempeña en la sociedad. Idea que como -ya hemos visto- ha sido también compartida por otras instancias internacionales que en la práctica, ha supuesto que en los últimos años, se haya producido un importante proceso de renovación y avance de nuestro ordenamiento jurídico en todo lo relativo al reconocimiento de sus derechos.

2.2. En su desarrollo legislativo postconstitucional en materias que le afectan

En España la preocupación de los poderes públicos por configurar un marco jurídico apropiado con el que prestar una adecuada protección a los derechos del menor ha sido una constante que se ha hecho patente (con mayor o menor acierto) en sucesivas reformas legislativas. Primero, en materia de familia con la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio, que suprimió la distinción entre filiación legítima e ilegítima, equiparó al padre y a la madre a efectos del ejercicio de la patria potestad, introdujo la investigación de la paternidad y abrió el camino de la necesaria “audiencia del menor en todas aquellas cuestiones que le afectan”³⁵. Igualmente, con la Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre la tutela y la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción³⁶. Después, en otros aspectos que afectan directamente al menor como: la Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio, sobre exhibicionismo y provocación sexual en relación con los menores; la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores; la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. Más tarde, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y su Reglamento (Real Decreto 1774/2004), así como las enmiendas al Código Penal con respecto a los delitos contra la integridad sexual (Ley 11/1999) y a la protección de las víctimas de malos tratos (Ley

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

³⁴ En especial, la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989.

³⁵ Cfr. MARTINELL, J., “Relaciones paterno-filiales y libertad de conciencia”, en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión europea y Derecho comparado*. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del estado, Bilbao, 2001, p.84.

³⁶ Esta ley supuso un notable avance al contener importantes innovaciones: con ella el concepto de “abandono” fue sustituido por la institución del “desamparo”, que ha supuesto una considerable agilización de los procedimientos de protección del menor al permitir la asunción automática, por parte de la entidad pública competente, de la tutela de aquél en los supuestos de desprotección grave del mismo. También, considera la “adopción” como un elemento de plena integración familiar y el “acogimiento familiar” como una nueva institución de protección del menor, el interés superior del menor como principio inspirador de todas las actuaciones relacionadas con aquél, tanto las de carácter administrativo como judicial; y el incremento de las facultades del Ministerio Fiscal en relación con los menores, así como de sus correlativas obligaciones.

14/1999). También, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. También, la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores así como la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la violencia de género y la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina.

También, hay que tener en cuenta que en la lucha contra un problema tan grave como es la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (que modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal) se incorpora en el Título VIII del Libro II del Código Penal, el Capítulo II bis rubricado como “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”, en el que se tipifican nuevos tipos legales³⁷. En el mismo sentido, vuelve a incidir en cuestiones que atañen a las relaciones paterno-filiales y entre las penas privativas de derechos, se contempla la privación de la patria potestad o la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. Con lo cual, se priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena³⁸. Más reciente es el Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio que se hizo público el pasado 19 de julio de 2013.

2.3. En 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 civil³⁹

³⁷Cfr. artículo 183 bis relativo a la punición de conductas realizadas por adultos a través de internet y de las nuevas tecnologías de la comunicación e información para ganarse la confianza de menores para lograr encuentros de naturaleza sexual. También, el art. 189.1 que castiga la conducta de quien se lucra con la captación o utilización de los menores de edad o incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, así como la incorporación como sujeto activo del delito de aquel sujeto que entabla como cliente una relación sexual con un menor de edad o incapaz. Con ello, se implanta en nuestro sistema la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003. (B.O.E. de 23 de junio de 2010).

³⁸ Se añade la letra j) al artículo 39 CP y se da una nueva redacción al artículo 46 CP.

³⁹También, podemos destacar la existencia de una copiosa legislación autonómica en materia de protección de menores y de la tutela, (que será objeto de estudio en otro momento) en virtud de lo dispuesto en el art.148.1.20º CE, en consonancia con las previsiones correspondientes de los Estatutos de Autonomía, y de conformidad a lo establecido en la Disposición Adicional 1ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, y en el art.172.1º del Código civil, entre otras:

- Andalucía: Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor.
- Aragón: Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón.
- Asturias: Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor.
- Balears: Ley 17/2006, de 13 de noviembre, de la atención integral de los derechos de la infancia.
- Canarias: Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores.
- Castilla-La Mancha: Ley 3/1999, de 31 de marzo, de Protección del Menor.
- Cataluña: Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia.
- Extremadura: Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Protección y Atención a Menores.
- Galicia: Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia.
- Madrid: Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid.

En esta ley es donde nuestro legislador presta una especial atención a los derechos constitucionales del menor. En su “Exposición de Motivos” resalta el creciente protagonismo que han alcanzado los hijos menores de edad en el mundo del Derecho, y el respeto que merece la personalidad del niño, durante el tiempo que se encuentra bajo la protección de sus padres.

Además, incide en la consideración que el ordenamiento jurídico en general y, esta Ley en particular otorga al menor como “sujeto activo, participativo y creativo, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás”,⁴⁰ y cuyo nuevo planteamiento sobre los derechos del menor se pueden resumir en tres notas fundamentales:

Primera, la autonomía y la protección son los pilares sobre los que en nuestro tiempo se sustenta el estatuto jurídico del menor. Lo que supone un reconocimiento pleno de la titularidad de sus derechos y de su capacidad progresiva para ejercerlos acorde con su desarrollo⁴¹. Con ello, pasa a ser el sujeto activo de sus derechos que ejercita de forma directa y efectiva en la sociedad con arreglo a su grado de madurez. Pero, al no establecerse una edad mínima determinada que actúe como presunción general de madurez a partir de la cual se pueda ejercer éste derecho –que algunos entienden que hubiera sido lo deseable-⁴², parece que se tendrá que determinar caso por caso mediante la peritación judicial. Por ello, entiende el profesor ROSSELL que el problema está sin resolver, pues, nuestro ordenamiento a diferencia de otras legislaciones como la italiana o la portuguesa, no reconoce una edad legal en la que menor pueda ejercer su derecho de libertad religiosa. Tampoco establece una edad, fuera de la mayoría de edad que señala el Código civil, a partir de la cual pueda elegir en contra del criterio de sus padres la educación religiosa que

-Murcia: Ley 3/1995, de 15 de marzo, de la Infancia.

-Navarra: Ley foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia.

-Valencia: Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia.

En este sentido, puede resultar muy interesante consultar el trabajo que el profesor Rodríguez Blanco realiza sobre el ejercicio del derecho de libertad religiosa en los centros de internamiento de menores en la normativa autonómica (Cfr. RODRÍGUEZ BLANCO, M., “El ejercicio del derecho de libertad religiosa en los centros de internamiento de menores”, en Rodríguez Blanco, M. (Dir.) *La libertad religiosa de los menores en centros de internamiento*. Editorial Comares, Granada, 2012, pp.149-169).

⁴⁰ Cfr. MAGAZ SANGRO, C., “La patria potestad en los pleitos matrimoniales”, en RODRÍGUEZ TORRENTE, J. (Ed.), *El menor y la familia: conflictos e implicaciones...*op., cit. p.100; RIVERA HERNÁNDEZ, M., “Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, Protección Jurídica del menor”, en *RGD*, 621, junio 1996, p. 6502; REDONDO ANDRÉS, M.J., “La libertad religiosa del menor”...op.,cit. p.133.

⁴¹ Como ejemplo de ello, el concepto “ser escuchado si tuviere suficiente juicio” recogido en la ley se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan. Este concepto introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos.

⁴² Hay quien opina que hubiera sido deseable que la ley hubiera establecido distintas edades en la configuración de las formas de ejercicio y disfrute de los diferentes derechos al igual que han hecho otras legislaciones estableciendo así una mayoría de edad religiosa. Por ejemplo: a los catorce años (Alemania e Italia) o los dieciséis años en Suiza (Cfr. GONZÁLEZ DEL VALLE, J.M. *Derecho eclesiástico español* 4ª ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1997, p.328; LÓPEZ ALARCÓN, M., “Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas”...op.,cit, p. 332).

quiere seguir, si es que quiere seguir algún tipo de educación religiosa⁴³ Aunque, hay otros autores como el profesor SALCEDO que considera que nuestro ordenamiento si posee datos suficientes para actuar de otro modo. Así, sería apropiado tomar como punto de referencia la edad de 12 años y no la de 16 años (que le parece excesivamente restrictiva) ya que, ésta es una edad a la que con reiteración se remiten distintas normas de nuestro ordenamiento jurídico cuando se refieren a cuestiones que afectan directamente al menor⁴⁴.

Segunda, la plasmación del principio del interés superior del menor como criterio que rige todas las relaciones que le afecten y que ha de primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir⁴⁵. Por ello, cualquier medida que se adopte al amparo de la ley deberá tener un carácter educativo y toda limitación a su capacidad de obrar de los menores habrá de interpretarse de forma restrictiva.

Tercera, el menor en su condición de persona posee personalidad y capacidad para la adquisición y disfrute de derechos. No obstante, del conjunto de derechos de los menores, se ha puesto de manifiesto 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 con la posibilidad de ejercitarlos⁴⁶. Sin embargo, no se puede negar que el menor posee una capacidad de obrar progresiva, que conforme a su edad y grado de madurez adquiere gradualmente.

En el mismo sentido, su art. 3, les reconoce expresamente los derechos que les atribuyen la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España es parte y, en especial, lo previsto en la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989⁴⁷ (aunque esta interpretación era ya obligada por lo dispuesto en art.

⁴³ Cfr. ROSSELL GRANADOS, L., “El derecho de la libertad religiosa del menor en las leyes de libertad religiosa española, italiana y portuguesa”, en *Derecho de familia... op.*, cit, p.799).

⁴⁴ Cfr. SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., “La libertad religiosa del menor”, en *Los derechos de los niños responsabilidad de todos*. (Coords. VICENTE GIMÉNEZ/HERNÁNDEZ PEDREÑO, M.) Colección Aula de Debate. Universidad de Murcia. 1ª Ed. 2007. p.197.

⁴⁵ Principio al que diversas disposiciones legales se refieren de forma expresa, pero sin entrar a definir cuál es su contenido. Así, el Código civil consagra éste principio cuando regula diversas materias como: la nacionalidad, art. 20, 2 letra a); en caso de crisis matrimonial, arts. 87, 1, art 92, 2º y 4º, art. 103, 1º; en materia de alimentos entre parientes art. 149; patria potestad art. 154, 2º, 156,2º, 159, 161 y 170; reconocimiento de la filiación: arts.121, 124 y 125; guarda y acogimiento: arts. 172,3º, 173,3 y 173 bis n.3º; en materia de adopción: arts. 9,5 n.2º, 176, 1º y 180,2º; en materia de tutela: arts. 216,2º, 234,2º, 235, 239, 245 y 246. También, encontramos consagrado éste principio en otros textos legales como la Ley de enjuiciamiento civil: arts. 749,2º, 775,1º y 5º, 777,8º; en el Código penal: arts. 149,2º, 153, 173,2º y en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores y también en la normativa autonómica. Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor* Madrid. Dykinson, 2000. p. 26.

⁴⁶ Como señala el profesor MORENO QUESADA de esta manera se refleja más fielmente la realidad social, y se ajusta a los criterios de protección que consagran la Constitución y el Código civil. (Cfr. VVAA. *Derecho civil de la persona y de la familia... op.*, cit., p.81.; PASCUAL MEDRANO, A., “Los Derechos fundamentales y la Ley de Protección del Menor”, en *II Jornadas de Protección Jurídica del Menor*. Colegio de Abogados de Las Palmas de Gran Canaria y celebradas en esta ciudad los días 6 al 9 de mayo de 1996, pp. 152-153; RIVERA FERNÁNDEZ, M., “Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15... op. cit., p.6502.

⁴⁷ Artículo 3. Referencia a Instrumentos Internacionales. Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el

10.2.CE). También, los arts. 4, 5, 6, 7, 8 y 9 respectivamente, el Derecho al honor; a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; a la información; a la libertad ideológica, de conciencia y religión; de participación, de asociación y reunión; a la libertad de expresión y el derecho a ser oído. Todos estos derechos contenidos en la Sección 1ª, del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución han sido adaptados a la situación de minoridad y a su falta de plena capacidad de obrar lo que ha significado la transformación en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el Código Civil (acogimiento, adopción, tutela, intervención del Ministerio Fiscal, etc.). Hasta el punto, de que su contenido ha traspasado sus propios límites -pues, aunque en su origen, iba destinada a resolver las situaciones de desprotección del menor social, tutela y adopción internacional- tras una serie de enmiendas al articulado de su Proyecto se convirtió en una “Ley de Derechos del Menor” con un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los poderes públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con ellos, a los padres, familiares y a todos los ciudadanos en general.

3. El Derecho libertad religiosa y de conciencia del menor

Resulta evidente, que la protección de la libertad de religión y de creencias ha experimentado progresos sustanciales durante la segunda mitad del siglo XX al ser objeto de reconocimiento en numerosos textos internacionales.⁴⁸ Quizás, la razón esté en que -como señala el profesor Rossell- “si tuviésemos que establecer un elenco de aquellos derechos de los que es titular el individuo y lo ordenáramos en importancia, probablemente ocuparía uno de los primeros lugares, si no el primero, el derecho de libertad religiosa”⁴⁹. Sin embargo, a pesar de que en todos estos documentos se utiliza la expresión “toda persona” tan sólo “en algunos de ellos se hace referencia expresa al derecho de libertad religiosa del menor y cuando lo hacen es para poner de manifiesto el papel que se otorga a los padres o tutores en orden a la tutela del mismo”⁵⁰. Por ello, hubo que esperar a la ya citada Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de Noviembre de 1989 para tener el primer instrumento jurídico de carácter internacional que reconoció de forma expresa el derecho de libertad ideológica y

ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.

La presente Ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989.

⁴⁸ Como ejemplo de los frutos que han dado los esfuerzos internaciones en orden a garantizar la protección de la libertad religiosa podemos citar, entre otros Documentos a:

-Art. 18 de la Declaración Universal de Derecho Humanos de 10 de diciembre de 1948.

-Art 9, 1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

-Art. 18, 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966.

-Art. 5 de la Declaración de 1981 sobre eliminación de todas las formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Creencias.

⁴⁹ Cfr. ROSSELL GRANADOS, J., “El derecho de la libertad religiosa del menor en las leyes de libertad religiosa española, italiana y portuguesa”...op., cit, p.787.

⁵⁰ Idem., p.788.

religiosa del menor⁵¹. No obstante, no entró en detalles en lo que se refiere a la descripción de su amplio contenido como es: de tener una religión, de cambiar de religión, de manifestar su religión, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica del culto y su observancia, o el derecho a recibir la educación religiosa que esté de acuerdo con las propias convicciones⁵². Por tal motivo, desde los años sesenta, en Europa la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa comenzó a mostrar un mayor interés hacia todas las cuestiones relativas a la libertad de religión y de conciencia por lo que emitió diversas “resoluciones” o “recomendaciones” dirigidas al Comité de Ministros del Consejo de Europa para que promovieran ciertas medidas, o bien el establecimiento de determinadas provisiones en sus respectivas legislaciones nacionales en relación con la libertad de religión y de conciencia, que tuvieron cierto eco en diversos gobiernos y que generó, en algunos casos cambios significativos en sus derechos nacionales⁵³.

En lo que se refiere a nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución reconoce en su artículo 16, 1º la libertad ideológica, religiosa y de culto y la garantiza tanto a los individuos como a los grupos en los que éstos se integran, sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley. Al mismo tiempo, en cuanto derecho subjetivo, le atribuye una doble dimensión, interna y externa. La dimensión interna garantiza a la persona la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a su propia personalidad y dignidad individual. Por otro lado, la dimensión externa faculta a la persona para actuar con arreglo a sus propias convicciones y para mantenerlas frente a terceros⁵⁴. Es decir, en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso.

Lo dispuesto en el art. 16, 1 de la CE ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio de libertad religiosa que en su artículo 2 le atribuye un contenido muy amplio⁵⁵ que deberá ser interpretado conforme a lo establecido, entre otros tratados

⁵¹ En su artículo 14 proclama:

1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

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

⁵²Vid. El interesante trabajo del profesor SALCEDO HERNÁNDEZ que tomando como referencia las directrices que ofrece la propia Ley Orgánica de Libertad religiosa y la clasificación planteada en el trabajo de REDONDO ANDRÉS, M.J., op., cit. alude claramente a las facetas que conlleva el contenido de tal derecho (Cfr. SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., “La libertad religiosa del menor”, en *Los derechos de los niños responsabilidad de todos...* op., cit, pp.199-202).

⁵³ Cfr. MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “La protección de la Libertad religiosa en el Consejo de Europa”, en (coords. DE LA HERA, A/MARTÍNEZ CODES, R.Mª) *Proyección Nacional e Internacional de la libertad religiosa*. Ministerio de Justicia. Dirección General de Asuntos religiosos, Madrid, 2001, pp.89-131.

⁵⁴ Cfr. CAÑAMARES ARRIBAS, S., “La libertad religiosa del menor y simbología religiosa en la escuela”, en MARTÍN SÁNCHEZ, I., GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M. (Coords.), *Algunas cuestiones controvertidas del ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa en España*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2009, p. 332.

⁵⁵ Artículo 2.

internacionales, por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.

Y, aunque -como ya hemos señalado- la Constitución no hace una referencia expresa al niño como titular de estos derechos, coincidimos plenamente con aquellos autores que piensan que la falta de una mención expresa al menor de edad no puede, en ningún caso esta ausencia puede significar que no sea titular de los mismos. Por lo que no cabe duda, que todas estas previsiones constitucionales les son aplicables por lo que el texto constitucional dispone en su artículo 10.2 que afirma que: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España⁵⁶ al ser un derecho básico de la personalidad, caracterizado por su carácter inalienable y esencial a la propia existencia humana y cuyo fundamento radica en la misma dignidad humana⁵⁷”.

Pero, hemos tenido que esperar a la Ley de Protección del menor -antes aludida-, para que se reconozca expresamente este derecho en el artículo 6:

1. El menor tiene derecho a la libertad ideológica, conciencia y religión

1. La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a:

a) Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas.

b) Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades, celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales.

c) Recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento; 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.

d) Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas de conformidad con el ordenamiento jurídico general y lo establecido en la presente Ley Orgánica.

2. Asimismo comprende el derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos, a designar y formar a sus ministros, a divulgar y propagar su propio credo, y a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sea en territorio nacional o en el extranjero.

3. Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos, militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos.

⁵⁶ De hecho, como señala el profesor MARTÍN SÁNCHEZ nuestro Tribunal Constitucional ha tomado como referencia varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para precisar el concepto y contenido del derecho de libertad religiosa en casos como: Kokkinakis (STEDH. de 25 de mayo de 1993, Larissis (STEDH de 24 de febrero de 1998) y Hoffmann (TEDH de 23 de junio de 1993). (Cfr. *La recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*. Ed. Comares. Granada, 2002, p. 108.

⁵⁷ Cfr. REDONDO ANDRÉS, M^a J. “La libertad religiosa del menor”, en...op., cit. p.136.

2. El ejercicio de los derechos dimanantes de esta 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.⁵⁸

Por ello, cuando hablamos del derecho de libertad religiosa del menor de edad debemos partir del hecho de que es un titular “pleno” y un ejerciente “progresivo” -en función de su grado de madurez y, por ende, de su capacidad natural- de todos sus derechos fundamentales, sino también de que al ser un sujeto cuya personalidad se halla en proceso de formación, la efectiva garantía de su derecho de libertad religiosa y de conciencia lo que requiere “una protección jurídica reforzada del proceso de gestación y maduración de su conciencia”⁵⁹. Es más, una prolífica normativa internacional, nacional y jurisprudencial existente en la materia, dejan claro, que los menores de edad, en tanto que personas, son titulares del derecho a su libertad de creencias y a su integridad moral⁶⁰ y, en múltiples sentencias el Tribunal Constitucional señala su doble dimensión interna y externa⁶¹.

4. Incidencia de la esfera familiar en la Libertad religiosa y de conciencia del menor.

Lógicamente, en el nuevo estatuto jurídico del menor que le reconoce la titularidad de sus derechos y de su capacidad progresiva para ejercerlos acorde con su desarrollo ha tenido una profunda incidencia la manera en que quedaron configuradas las relaciones paterno-filiales⁶², la patria potestad y la regulación legal del ejercicio de la “guarda y

⁵⁸ En este sentido, resulta significativo que la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña que en el art 6 relativo a las “potencialidades personales” del menor afirma claramente que: “La crianza y formación de los niños y adolescentes debe garantizar su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, de manera libre, integral y armónica, y debe potenciar en todo momento sus capacidades educativas y de aprendizaje, y procurarles el bienestar físico, psicológico y social”.

⁵⁹ Cfr. VALERO HEREDIA, A., *Constitución, Libertad religiosa y minoría de edad. Un estudio a partir de la sentencia 154/2002, del Tribunal Constitucional*. Universidad de Valencia. Valencia, 2004, p.45.

⁶⁰ Por ejemplo, la STC 177/1996, de 11 de noviembre, en su Fundamento jurídico n.9 afirma que: la libertad religiosa garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual”, y asimismo, junto a esta dimensión interna, esta libertad... incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros. Cfr. CAÑAMARES ARRIBAS, S., “La libertad religiosa del menor y simbología religiosa en la escuela”, en MARTÍN SÁNCHEZ, I., GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M. (Coords.), *Algunas cuestiones controvertidas...op.*, cit, p. 332; CEBRIÁ GARCÍA, M., “Creencias religiosas de los padres y atribución de guardia y custodia” en *Curso de derechos Humanos...op.*, cit., p. 191.

⁶¹ En el mismo sentido, se inclinan otras como: STC 19/1985, de 13 de febrero, F. 2; STC 120/1990, de 27 de junio, F. 10; STC 137/1990, de 19 de julio, F. 8; STC 101/2004, de 2 de junio, FJ 3. Cfr. RODRÍGUEZ BLANCO, M., “Documento para el debate: ¿qué cambiar de la ley orgánica de libertad religiosa?”, en: *Jornadas sobre la posible reforma de la ley orgánica de libertad religiosa*, celebradas en Madrid, el 27 de noviembre de 2008, p. 4 y CAÑAMARES ARRIBAS, S., “La Ley Orgánica de Libertad Religiosa: oportunidad y fundamento de la una reforma”, en *Ius Canonicum*, vol. 50 (2010), p.486.

⁶² En general, la doctrina ha definido las “relaciones paterno-filiales” como aquellas relaciones jurídicas que a consecuencia de una filiación determinada legalmente, se establecen entre padres e hijos.

custodia” de los hijos menores o incapacitados surgida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio.

Es cierto, que la familia es una de las instituciones básicas de toda sociedad. Su esencial importancia radica principalmente en las funciones que tiene asignadas en la garantía y protección de los derechos del menor. Es “la primera y directamente responsable de proporcionar al menor los cuidados, el cariño y las condiciones necesarias para que se desarrolle como persona⁶³ -en el más amplio sentido de la palabra- para que pueda integrarse en la sociedad.

Pero, al ser la minoría de edad “un estado civil” que implica obediencia y dependencia, al menor, en principio, se le considera incapaz de gobernarse por sí mismo por lo que, se deja bajo la protección de sus padres o, en su caso de un tutor que se son los que se encargan de brindarle los debidos cuidados durante todo el tiempo que se prolonga la patria potestad o la tutela. Y, no hay duda, de que ambos oficios tal y como han quedado configurados tienen como objetivo el beneficio del hijo o pupilo y el respeto de su libre personalidad⁶⁴. Sin embargo, es precisamente en la esfera familiar donde surgen mayores complicaciones para conciliar el ejercicio de los derechos de la personalidad del menor -en nuestro caso en materia de libertad religiosa y de conciencia- con los derechos y responsabilidades de quienes ejercen la “patria potestad” sobre ellos. Además, dada la heterogeneidad de situaciones que pueden plantearse y la singularidad de cada una de ellas hace muy difícil su sistematización⁶⁵. A pesar de ello, el profesor Martín Sánchez en su interesante trabajo considera que su problemática se puede sintetizar en varias cuestiones principalmente:

- a) Entre la patria potestad y la educación religiosa del menor.
- b) La incidencia de los contrastes entre los titulares de la patria potestad con la educación de sus hijos menores.
- c) Por último, los posibles conflictos entre el ejercicio de la libertad religiosa del menor frente a los titulares de la patria potestad⁶⁶.

-En cuanto a la primera cuestión, debemos partir de la idea de que cuando el menor, debido a su escasa edad, no sea capaz de adoptar decisiones por sí mismo, la religión o convicción en la que será educado lógicamente, será la que le inculquen sus padres en función del derecho que tienen reconocido en los textos internacionales de Derechos

Éstas implican una serie de deberes jurídicos: el deber de alimentos (arts. 110, 111 in fine y 143,2º del Cc.) y el de velar por los hijos (arts. 110 y 111 Cc.). Cfr. DÍEZ PICAZO, L Y GULLÓN, A.: “*Sistema de Derecho Civil*”. vol. IV, Edit. Técno. Madrid, 1997, p. 287.

⁶³ Cfr. VÁZQUEZ PASTOR-JIMÉNEZ, L., *La construcción de la ciudadanía del menor de edad*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009, p.188.

⁶⁴ Cfr. ARECES PIÑOL, M. T., “Tutela del menor y libertad religiosa”, en *Estudios Jurídicos. En homenaje al profesor Vidal Guitarte, I.*, Castellón-Valencia, 1999, p. 31.

⁶⁵ Cfr. LÓPEZ ALARCÓN, M., “Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas” en *AD*, n. 15, 1997, p. 340; MARTINELL, J., “Relaciones paterno-filiales y libertad de conciencia”, en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión europea y Derecho comparado...* op, cit., p.87; CANO RUÍZ, I., “La libertad religiosa del menor...” op., cit, pp.143-146.

⁶⁶ Cfr. MARTÍN SÁNCHEZ, I., *La recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre el...* op., cit, p. 128.

humanos⁶⁷ y a nivel constitucional (art. 27, 3)⁶⁸ -que tal como se desprende de la configuración que el Código civil realiza de la patria potestad en su artículo 154⁶⁹ Por ello, es una facultad que sólo puede ser ejercitada por quien ostente su titularidad⁷⁰ que goza de un carácter personalísimo, es irrenunciable, imprescriptible e intransferible. Además, parece que intuyendo la complejidad de las relaciones familiares y la posibilidad de que surjan discrepancias entre los progenitores en el ejercicio de la patria potestad nuestro Código Civil articula las siguientes soluciones⁷¹:

Si se trata de un desacuerdo puntual, sobre un asunto concreto, tras oír a los progenitores y al hijo o la hija, menor de edad y mayor de 12 años, el/la Juez/a atribuirá la facultad de decisión a uno de los progenitores.

Si se trata de un desacuerdo que alcance a varios asuntos o tenga lugar de forma reiterada, el/la Juez/a podrá optar por una de estas tres soluciones, que se adoptarán por un plazo no superior a dos años:

- Atribución exclusiva del ejercicio de la patria potestad a uno/a de los progenitores.
- Atribución parcial del ejercicio de la patria potestad a uno/a de los progenitores para tomar decisiones en los supuestos conflictivos.
- Distribución de funciones entre ambos cotitulares de la patria potestad para que cada uno de ellos tome las decisiones en el área que le ha sido atribuida⁷².

En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro. En defecto o por ausencia, incapacidad o

⁶⁷ Como por ejemplo: la Declaración Universal de los Derechos Humanos. (ONU. 10-diciembre-1948) en su Art. 26, 3: “Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”; El Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales (28-julio-1976). Art. I: “A la luz del principio de libertad religiosa, la acción educativa respetará el derecho fundamental de los padres sobre la educación moral y religiosa de sus hijos, entre otros.

⁶⁸ Art. 27, 3.C.E. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

⁶⁹ “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. Tarea que se llevará a cabo a través de dos grandes categorías de actuación:

- a) Funciones con un contenido de atención personal y que se desarrollan, fundamentalmente, dentro de la esfera familiar, como son el deber de “velar” por los hijos e hijas, tenerlos en su compañía, educarlos y procurarles una educación integral.
- b) Funciones con un contenido patrimonial y que se desarrollan fuera de la esfera familiar entre las que se encuentran la representación de los y las menores y la administración de sus bienes.

⁷⁰ Cfr. MARTÍN SÁNCHEZ, I., *La recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo...* op, cit, p. 130 y “Patria potestad y libertad religiosa del menor en la jurisprudencia sobre 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, 2001, pp.588-589; PUENTE ALCUBILLA, V., *Minoría de edad, religión y derecho...* op. cit. p.37 y 45; VAZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., *La construcción de la ciudadanía del menor de...* op., cit. pp.207 y 227.

⁷¹ Cfr. RUANO ESPINA, L., “Relevancia jurídico-civil del derecho-deber de los padres cristianos de procurar la educación cristiana de sus hijos. Particular referencia a los supuestos de nulidad, separación y divorcio”, 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, 2001, p.802 y 821.

⁷² Cfr. Art.156, 2 C.c.

imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro. Si los padres viven separados, 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 ejercicio.

Pero, hemos de tener en cuenta que la patria potestad puede cesar en varias circunstancias: 1º por la muerte o declaración de fallecimiento de los padres o del hijo. 2º Por la emancipación. 3º por la adopción del hijo”⁷³. También, “el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial cuando una sentencia judicial así lo determine o debido a la constitución de la adopción y de la tutela⁷⁴. Igualmente, la patria potestad puede ser prorrogada o rehabilitada por encima de la mayoría de edad, por razón de incapacidad. Por ello, si alguna de estas situaciones se produce, entonces la consecuencia es que los padres biológicos dejan de tener el derecho a que sus hijos sean educados conforme sus convicciones religiosas, porque ya no tienen la patria potestad sobre ellos.

También, cuando en su art. 216 el Código civil se refiere a la tutela afirma: “Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial⁷⁵. Es la misma idea insiste cuando dispone en su segundo párrafo que: “las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 de este Código podrán ser acordadas también por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos”⁷⁶.

En términos similares se expresa el Código cuando afirma en el artículo 269: “El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular a:

1º A procurarle alimentos.

2º A educar al menor y procurarle una formación integral.

3º A promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad.

4º A informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración.

Por consiguiente, nada se opone a que mientras los hijos tienen muy corta edad son los padres como titulares de la misma los que deciden sobre la orientación y educación religiosa de sus hijos menores de edad hasta el momento en el que éstos alcanzan la madurez suficiente para poder decidir ellos mismos sobre su opción religiosa⁷⁷. Por

⁷³ Cfr. Art.169 Cc.

⁷⁴ Cfr. Art. 170 Cc.

⁷⁵ Redactado por Ley 13/1983, 24 octubre de reforma del Código Civil en materia de tutela.

⁷⁶ Introducido por la L.O. 1/1996, 15 enero («B.O.E.» 17 enero), de Protección Jurídica del Menor.

⁷⁷ En aplicación de lo dispuesto en el artículo 9 del Convenio Europeo y del artículo 2 del Primer Protocolo. Aunque, la titularidad de tal derecho puede trasladarse a otras personas físicas o jurídicas, bien porque los padres no se encuentren en condiciones de asumirla –por muerte o incapacidad–, bien porque las autoridades competentes lo crean conveniente en atención al interés del menor (Cfr. MARTÍNEZ TORRÓN, J., “El derecho de familia y libertad de conciencia en el Convenio Europeo de Derechos

tanto, lo acertado es que la libertad la educación religiosa o ideológica de los menores sea elegida y se lleve a cabo conjuntamente por sus progenitores en un plano de igualdad⁷⁸. Con la salvedad, de que los padres no ejercen el derecho de sus hijos, tan solo deciden en esta materia según creen que es lo mejor para ellos, como un derecho-deber, que en definitiva es el objeto de la patria potestad. Es más, el artículo 162, 1 del Código civil afirma que: “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1º 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”. Por ello, la intervención paterna debe realizarse “en el sentido de orientar e informar neutralmente al menor, sin sustituir, coaccionar o manipular su voluntad”⁷⁹. Nunca puede realizarse de forma abusiva ya que, esa actuación podría llegar a lesionar la personalidad del menor con lo que se desnaturalizaría la función que tiene asignada. Por tanto, dicho precepto constituye una pieza clave en lo que se refiere a la capacidad de obrar del menor⁸⁰. Así, pues, queda claro que este oficio en relación con los hijos menores o incapacitados abarca la totalidad de los intereses y necesidades del menor y debe ejercerse teniendo en cuenta su personalidad, aunque ello no conlleve una determinación exacta de la conducta a seguir, cuya concreción se deja al arbitrio de sus progenitores⁸¹.

-En lo que respecta a la segunda cuestión, es decir cuando existen desavenencias sustanciales entre los titulares de la patria potestad relativas a la educación religiosa e ideológica de sus hijos (elección del centro escolar donde cursar dichos estudios) a la salud (sobre si debe recibir un tratamiento médico o no, elección del especialista) a sus actividades sociales (se discute sobre cuáles debe realizar, cuándo debe realizarlas) ya sea, -dentro del matrimonio o generalmente en una situación de crisis conyugal en un proceso de separación o divorcio en el que se decide sobre la atribución de la guarda y custodia- cada vez es más frecuente que acudan a los tribunales para resolver la cuestión. En estos casos, la titularidad de los padres unida al derecho-deber del cuidado de los menores alcanza su punto más álgido. ya que, una de las consecuencias de la ruptura matrimonial, cuando hay descendencia, es la necesidad de decidir a quién corresponde la responsabilidad del cuidado de los hijos. Y, son en estas situaciones de crisis familiar donde la actuación del Estado y de los órganos judiciales posee un carácter esencial pues, están obligados a preservar y tutelar los derechos del menor ante el posible riesgo de que éstos puedan ser vulnerados en el seno familiar.

Humanos”, en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión europea y Derecho comparado*. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del estado, Bilbao, 2001, p.153.

⁷⁸ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del Protocolo n. 7, (de 22 de noviembre de 1984 a la Convención e Derecho Humanos): “Los cónyuges gozan de igualdad de derechos y deberes de carácter civil, entre ellos y en sus relaciones con sus hijos, por lo que se refiere al matrimonio, durante el mismo y en caso de disolución. El presente artículo no impide que los estados adopten las medidas necesarias en interés de los menores”. (Cfr. MARTÍN SÁNCHEZ, I., “Patria potestad y libertad religiosa del menor en la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos”...op.,cit, p.593).

⁷⁹Cfr. SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., “La libertad religiosa del menor”...op., cit. p.195.

⁸⁰ Cfr. LÓPEZ ALARCÓN, M., “Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas” en *AD*, n. 15, 1997, p.323. En el mismo sentido se inclinan: MARTÍN SÁNCHEZ, I. *El derecho a la formación de la conciencia y su tutela penal*. Valencia, 2000 p. 65 y ROSSELL GRANADOS, J., “El derecho de la libertad religiosa del menor en las leyes de libertad religiosa española, italiana... op., cit. p. 791.

⁸¹Cfr. MAGAZ SANGRO, C., “La patria potestad en los pleitos matrimoniales”, en RODRÍGUEZ TORRENTE, J. (Ed.), *El menor y la familia: conflictos e implicaciones...*op., cit. pp. 100-101.

Por ello, ante las diferencias de los padres en este aspecto, la decisión última corresponderá al juez que será el que siguiendo como criterio prioritario el principio del interés superior del menor adoptará las medidas que estime oportunas⁸². Y, en este sentido, tendrá que tomar como referente los principios básicos elaborados (que no son excluyentes sino complementarios entre sí) por el Tribunal y la Comisión de Derechos Humanos que ha tenido en cuenta en algunos de los supuestos que sobre el tema se le han planteado como son:

-*El principio de continuidad*. No es razonable cambiar la orientación religiosa e ideológica en la que viene siendo educado el menor cuando viene recibéndola durante varios años y que está conforme a su voluntad⁸³. Esto parece lo más razonable, pues lo contrario podría alterar el proceso educativo del menor, con consecuencias negativas.

-*El principio de la tutela de la salud del menor* que implica la prohibición de modificar la formación religiosa del menor cuando esta modificación pueda poner en peligro su salud o su desarrollo armónico⁸⁴.

-*El principio del respeto a la voluntad del menor*, que supone no hay que cambiar la educación religiosa recibida del menor cuando éste ya tiene una cierta edad y además expresa abiertamente su deseo de mantenerse en ella⁸⁵.

Por consiguiente, en materia de capacidad, el principio rector es el llamado “desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de los derechos”, que supone una capacidad de obrar progresiva para ejercerlos, según la aptitud para entender y comprender el significado y alcance del acto que se realiza y de sus consecuencias”⁸⁶. El menor tan sólo tendrá limitada su capacidad de obrar en la medida en que sus capacidades intelectuales y emocionales están en continuo desarrollo y no hayan alcanzado todavía su plenitud. Y, habría que aducir que si un menor de edad tiene capacidad natural en el sentido de madurez, de discernimiento, de capacidad de entender y querer, también tendrá capacidad de obrar para realizar el acto jurídico concreto de que se trate. De lo contrario, se podría vulnerar su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Ello implica, que tanto los padres o en su caso, el tutor del menor tienen el deber de informarle sobre los asuntos le atañen o que le puedan afectar. Igualmente, que los menores deben ser oídos y tener en cuenta su opinión al respecto antes de adoptar

⁸² Cfr. ORTEGA GUERRERO, I., “El principio de interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: Un perspectiva comparada en el ámbito de la Unión europea”, en: *Psicopatología clínica, Legal y Forense*, vol. 2 n.3, 2002, p.92.

⁸³ Decisión 2648/65, en el caso X contra Holanda, en Yearbook of the European Convention on Human Rights, 12, p. 354 (Citada por MARTÍN SÁNCHEZ, I., *La recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio...op.*, cit, p. 133 nota 488 y por MARTÍNEZ TORRÓN, J., “El derecho de familia y libertad de conciencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”...op.,cit. p.154. Nota 43.

⁸⁴ Sentencia de 22 de junio de 1989, en el caso Erikson contra Suecia, en Publications of the Europeans Court of Human Rights, 156, p. 29.

⁸⁵ Decisión 3110/1976, en el caso X contra la república Federal Alemana, en Collection of Decisions of European Commission of Human Rights, 27, pp.91-92 (Citada por MARTÍN SÁNCHEZ, I., *La recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio...op.*, cit. 133 nota 490).

⁸⁶ Cfr. SANTOS MORÓN, M.J., *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidación e imagen*, Madrid, 2000, p.35. (Citado por MORENO ANTÓN, M., “La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario”, en *AFDUAM*, 15, 2011, p. 97, nota n. 4.

decisiones que les afecten⁸⁷; obviamente, si el menor de edad tiene madurez suficiente⁸⁸. Aunque, conviene hacer hincapié en que, el concepto de “audiencia del menor” debe ser entendido “en un sentido amplio o integral, de modo que no se circunscribe sólo en el marco procesal sino también en todos los ámbitos vitales en que el menor se desarrolla y que coyunturalmente le pueden afectar”⁸⁹.

-En lo que respecta a la tercera cuestión, es decir, los hipotéticos conflictos que pueden surgir entre el ejercicio del derecho de libertad religiosa y de conciencia del menor y la de los que ejercen sobre él ejercen la patria potestad, hemos de entender - conforme a los criterios antes señalados y la opinión mayoritaria de los estudiosos del tema que: cuando el menor tenga suficiente madurez de juicio -que tendrá que ser comprobada judicialmente en cada caso concreto- el menor podrá seguir su propia orientación religiosa o ideológica aún, en contra de la voluntad de quienes ejercen sobre él la patria potestad⁹⁰ que no podrán violentar su derecho a la formación de su conciencia⁹¹. Pues, como señala el profesor ROSSEL “la adscripción de uno de los progenitores a un nuevo movimiento religioso, matrimonios en los que ambas partes pertenecen a una religión distinta e intentan educar al niño en las creencias respectivas, e incluso la adscripción del menor a un grupo religioso distinto al de sus padres son cada vez situaciones más comunes que tienden a dilucidarse ante los tribunales de justicia”⁹². Y, aunque en principio los titulares de la patria potestad tiene que tender a ser imparciales ante el fenómeno religioso la realidad nos muestra, que -en muchos casos- intentarán convencer al menor para que siga las convicciones religiosas e ideológicas por ellos profesadas. Pero, de ninguna manera podrán traspasar los límites implantados por el artículo 9, 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pues estarían incurriendo en el denominado “proselitismo abusivo” prohibido por dicho precepto⁹³.

Finalmente, resta por aludir que “ante la imposibilidad del ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores -circunstancias, por desgracia cada vez más frecuente- cuando los padres han obtenido una resolución de nulidad, separación o

⁸⁷ El Art. 9 LOPJM le reconoce este derecho, tanto en el ámbito familiar, como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que se vea implicado y que suponga una decisión que afecte a su esfera personal, etc.

⁸⁸ Cfr. VÁZQUEZ PASTOR-JIMÉNEZ, L., *La construcción de la ciudadanía del menor de edad...* op., cit. p. 145. En el mismo sentido, se inclina RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Madrid, 2007, p.199.

⁸⁹ Cfr. MARTINELL, J., “Relaciones paterno-filiales y libertad de conciencia”, en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión europea y Derecho comparado...* op., cit.p.85.

⁹⁰ Cfr. FERRARI, S., “Religione, matrimonio e familia”, en FERRARI/IBÁN, C., *Diritto e religione in Europa occidentale*, Bologna, 1997, p.99; SERRANO POSTIGO, C., “Libertad religiosa y minoría de edad en el ordenamiento jurídico español”, en *Estudios de derecho canónico y Derecho eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado* Madrid. Universidad Complutense, 1983, p.816.

⁹¹ En este sentido, resulta significativa la sentencia de 20 de noviembre de 1996 de la Audiencia Provincial de Huesca en que se pone de manifiesto el conflicto planteado relativo al derecho de autodeterminación del paciente cuando este es menor de edad conforme al artículo 16 de la Constitución y está en peligro su vida.

⁹² Cfr. ROSSELL GRANADOS, J., “El derecho de la libertad religiosa del menor en las leyes de libertad religiosa española, italiana... op., cit. p. 791.

⁹³ Cfr. MARTINEZ-TORRÓN, J., “La giurisprudenza degli organi di Strasburgo sulla libertà religiosa” en *Rivista internazionale di diritti dell'uomo*, 1993, p. 360; VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., *La construcción de la ciudadanía del menor de edad...* op., cit, p.256.

divorcio” ha dado lugar a que los que autores que han estudiado el tema en profundidad hayan tenido que formularse preguntas tales como: ¿Puede constituir el factor religioso un criterio a tener en cuenta por el juez (o ser determinante), a la hora de encomendar la guarda y custodia de los hijos, o en su caso, de la patria potestad? ¿Existiría en tales casos una violación del principio de igualdad y no discriminación por razones religiosas?⁹⁴ .La necesidad de dar respuesta a tales interrogantes ha sido el motivo de que en distintas ocasiones los Tribunales europeos hayan tenido que decantarse en el marco de un procedimiento matrimonial sobre tales cuestiones.

En un primer momento, las decisiones judiciales se manifestaron abiertamente contrarias a dejar al cuidado de los hijos a alguno de los progenitores por el hecho de formar parte de un grupo religioso minoritario (máxime cuando se adscribe a ese grupo religioso después del matrimonio y/o del nacimiento de los hijos) y cuyos preceptos religiosos pueden chocar abiertamente con los hábitos sociales e, incluso exponer al menor en algún supuesto a una situación de riesgo personal⁹⁵ . Sin embargo, desde hace ya algún tiempo el criterio general comúnmente aceptado a raíz de la sentencia de STEDH de 23 de junio de 1993⁹⁶ es que, en el tratamiento jurídico de las crisis matrimoniales, no debe tenerse en cuenta las creencias de sus progenitores, de un modo exclusivo y apriorístico como criterio para resolver este tipo de conflictos, porque ello sería contraria a la prohibición de discriminación por el hecho de tener una religión o

⁹⁴ Cfr. MARTÍNEZ TORRÓN, J., “El derecho de familia y libertad de conciencia en el Convenio Europeo de Derechos...op.,cit, p. 153; PUENTE ALCUBILLA, V “Relaciones paterno-filiales y formación de conciencia del hijo menor no madura: aspectos conflictivos”...op., cit, pp. 705-709; RUANO ESPINA, L., “Relevancia jurídico-civil del derecho-deber de los padres cristianos de procurar la educación cristiana de sus hijos...op., cit, p. 803-804; RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “El reconocimiento de la Unión Europea de la opción religiosa en el tratamiento procesal de las crisis matrimoniales (Las resoluciones matrimoniales canónicas en el Reglamento 1347/2000 del Consejo de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000)”, en *DE LA HERA, A/ MARTÍNEZ CODES, R.Mª (coords.) Proyección Nacional e Internacional de la libertad...op., cit. Madrid, 2001, p.134-136; CEBRIÁ GARCÍA, M., “Creencias religiosas de los padres y atribución de guardia y custodia”...op.,cit, p. 195.*

⁹⁵ Cuando la madre fuera considerada culpable de la separación o el divorcio por una conducta considerada indecorosa: adulterio, vida de vituperio... o cuando las creencias religiosas de la madre “Testigos de Jehová” pudieran poner en peligro la salud de los hijos, que se pone de manifiesto en sentencias del Tribunal Supremo como las de 2 de mayo de 1983 y la del 27 de febrero de 1980 respectivamente. (Cfr. SILLERO CROVETTO, B., “Reflexiones en torno al marco legal...op., cit, p. 9).

⁹⁶ Esta sentencia ha sido comentada por la doctrina al ser crucial en la materia. El supuesto planteado era el siguiente: Un matrimonio celebrado entre católicos con dos hijos menores de edad. Más tarde, la mujer se convierte los Testigos de Jehová, abandona al marido y se lleva consigo a sus hijos. Ante dicha circunstancia, el padre reclamó la custodia de los hijos alegando, entre otras cuestiones que si se quedaban bajo el cuidado de la madre serían marginados socialmente en un país de mayoría católica así como el peligro que supondría para la vida de sus hijos -en el supuesto que fuese necesario- la negativa de la madre a que le pudiesen suministrar una transfusión sanguínea. No obstante, los Tribunales de instancia y apelación concedieron la custodia de los hijos a su madre por entender que ella la más idónea para atenderlos y que en el supuesto que esta situación de riesgo en abstracto surgiera ya se resolvería, en su caso mediante la autorización judicial. Sin embargo, el caso llegó hasta el Tribunal Supremo Austriaco decidió conceder la custodia al padre, al entender que los hijos debían seguir siendo educados en la religión común inicial los padres. Contra esta sentencia, la esposa interpone recurso ante el TEDH que finalmente resuelve: que en el caso se había producido “discriminación de trato” fundada en motivos religiosos en relación con el derecho a la intimidad personal y familiar, aunque no entró en el asunto de una eventual violación del derecho de libertad religiosa. Sin embargo, como señala el profesor Martínez-Torrón esta decisión judicial quiebra el principio de continuidad en la educación religiosa del hijo acuñado por el mismo Tribunal. (Cfr. MARTÍNEZ TORRÓN, J., “El derecho de familia y libertad de conciencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”...op.,cit, p.154).

convicción establecida en el artículo 14⁹⁷ del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 9⁹⁸ del mismo la opción religiosa que hayan efectuado los cónyuges. Por consiguiente, debe argüirse que: “en principio debe ser inocua y no justifica por sí misma una descalificación a priori del progenitor debido a sus convicciones religiosas”⁹⁹. Así, en nuestro país encontramos algunas sentencias dictadas conforme a este planteamiento¹⁰⁰.

5. Conclusiones

Como ya ha dejado claro la doctrina, nuestra Constitución “avocó al Derecho civil a superar el carácter marcadamente patrimonialista en el que la ideología liberal de los Códigos le había dejado sumido, para acentuar y redescubrir su *vocación personalista*, precisamente a partir de los derechos fundamentales como pieza básica del nuevo sistema”¹⁰¹. Con ello, desaparece la concepción patriarcal y autoritaria de la familia, del matrimonio y de las relaciones paterno-filiales y es sustituida por una nueva concepción del matrimonio sustentada sobre el acuerdo de dos personas con idéntica responsabilidad de decisión en cuanto a sus relaciones personales y económicas y un sistema de filiación construido sobre el *principio de corresponsabilidad parental*¹⁰².

⁹⁷ Artículo 14: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

⁹⁸ El artículo 9 del Convenio Europeo dice lo siguiente:

9. 1: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.”

9. 2: “La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o, de la moral, pública, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

⁹⁹ Cfr. MARTÍN SÁNCHEZ, I., “Las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión en el ordenamiento jurídico internacional...op., cit. p. 75, nota n.º. 245.

¹⁰⁰ Por ejemplo, la SAP de Bilbao de 14 de octubre de 1987, la SAP de León de 7 de junio de 1994; la SAP de Gran Canaria de 20 de julio de 1995; la SAP de Almería de 14 de junio de 1999 (Aranzadi Civil n. marginal 1365) relativas a los Testigos de Jehová.

Igualmente, la sentencia SAP de Álava, de 30 de octubre de 1998; sentencia SAP de Madrid de 30 de septiembre de 1999 (Aranzadi Civil n. marginal 1911). (Citadas por RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “El reconocimiento de la Unión Europea de la opción religiosa en el tratamiento procesal de las crisis matrimoniales...op.cit., p. 136, nota n.º. 6).Y, la STC 141/2000, de 29 de mayo.

¹⁰¹ Cfr. BARBER CÁRCAMO, R. “La Constitución y el Derecho Civil” en *REDUR* n. 2 / Año 2004, pp. 41-60.

¹⁰² Ha sido defendido por la doctrina la conveniencia de sustituir el término “patria potestad” y “guarda y custodia por el de “autoridad o responsabilidad parental” al ser más conforme a los textos internacionales, a nuestra legislación autonómica o a la legislación de otros países europeos y con las perspectivas de Género. De ahí que el Reglamento CEE n.º 2201/2003 del Consejo de 27 de Noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental en su art. 2 con la finalidad de evitar los problemas que generan estas diferencias, tanto terminológicas como conceptuales, existentes en las distintas legislaciones haya optado por utilizar el de “responsabilidad parental”, ya que, éste nuevo término refleja mucho mejor todo el entramado de deberes, derechos, funciones, actitudes, etc. que se exigen a ambos progenitores respecto a sus hijos menores tras la ruptura de su relación de pareja. Vid. ZURILLA CARIÑANA M.A., “Las disputas judiciales en torno...op.cit., pp. 9-10; PINTO ANDRADE, S., *La*

Para ello, el Derecho de familia afrontó la reforma de las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el Código civil, que hizo patente especialmente en las Leyes 11/1981 (de 13 de mayo sobre modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio), Ley 13/1983 (de 24 de octubre por la que se reforma el Código civil en materia de Tutela) y la regulación legal de la “guarda y custodia” de los hijos menores o incapacitados surgida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, (por la que se modificó el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio). Leyes, que son una consecuencia directa de lo dispuesto a nivel constitucional sobre la “Protección social, económica y jurídica de la familia en el artículo 39 CE en sus párrafos 2º, 3º y 4º¹⁰³. Y, que después, de manera concreta plasmó la Ley Orgánica 1/1996 (de Protección Jurídica del Menor) en la que el “beneficio supremo del menor” se instaura como el principio que ha de primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (aunque, ya previamente la doctrina se había manifestado al respecto)¹⁰⁴ y en el principio *básico y preferente en todos los procedimientos en materia de familia* – especialmente en los relativos a la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores de edad tras la ruptura de la relación de pareja de sus progenitores. De hecho, se observa que la ley ha incidido en diversos aspectos relativos al ejercicio de la patria potestad y de la guarda y custodia de los hijos, con un objetivo muy claro: recalcar que la responsabilidad que los padres tienen hacia sus hijos continúa a pesar de que los padres se separen o divorcien para conseguir la mejor realización del beneficio e interés de los hijos menores a su cargo¹⁰⁵.

Actualmente, diversas disposiciones legales se refieren de forma expresa al interés del menor, pero sin entrar a definir cuál es su contenido¹⁰⁶. Por tanto, al ser un concepto jurídico indeterminado con un alto componente sociológico tendrá que ir concretándose al igual que ha ocurrido con otros conceptos jurídicos indeterminados y adaptarse a los

custodia compartida, 1ª edición. Editorial Boch, Barcelona, 2009, p 35. ORTUÑO MUÑOZ, P., *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*. Primera edición. Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 63; GARCÍA RUBIO, M.P./OTERO CRESPO, M., “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”, en: *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 8. Edit. Junta de Castilla y León, Valladolid, 2006, p 73; DELGADO DEL RÍO, G., “La custodia de los hijos”. *La guarda compartida opción preferente*. Civitas. Thomson Reuters. Pamplona, 2010, p. 229.

¹⁰³ Cfr. LIÑAN GARCÍA, A., “El ejercicio de la guarda y custodia compartida de los hijos menores o incapacitados en España: nuevas perspectivas de futuro”, en *RGDCDEE*, mayo 2013. Puede consultarse en: http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=2&numero=32).

¹⁰⁴ Cfr. LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida de los hijos*, Edición La Ley, Madrid, 2008 pp.113-117; ZURITA MARTÍN, I., “Las últimas reformas legales en materia de relaciones paternofiliales”, en: *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)* GAVÍDIA SÁNCHEZ, J.V., (Coord.) *Manuales Profesionales Civil*. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 262.

¹⁰⁵ Vid. Exposición motivos de la Ley 15/2005.

¹⁰⁶ El Código civil consagra éste principio cuando regula diversas materias como: la nacionalidad, art. 20, 2 letra a); en caso de crisis matrimonial, arts. 87, 1, art 92, 2º y 4º, art. 103, 1º; en materia de alimentos entre parientes art. 149; patria potestad art. 154, 2º, 156,2º, 159, 161 y 170; reconocimiento de la filiación: arts.121, 124 y 125; guarda y acogimiento: arts. 172,3º, 173,3 y 173 bis n.3º; en materia de adopción: arts. 9,5 n.2º, 176, 1º y 180,2º; en materia de tutela: arts. 216,2º, 234,2º, 235, 239, 245 y 246. También, encontramos consagrado éste principio en otros textos legales como la Ley de enjuiciamiento civil: arts. 749,2º, 775,1º y 5º, 777,8º; en el Código penal: arts. 149,2º, 153, 173,2º y en la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores y también en la normativa autonómica. Cfr. Rivero Hernández, F., “*El interés del menor*” Madrid. Dykinson, 2000.p. 26.

cambios que vaya experimentando la sociedad. Ello, en la práctica se traduce en un deber positivo de actuación del juez que -en cada caso concreto- tendrá que indagar, valorar y resolver lo más conveniente adoptando aquellos medios o medidas que sean necesarias en orden a asegurar que el ejercicio de la patria potestad se despoje finalmente de talantes autoritarios y paternalistas¹⁰⁷ y se ejerza siempre conforme al principio del interés del menor y no primar otros intereses que, aunque sean igualmente lícitos deberán ser siempre atemperados por este principio identificado con la preservación de sus derechos fundamentales¹⁰⁸.

Resulta evidente, que tales cambios normativos y jurisprudenciales han supuesto el entendimiento general de que los menores de edad deben ser sujetos de los derechos que a toda persona, por el hecho de serlo, corresponden, además de sujetos de aquellos derechos derivados de la especial protección que, por su propia dependencia de otros, les es debida. Es más, al convertirse el estatuto jurídico del menor en una norma de orden público, de inexcusable observancia, recae sobre los poderes públicos en general, y sobre los órganos judiciales, en especial el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por los padres o tutores, o por quienes tengan atribuida la protección y defensa, se haga siempre en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el interés superior del niño. Para ello, deberán articular las medidas necesarias tendentes a que los que están obligados a ello preserven y promuevan el efectivo ejercicio de tales derechos e, incluso, si fuera necesario sustituirlos en dicha función cuando no puedan o no sean capaces de hacerlo, con la finalidad última de procurar el desarrollo integral del menor¹⁰⁹.

Así, el deber que recae sobre los padres de educar y formar a sus hijos (art. 39,3CE), se complementa con el derecho que poseen para que sus hijos puedan recibir la formación religiosa y moral que sea conforme a sus propias convicciones (art. 27, 3CE). Más, la proyección sobre el menor de estas convicciones concretas encuentra su límite en la misma protección del interés superior del menor sobre el que se ejerce la patria potestad¹¹⁰. Por lo que, el Estado deberá velar -en todo momento- por los derechos del menor cuando entienda que pueden verse amenazados. Ya que, coincidimos plenamente con quien afirma que “en ningún caso esta pretensión de autonomía familiar podrá eludir la existencia de principios inmanentes a la ordenación de la convivencia plasmados en la Constitución, como son la libertad, la igualdad, la dignidad, el valor de la persona y demás derechos fundamentales”¹¹¹.

BIBLIOGRAFÍA

¹⁰⁷ Cfr. LÓPEZ ALARCÓN, M., “Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosa...op., cit, p.332.

¹⁰⁸ Cfr. SILLERO CROVETTO, B., “Reflexiones en torno al marco legal...op.,cit, p. 8.

¹⁰⁹ Vid. Sentencia 154/2002 del TC.

¹¹⁰ Cfr. VALERO HEREDIA, A., *Constitución, Libertad religiosa y minoría de edad. Un estudio a partir de la...op.*, cit. 2004, p. 46.

¹¹¹ Cfr. PUENTE ALCUBILLA, V., *Minoría de edad, religión y derecho...op. cit.* p. 246.

- AGUILAR CAVALLLO, G. “El Principio del interés superior del niño y la Corte interamericana de Derechos humanos” en *Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Universidad de Talca. Año 6, n 1, 2008, pp. 223-247.
- ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Madrid, 2003.
- ALONSO PÉREZ, M., “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*, nº 2, 1997, pp. 15-30.
- ALVÁREZ VÉLEZ, M^a. I., *La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*, Madrid, 1994.
- ALVÁREZ VÉLEZ, M^a. I., “La política de protección de menores en el ámbito internacional”, en Rodríguez Torrente, J. (Ed.), *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, Madrid, 1998, pp. 175-188.
- ALVENTOSA DEL RIO, J., “Notas sobre la libertad religiosa del menor”, *Estudios jurídicos En homenaje al profesor Vidal Guitarte I*, Castellón-Valencia, 1999, pp. 33 y ss.
- ARANDA RODRÍGUEZ, R., *La representación legal de los hijos menores*, Madrid, 1999.
- ARECES PIÑOL, M^a. T., “Tutela del menor y libertad religiosa”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte I*, Castellón-Valencia, 1999, pp. 39 y ss.
- 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.
- BARBER CÁRCAMO, R. “La Constitución y el Derecho Civil” en *REDUR* n. 2 / Año 2004, pp. 41-60.
- BARRERO ORTEGA, A., “La libertad religiosa y el deber de garantizar la vida del hijo (a propósito de la sentencia 154/2002, de 18 de julio)”, en *Revista Española de derecho Constitucional*, 75, 2005, pp.325-356.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Patria potestad y protección del menor: conflicto de su derechos a la vida y a la salud con el derecho a la libertad religiosa de sus progenitores”, *Aranzadi civil*, II, 2002, pp. 1987-1998.
- BERROCAL LANZAROT, A. I., “Patria potestad: Modificación, suspensión, privación, exclusión, recuperación, extinción”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N. 723, pp.469-664.
- CANO RUÍZ, I., “La libertad religiosa del menor”, en Rodríguez Blanco, M. (Dir.) *La libertad religiosa de los menores en centros de internamiento*. Editorial Comares, Granada, 2012, pp.119-148.
- CAÑAMARES ARRIBAS, S., “La Ley Orgánica de Libertad Religiosa: oportunidad y fundamento de la una reforma”, en *Ius Canonicum*, vol. 50, 2010, p.477-515.
- CEBRIÁ GARCÍA, M., “Creencias religiosas de los padres y atribución de guardia y custodia” en *Curso de derechos Humanos de Donostia- San Sebastián*, vol. IV. Universidad del País Vasco, pp. 189-203.
- DE LAMA AYMÁ, A., *La Protección de los Derechos de la Personalidad del Menor de edad*. Tirant lo Blanc, Valencia, 2000.
- DELGADO DEL RÍO, G., *La custodia de los hijos. La guarda compartida opción preferente*. Civitas. Thomson Reuters. Pamplona, 2010.
- DÍAZ MUÑOZ, O., *El Derecho Constitucional de Libertad Religiosa del Menor: Familia, Escuela y Tratamientos Médicos*. Palestra Editores. Lima, 2010.

-FOSAR BENLLOCH, E., “El Derecho Internacional de protección del Menor: El Consejo de Europa y la Organización de Naciones Unidas”, en Documentación Jurídica, n. 41, Madrid, 1983, p. 115-130.

-HERNÁNDEZ IBAÑEZ, C., “La situación jurídica del menor en el marco de las Leyes de las Comunidades Autónomas”, Madrid, 1998.

-LINACERO DE LA FUENTE, M., “La protección del menor en el Derecho Civil español. Cometario a la Ley Orgánica 1/1996 de 16 de enero”, en *Actualidad Civil*, n. 48, 27 de diciembre de 1999 al 2 de enero de 2000, pp. 1.609-1620.

-LIÑÁN GARCÍA, A., “El ejercicio de la guarda y custodia compartida de los hijos menores o incapacitados en España: nuevas perspectivas de futuro”, en *RGDCDEE*, mayo 2013. Puede consultarse en: <http://www.iustel.com>.

-LÓPEZ ALARCÓN, M., “Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas” en *AD*, n. 15, 1997, pp.323-344.

-MARTÍN SÁNCHEZ, I., “La patria potestad y la educación religiosa de los hijos en el Derecho español”, en *El fenómeno religioso en España. Aspectos jurídicos políticos*, Madrid, 1972.

-MARTÍN SÁNCHEZ, I., “El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, en *Ius Canonicum*, 65, 1993, pp.68-90.

-MARTÍN SÁNCHEZ, I., *El derecho a la formación de la conciencia y su tutela penal*. Valencia, 2000.

-MARTÍN SÁNCHEZ, I., *La recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*. Ed. Comares. Granada, 2002.

-MARTÍN SÁNCHEZ, I., “Patria potestad y libertad religiosa del menor en la jurisprudencia sobre 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, 2001, pp. 585-602.

-MARTÍN SÁNCHEZ, I., “Las Libertades de pensamiento, de conciencia y de religión en el ordenamiento jurídico internacional” en DE LA HERA, A/ MARTÍNEZ CODES, R.M^a (coords.) *Proyección nacional e internacional de la Libertad religiosa*. Ministerio de Justicia. Dirección General de Asuntos religiosos. Madrid, 2001.

-MARTINELL, J., “Relaciones paternofiliales y libertad de conciencia”, en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión europea y Derecho comparado. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del estado*, Bilbao, 2001, pp.81-142.

-MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona, en (De Pablo Contreras, P/ Pérez Álvarez, M.A./Parra Lucán, M.A) 3^a edición 2008.COLEX.

-MARTÍNEZ ILLESCAS, M.L., “Las necesidades de la infancia: respuesta familiar y social”, en *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, Madrid, 1998.

-MIRALLES GONZÁLEZ, I., “La familia entre autonomía y soberanía”, en *RJC*, vol.95, n. 1, 1996, pp.71-83.

-MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “Derecho de familia y libertad de conciencia en el Convenio Europeo de Derechos humanos”, *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión europea y Derecho comparado. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del estado*, Bilbao, 2001, pp.143-162.

-MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “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 Derecho comparado. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del estado, Bilbao, 2001, pp.143-180.

-MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “La protección de la Libertad religiosa en el Consejo de Europa”, en (coords. DE LA HERA, A/MARTÍNEZ CODES, R.M^a) *Proyección Nacional e Internacional de la libertad religiosa*. Ministerio de Justicia. Dirección General de Asuntos religiosos, Madrid, 2001.

-MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio europeo de Derechos humanos”, en *ADEE*, II, 1986 pp.477-485.

-MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea”, en *ADEE*, 9, 1993, pp.75-91.

-NAVARRO VALLS, R., “¿Parricidio o error invencible?”, *RGDCDEE* n. 1, enero 2003, www.iustel.com.

-MONTEJO RIVERO, J M., “Menor de edad y capacidad de ejercicio: reto del derecho familiar y contemporáneo” en *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 2, 2012, pp.22-36.

-MORENO ANTÓN, M., “Minoría de edad y libertad religiosa: estudio jurisprudencias”, en *RGDCDEE*, 19, 2009 pp. 245-260.

-MORENO ANTÓN, M., “La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario”, en *AFDUAM*, 15, 2011, pp.95-123.

-NAVARRO COSTA, R., “El menor ante el Derecho”, en SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M. (coord.) *Los menores en protección*, Madrid, 2007.

-ORTEGA GUERRERO, I., “El principio de interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión europea”, en *Psicopatología clínica legal y Forense*, vol. 2, n. 3, 2002, pp. 87-108.

-PUENTE ALCUBILLA, V “Relaciones paterno-filiales y formación de conciencia del hijo menor no madura: aspectos conflictivos”, en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión europea y Derecho comparado*. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del estado, Bilbao, 2001, pp.697-714.

-PUENTE ALCUBILLA, V., *Minoría de edad, religión y derecho*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.

-RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “La protección a la infancia en la legislación española. Especial incidencia en los malos tratos”, en *Revista de Derecho Universidad Nacional de Educación a Distancia*, nº.2, 2007, pp. 77-94.

-REDONDO DE ANDRÉS, M^a. J., “La libertad religiosa del menor”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XX, 2004, pp. 131-161.

-RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Madrid, 2007.

-RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos (Comentario de la STC 141/2000, de 29 de mayo)” en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 14, 2000, pp. 281 y ss.

-RIVERA FERNÁNDEZ, M., “Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”, en *RGD*, 621, junio 1996, pp. 6502-15.

-RODRIGO LARA, M^a. B., “La libertad de pensamiento y de creencias de los menores de edad”, Madrid, 2004 en <http://eprints.ucm.es/tesis/der/ucm-t27514.pdf> (consultada el 14 de octubre 2013).

-RODRIGO LARA, M^a.B., “La libertad religiosa y el interés del menor (Comentario a la STC 141/2000, de 29 de mayo de 2000)”, en *ADEE*, vol. XVII, 2001, pp. 409-419.

-RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “El reconocimiento de la Unión Europea de la opción religiosa en el tratamiento procesal de las crisis matrimoniales (Las resoluciones matrimoniales canónicas en el Reglamento 1347/2000 del Consejo de la Unión

Europea, de 29 de mayo de 2000”), en *Proyección Nacional e Internacional de la libertad religiosa*. Ministerio de Justicia. Dirección General de Asuntos religiosos. DE LA HERA, A/ MARTÍNEZ CODES, R.M^a., (coords.) Madrid, 2001, pp.134-151.

-ROMERO COLOMA, A. M^a., *Derecho a la libertad religiosa del progenitor frente al beneficio del hijo menor*, Barcelona, 2006.

-ROSSELL GRANADOS, J., “El derecho de la 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 de la Unión europea y Derecho comparado*. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del estado, Bilbao, 2001, pp.787-800.

-SANTOS MORÓN, M^a. J. “Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002”, *La Ley de 12 de diciembre de 2002*, n. 5675, p. 7. Se puede consultar en: <http://www.laley.net>.(consultada el 4 de noviembre de 2013).

-SABATER BOYLE, E., “La nueva ley de protección Jurídica del menor”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 241, 11 de abril de 1996, pp. 1-4.

-SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., “La libertad religiosa del menor”, en *Los derechos de los niños responsabilidad de todos*. (Coords. VICENTE GIMÉNEZ/HERNÁNDEZ PEDREÑO, M.). Colección Aula de Debate. Universidad de Murcia. 1^a Ed. 2007. pp.187.212.

-SARAVIA GONZÁLEZ, A.M., “Guarda y custodia compartida. Principales novedades de la Ley 15/05 (cuestiones sustantivas)”, en: *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida*. Consejo General del Poder Judicial. Estudios de Derecho Judicial 147, 2007. Madrid, 2008, pp.195-248.

-SERRANO POSTIGO, C., “Libertad religiosa y minoría de edad en el ordenamiento jurídico español”, en *Estudios de derecho canónico y Derecho eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado* Madrid. Universidad Complutense, 1983, pp.805-828.

-SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M. (coord.), *Los menores en protección*, Madrid, 2007.

-VALERO HEREDIA, A., *Constitución, Libertad religiosa y minoría de edad. Un estudio a partir de la sentencia 154/2002, del Tribunal Constitucional*. Universidad de Valencia. Valencia, 2004.

-VAZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., *La construcción de la ciudadanía del menor de edad*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009.

-ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., “Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos menores en crisis de convivencia de sus padres”, en VV.AA., *La conflictividad en los procesos de familia. Vías jurídicas para su solución*. Dykinson, 2004.

-ZURITA MARTÍN, I., “Las últimas reformas legales en materia de relaciones paterno-filiales”, en Gavidia Sánchez, V., (Coord.) *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)* Manuales Profesionales Civil. Marcial Pons, Madrid, 2007.