

LA LIBERTAD RELIGIOSA Y EL INTERÉS DEL MENOR

(Comentario a la STC 141/2000, de 29 de mayo de 2000)

María Belén RODRIGO LARA
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA SENTENCIA. 2.1. *Los hechos.* 2.2. *Calificación jurídica.* 3. LA LIBERTAD RELIGIOSA COMO FACTOR DETERMINANTE DE LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO DE VISITAS. 3.1. *El interés del menor: papel que desempeña en el derecho de visitas.* 3.2. *La dimensión externa de la libertad religiosa y la protección de menor de edad. La proporcionalidad de las medidas judiciales adoptadas.*

1. INTRODUCCIÓN

Desde mayo del año 2000 la jurisprudencia constitucional en materia de libertad religiosa cuenta con una nueva sentencia. El Tribunal Constitucional resuelve un recurso de amparo en el que se alega la vulneración del derecho de libertad religiosa. El origen del conflicto se encuentra en el ámbito familiar; en el que la madre alega la nueva creencia religiosa del padre, separados legalmente, como motivo para limitar el derecho de visitas a los hijos a fin de proteger a éstos de posibles perjuicios.

Antes de comenzar con las cuestiones que nos plantea el caso, es conveniente hacer unas matizaciones. En primer lugar, debo aclarar que a lo largo del texto aludiré a la libertad religiosa para referirme al derecho invocado por la parte demandante de amparo, sin entrar en cuestiones conceptuales sobre si lo que se alega es la libertad ideológica o la religiosa, ya que el demandante lo menciona en su alegación de forma conjunta. El motivo es que el objeto de este trabajo no es realizar un estudio sobre qué debemos entender por libertad ideológica y religiosa, en el sentido de que la doctrina tiene diferentes visiones sobre ello¹. Además, aun conside-

¹ Así, algunos autores consideran la libertad ideológica y religiosa son manifestaciones de un mismo derecho, GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M.^º; *Derecho eclesiástico español*, 4.^ª ed., Oviedo, 1997, pp.

rando que sean libertades distintas, o que una englobe a la otra, la protección que la Constitución les otorga es la misma, lo que a los efectos de este comentario, no es relevante adentrarnos en más precisiones². En segundo lugar, y a raíz de lo antes expuesto, tampoco es objeto de este trabajo precisar el carácter religioso o no del grupo al que pertenece el demandante en amparo, lo que conllevaría calificar ese grupo y tratar otros temas que desbordarían el tema principal³. Por último, y en relación con los hechos planteados y las alegaciones realizadas ante el Tribunal Constitucional por las partes, es ilustrativo lo que expone el profesor Souto Paz al afirmar que «la libertad religiosa garantiza la libertad de asumir propuestas ajenas, que se nos ofrecen como creencias y que aceptamos mediante un acto de fe y, en cuanto tales, no cuestionables por el creyente»⁴.

La sentencia resuelve el conflicto con una fundamentación en la que se trata, por una parte, la libertad de creencias y el proselitismo y, por otra, el respeto a la libertad religiosa del menor de edad y la protección de su desarrollo personal frente a posibles riesgos graves, motivados por las creencias religiosas de su progenitor. Todo ello para fundamentar la conveniencia o no de la restricción del derecho de visitas en el caso de separación. En cuanto a lo primero, la libertad de creencias y el proselitismo son elementos de la libertad religiosa en las dimensiones interna y externa respectivamente. Es decir, la libertad de creencias se manifiesta en la conciencia de un sujeto y se concreta tanto en la vertiente positiva –adoptar una religión, por ejemplo– o negativa –no abrazar ninguna creencia en particular–; mientras que el proselitismo es la exteriorización que realiza la persona de aquello en lo que cree con la intención de lograr adeptos⁵.

Todo ello enlaza con el segundo aspecto que es la protección del menor y de sus derechos al plantearnos la siguiente cuestión: ¿dónde está el límite de la

323-327; otros que la libertad religiosa se engloba dentro de un derecho más amplio, la libertad ideológica, LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia I. Libertad de conciencia y laicidad*, Madrid, 1997, p. 16.

² «En los recursos interpuestos ante el Tribunal Constitucional es frecuente que los recurrentes y, posteriormente el juzgador en la sentencia, invoquen simultáneamente la libertad ideológica y la libertad religiosa; ello es debido a que, en orden a la inmunidad de coacción garantizado por la Constitución, resulta indiferente que la tutela jurisdiccional solicitada u otorgada se base en motivos ideológicos o religiosos» SOUTO PAZ, J. A., *Derecho eclesiástico del Estado. El derecho de la libertad de ideas y creencias*, 3.ª ed., Madrid, 1995, p. 101.

³ Tales como la cuestión de los «nuevos movimientos religiosos» o la naturaleza y efectos de la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas.

⁴ Creo conveniente transcribir lo que este mismo autor considera que garantiza la libertad ideológica: «La libertad ideológica garantiza la elaboración y conclusión de respuestas propias sobre las diferentes manifestaciones de la vida, conformando un núcleo de «ideas» que son propias y, por tanto, cuestionables». SOUTO PAZ, J. A., p. 102.

⁵ Sobre el proselitismo, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Kokkinakis c. Grecia*, de 25 de mayo de 1993 es interesante en cuanto que un país, al que le vincula el Convenio Europeo de Derechos Humanos, contemple en su legislación el proselitismo, manifestación del derecho de libertad religiosa, como tipo penal. Para un comentario pormenorizado de la sentencia *vid.* MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *La libertad de proselitismo en Europa*, en «QDPE», 1994/1, pp. 59-71.

libertad religiosa cuando entran en juego los derechos y la protección de los menores? Sin entrar aún en este asunto, la respuesta la vamos a encontrar en el límite impuesto por la propia Constitución, el orden público, y también en un principio sobre el que gira todo el estatuto jurídico del menor: el interés del menor, también denominado interés superior del niño.

2. LA SENTENCIA

2.1 Los hechos

La causa tiene su origen en un procedimiento contencioso de separación matrimonial, y llega al Tribunal Constitucional tras su recorrido en Primera Instancia y en la Audiencia Provincial de Valencia. La primera instancia atribuyó la guarda y custodia a la madre, manteniendo la patria potestad ambos progenitores. El régimen de visitas del padre se estableció en fines de semana alternos desde las 20 horas del viernes hasta la misma hora del domingo, la mitad de las vacaciones de verano, Navidad, Semana Santa y Fallas; con la prohibición al padre, miembro del Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España, de «hacer partícipe a sus hijos de sus creencias religiosas así como la asistencia de los menores a cualquier acto que tenga relación con aquéllas». La madre apeló a la Audiencia alegando el artículo 27.3 de la Constitución⁶, ya que consideraba que las medidas adoptadas no eran suficientes dado el posible riesgo para los menores por las creencias del padre. La Audiencia Provincial de Valencia dicta sentencia en la que se estima parcialmente el recurso y atribuye un régimen de visitas más estricto, limitándolo a los fines de semana alternos, sábados y domingos desde las 10 hasta las 20 horas, y *sin pernoctar* en el domicilio del padre. Además suprime *todos* los periodos vacacionales atribuidos al padre en Primera Instancia. El razonamiento jurídico se basó en el artículo alegado por la apelante, el 27.3 de la Constitución, al estimar que los menores debían continuar su formación religiosa y moral de acuerdo a como sus progenitores acordaron en su momento, sin incidencias de otro tipo de formación religiosa que podría afectar al desarrollo de los menores⁷.

⁶ «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.»

⁷ Hay que decir que en la sentencia no aparecen indicios o pruebas del tipo de formación que recibían los hijos hasta el momento del cambio de creencias del padre y tampoco de lo que acordaron los progenitores en su momento sobre tal cuestión. A pesar de que la Audiencia incide en la cuestión de la unidad en la educación moral y religiosa, se procede tomando unas medidas desproporcionadas con base en las creencias religiosas del padre. Este asunto se tratará más adelante, *vid. infra* epígrafe 3. 2.

No obstante, la Audiencia consideró como prueba determinante el informe del equipo psicosocial realizado en primera instancia que motivó la prohibición para el padre de hacer partícipes a los hijos de su creencia religiosa. El informe establece que el padre no presenta influencia negativa para la educación de los hijos y que no existen motivos para que la relación paterno-filial no se realizara con un régimen ordinario de visitas. El contrapunto viene después, cuando el equipo psicosocial, con base en los documentos aportados sobre la entidad religiosa, estima que el grupo al que pertenece el padre podría considerarse una *secta destructiva*, calificación que también hace por sí misma la madre⁸, y ante la existencia de un riesgo *potencial*, en el desarrollo de los hijos, se debería evitar el contacto de éstos con el grupo⁹. La solución a la que llegó la Audiencia para garantizar que los menores no realizarían contacto con este grupo fue restringir de un modo absoluto el derecho de visitas del padre, limitándolo a unas horas los sábados y domingos alternos y sin pernoctar en su domicilio.

En definitiva, la sentencia falla utilizando el argumento principal de la protección del menor basándose en una apreciación negativa sobre las creencias del padre¹⁰. Éste apela en recurso de amparo la resolución emitida por la Audiencia Provincial de Valencia por vulnerar un poder público su libertad religiosa, reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución¹¹.

⁸ No existe una regulación jurídica que nos permita utilizar taxativamente la calificación de un grupo como secta destructiva. A la hora de calificar como secta destructiva no se va a valorar las creencias, ya que esto es del todo incuestionable, sino los medios o técnicas empleadas para lograr adeptos o regular la actuación de las personas que componen el grupo. Estos medios o técnicas implican distintos grados de manipulación mental, y por ello es una cuestión a abordar más por la Psiquiatría y la Psicología que por el Derecho. En cambio, éste va entrar en juego siempre que la actuación de dichos grupos vulnere los derechos fundamentales, e incluso determinadas acciones del grupo pueden ser consideradas delictivas. Sobre este tema *vid.* JORDÁN VILLACAMPA, M.ª L., *Las sectas pseudoreligiosas*, Madrid, 1991; MOTILLA, A., *Sectas y Derecho en España. Un estudio en torno a la posición de los nuevos movimientos religiosos en el Derecho español*, Madrid, 1990.

⁹ Circunstancia también alegada por la madre, pero la existencia de dichos contactos no fueron probados en autos.

¹⁰ Efectivamente, cuando hay confrontación de derechos o intereses, y una de las partes afectadas son menores de edad, el ordenamiento jurídico establece como preferente el interés del menor sobre cualquier otro interés; así se recoge en los artículos 2, 9, 11, DA tercera, 1.ª de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996 de 15 de enero, artículo 3.1. de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, el apartado 8.14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño de 8 de julio de 1992. Lo mismo se deduce del artículo 39 de la Constitución.

¹¹ Encontramos recogido el recurso de amparo en los artículos 53.2, 161.1 b) y 162.1. b) de la Constitución, así como en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en los artículos 41 a 47. El artículo 44 hace referencia a «las violaciones de los derechos y libertades [...] que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial [...]». La legitimación para el procedimiento se recoge en el artículo 46.

2.2 Calificación jurídica

El asunto planteado se ciñe a determinar si el derecho a la libertad de creencias del padre –artículo 16.1 CE– ha sido vulnerado por la resolución de la Audiencia Provincial.

El Tribunal Constitucional resuelve precisando en primer lugar el alcance de la lesión de la libertad de creencias que alega el demandante en amparo; afirma que la Audiencia ha tomado unas medidas restrictivas fundamentadas en las creencias del padre, y que la cuestión a resolver se centra en si el demandante debe soportar una resolución basada en sus creencias y que, por tanto, limita el derecho del artículo 16.1 de la CE. El fundamento jurídico 4 define el artículo 16 CE como derecho fundamental y, por tanto, sometido a un régimen de protección especial frente a posibles vulneraciones, tanto si provienen de personas o entidades privadas como públicas. La cuestión es: ¿ha vulnerado un órgano público –la Audiencia Provincial– el derecho a la libertad religiosa del demandante al resolver con base exclusivamente en sus creencias?

Es bien sabido que la libertad religiosa, así como cualquier derecho fundamental, no es ilimitada. Efectivamente, el artículo 16.1 CE establece el límite al que se somete esta libertad en *el mantenimiento del orden público protegido por la ley*¹². Así lo recoge el Tribunal Constitucional al decir que el ejercicio de un derecho fundamental tiene su límite en el respeto a los derechos fundamentales de los demás a fin de mantener el orden público protegido por la ley¹³.

El ejercicio de la libertad religiosa comprende dos vertientes, una la posibilidad de manifestar, transmitir las creencias y ganar adeptos (proselitismo) y la otra, la garantía de que las creencias y sus manifestaciones son respetadas por los demás. Estas dos vertientes del mismo derecho pueden entrar en confrontación cuando la sustentan dos partes. Así, un sujeto tendría el derecho de hacer proselitismo, y, a la vez, la otra persona a la que se dirige podría ver vulnerado su derecho a la libertad religiosa si no quiere recibir información sobre unas creencias y menos tomarlas como propias. El asunto adquiere mayor relieve si la segunda parte goza de un estatuto jurídico especial de protección, tal es el caso del menor de edad.

Así pues, el Tribunal toma como argumento los siguientes puntos: primero, los límites al ejercicio de la libertad religiosa; segundo, el estatuto jurídico y la

¹² La Ley Orgánica de Libertad Religiosa recoge en el artículo 3.1: «El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática».

¹³ Fundamento jurídico 4.

protección del menor, y tercero, como punto que conjuga los dos anteriores, la regla de la proporcionalidad entre las medidas limitativas del derecho de libertad religiosa y el fin perseguido, que es la protección del menor. El Tribunal argumenta legitimando la restricción en el ejercicio de la libertad religiosa para proteger a los menores de riesgos en el desarrollo de su personalidad y, a su vez, para garantizar que no se vulnera el mismo derecho de libertad religiosa de los menores¹⁴. Si bien, en este caso, el límite que realiza la Audiencia Provincial lesiona el derecho de libertad religiosa del padre. El motivo principal es que no se prueba que las medidas restrictivas del derecho de visitas estén justificadas en un riesgo físico o moral para los hijos. Así, con la finalidad de proteger a los menores, la Audiencia Provincial califica el contenido ideológico del grupo al que pertenece el padre, y considera que puede afectar psíquicamente a los menores¹⁵. Pero la Audiencia no argumenta suficientemente cómo se ha formado su *convicción*, sobre todo, si se tiene en cuenta que, durante el procedimiento, no se probaron que los menores hayan estado en situación de riesgo por estar con el padre, a pesar de las alegaciones realizadas por la madre.

El Tribunal resuelve que la sentencia de Primera Instancia establecía suficientemente las medidas necesarias para salvaguardar los derechos de los menores, y la sentencia posterior de la Audiencia no guardó la proporcionalidad entre el fin perseguido, proteger a los menores, y las restricciones al derecho de visitas del padre motivadas por sus creencias. Con lo cual el Tribunal Constitucional estimó que, efectivamente, se había vulnerado el artículo 16.1 CE y anuló parcialmente la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia en lo referente a las medidas restrictivas del derecho de visitas del padre; y toma, como única medida, la prohibición establecida en primera instancia referente a que el padre haga partícipe a sus hijos de sus creencias, así como la asistencia de los menores a actos relativos a ellas.

3. LA LIBERTAD RELIGIOSA COMO FACTOR DETERMINANTE DE LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO DE VISITAS

3.1 El interés del menor: papel que desempeña en el derecho de visitas

La sentencia resuelve un recurso de amparo referente a la vulneración del derecho a la libertad religiosa de una persona por parte de la Audiencia Provin-

¹⁴ Libertad religiosa que comprende el derecho a no recibir ni formarse en unas creencias de las que no se quiera participar.

¹⁵ Literalmente la sentencia dice: «...como este órgano ha formado una *convicción* de que el apelado no separa en su relación con los menores sus vivencias en el referido Movimiento Gnóstico Cristiano Universal, y que el contenido del mismo puede afectar psíquicamente a los dos hijos menores,

cial. La resolución de dicho órgano judicial se produjo en el ámbito del derecho de familia. Con lo que la lesión de la libertad religiosa provino no de una decisión directa sobre ella, sino de su utilización para justificar unas medidas que solucionaban el asunto central del procedimiento, a saber, una cuestión de derecho de visitas como resultado de la separación legal del demandante de amparo. Todo ello hace que se planteen ciertas cuestiones acerca de la naturaleza jurídica del derecho de visitas, para saber cómo incidirán respecto de otros derechos cuando entren en un conflicto de intereses.

En el capítulo referente a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio del Código Civil, el artículo 94 establece que

«el progenitor que no tenga consigo a los hijos, menores o incapacitados, gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.»

También añade que

«El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieren graves circunstancias [...] o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.»

El derecho de visitas se recoge dentro de los efectos de la separación matrimonial, pero no deriva de la relación entre los cónyuges sino de las relaciones paternofiliales, que le corresponde a cada cónyuge respecto de sus hijos, y de cuya situación matrimonial es independiente¹⁶. Las relaciones paternofiliales es la expresión para referirse igualmente a la patria potestad¹⁷. Sin entrar en profundidad en ello, la noción de patria potestad es la de un derecho-deber que poseen los padres respecto del hijo, los padres tienen unas facultades en atención a la minoría de edad de los hijos supeditadas al cumplimiento de unos deberes. Así, aun en el caso de separación matrimonial, el artículo 92.1.º del Código Civil afirma que «la separación [...] no exime a los padres de sus obligaciones respecto para con los hijos». Las obligaciones paternas se contienen en la institución jurídica de la patria potestad¹⁸.

dada la invocación a planteamientos ideológicos esotéricos [...] debe interponerse una restricción superior a la establecida en la sentencia de instancia [...]. El subrayado es mío.

¹⁶ ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil. IV Derecho de Familia*, 7.ª ed., Barcelona, 1996, p. 120.

¹⁷ La preferencia de la denominación *relaciones paternofiliales* frente a la de *patria potestad* se debe al significado propiamente lingüístico del término: el poder del padre, así como a su identificación con la relación de poder en el que prima la voluntad del progenitor, a modo de la antigua *patria potestas* romana, en la que el hijo asumía un papel pasivo y de obediencia. Con la terminología de *relaciones paternofiliales* se pretende descargar el significado de poder sobre el hijo y equiparar a los sujetos de las mismas, potenciando, por un lado, el papel de sujeto activo del hijo menor de edad y, por otro, el cumplimiento de unos deberes y cargas por parte de los padres para disfrutar plenamente de otras facultades o derechos que le confieren la patria potestad.

¹⁸ ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil. IV Derecho de Familia*, 7.ª ed., Barcelona, 1996, p. 291.

También en virtud de la patria potestad el progenitor que no viva con su hijo gozará del derecho de tenerlo en su compañía salvo *graves circunstancias*. En el caso que nos ocupa, el padre mantiene la patria potestad sobre sus hijos, y en consecuencia, mantiene sus deberes como padre a la vez que goza de los derechos que el desempeño de la patria potestad le otorga, entre los que se encuentra el derecho de visitas. Así pues, cuando la Audiencia Provincial de Valencia rectifica el régimen ordinario de visitas y establece unas severas restricciones, estima que existen *graves circunstancias* para llegar a esa solución, y éstas son las creencias y la pertenencia del padre a un determinado grupo. Estas creencias, según la resolución, suponen un potencial riesgo para la integridad y el desarrollo de sus hijos menores.

El derecho de visitas se enuncia desde la perspectiva del derecho del progenitor, pero tal derecho implica como parte al hijo, y no es el padre o madre quien goza únicamente de este derecho, también lo tiene el hijo. Así lo establece el artículo 9.3 de la Convención de Derechos del Niño¹⁹. El límite que se establece en este caso es el interés del menor. Y este límite, que restringe un derecho de los padres y de los hijos, permite interpretar, *sensu contrario*, que el interés del menor es uno de los principios que fundamenta y da sentido al derecho de visitas²⁰. Aunque no existe una norma que establezca expresamente el interés del menor como un fundamento del derecho de visitas²¹, esta interpretación se infiere del espíritu de las leyes que lo tratan directa o indirectamente²².

Por otra parte, la Constitución española y, por remisión de su artículo 10, los tratados y convenios internacionales, inciden en la protección de la familia y de los niños especialmente, fomentando el ámbito familiar como medio natural e

¹⁹ «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.»

²⁰ No sólo este derecho, el interés del menor o interés superior del niño aparece como principio rector y prevalente a la hora de aplicar normas, en la actuación de los poderes públicos o en todos aquellos ámbitos en los que pueda verse implicado un menor de edad, así se recoge en el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, apdo. 8.14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño, artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección jurídica del menor 1/1996. Asimismo, este principio se recoge en la legislación autonómica, a modo de ejemplo cabe citar el artículo 4b de la Ley 7/1995 de 21 de marzo, de protección de menores de las Islas Baleares; artículo 4 a de la Ley 1/1997 de 7 de febrero, de atención integral de menores de Canarias; artículo 1c de la Ley 6/1995 de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia, de la Comunidad de Madrid. El interés del menor es un principio jurídico indeterminado, que por tal carácter es demasiado complicado tratar de aproximarse a él en estas líneas. Dado que las leyes no precisan su contenido y que es un concepto lo suficientemente amplio como para que incluso la doctrina afronte el concretarlo, son los jueces –así como, en algunos casos, las instancias administrativas competentes– los que tienen la responsabilidad de precisar su contenido atendiendo a los casos que les vayan surgiendo.

²¹ Aunque, como hemos visto, sí lo hace para limitarlo, artículo 9.3 Convención de los Derechos del Niño.

²² *Vid. supra* nota 13.

ideal para el crecimiento y desarrollo del niño. Esto da lugar a fundamentar el derecho de visitas en el derecho natural. Así, la relación paterno filial se desarrolla como algo ligado a la naturaleza humana, ya que lo «natural» es que los padres cuiden de sus hijos y que los hijos crezcan amparados por sus padres. Así pues, como el derecho de visitas es consecuencia de las relaciones paternofiliales, se puede afirmar que el derecho de visitas tiene su fundamento en «la naturaleza de las cosas» o derecho natural²³.

3.2 La dimensión externa de la libertad religiosa y la protección del menor de edad. La proporcionalidad de las medidas judiciales adoptadas

En el anterior epígrafe se ha expuesto que el derecho de visitas puede limitarse siempre y cuando se den circunstancias graves o se incumplan grave o reiteradamente los deberes impuestos en resolución judicial. Recordemos que la Audiencia Provincial de Valencia restringe un derecho de visitas que ya fue limitado en primera instancia, cuya resolución prohíbe hacer partícipes a los hijos de las reuniones o actos del grupo al que pertenece el padre. El juzgador en primera instancia estimó que concurría una circunstancia que hacía conveniente una medida de protección a los menores, pero que no restringía el régimen ordinario de visitas en cuanto a su duración. La finalidad de la medida era proteger a los hijos de un potencial riesgo para su desarrollo personal, en caso de tomar contacto con las prácticas de esas creencias. La Audiencia Provincial, con esta misma finalidad, lo que hace es privar al padre de ver a sus hijos y recíprocamente a los hijos a estar con su padre en virtud de sus creencias, con evidentes signos de desproporcionalidad en la aplicación de la norma.

La libertad religiosa es un derecho cuya titularidad la sustentan tanto el padre como los hijos. En este caso el ejercicio de la libertad religiosa del padre se manifiesta no sólo en abrazar unas creencias sino en practicarlas, difundirlas y hacer adeptos; libertades que, si bien comprenden un derecho fundamental, también tienen su límite cuando entran en confrontación con la otra cara del mismo derecho que sustentan los hijos, es decir, el derecho a no recibir formación o adoctrinamiento de ningún tipo que no se desee recibir. Por tanto, los hijos como titulares que son de derechos fundamentales pueden invocar su propio derecho de libertad religiosa frente al de su padre. Evidentemente la minoría de edad es un estado en que las capacidades se van desarrollando gradualmente y la persona puede no tener la capacidad necesaria para defender su derecho

²³ Para un mayor desarrollo de esta idea *vid.* GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, Madrid, 1997, pp. 235-237.

debido a su edad. Esta circunstancia está clara en los casos de corta edad²⁴. El problema se plantea con los menores con edades en torno a los doce o más años y su capacidad para ejercitar por sí mismo sus derechos²⁵. Aun teniendo en cuenta estos supuestos, para todos los menores de edad existe un estatuto jurídico que hace prevalecer la protección y el interés del menor en todos los asuntos en los que sean parte afectada. La cuestión que se nos plantea es si el ejercicio de la libertad religiosa del padre y, como consecuencia de ello, su derecho de visitas a los hijos, debe sucumbir ante la pretendida protección de éstos.

Como ya se ha expuesto, el derecho de libertad religiosa, como todo derecho, tiene límites. Y en este caso, los límites al derecho del padre son el mismo derecho de libertad religiosa de los hijos y la protección que el ordenamiento jurídico les dispensa por ser menores de edad, frente a posibles riesgos dadas las características del grupo al que pertenece el padre. Por tanto, y siguiendo la argumentación del Tribunal Constitucional, es lícito limitar el derecho del padre con la finalidad de respetar los derechos y proteger a los hijos.

La cuestión es que este mismo argumento sostiene la conclusión contraria, es decir, un límite con finalidad protectora no debería ser causa para restringir hasta el punto de anular otro derecho. Esto es lo que hace la Audiencia Provincial con su resolución, ya que «elimina» por impedir su ejercicio el derecho de visitas dado el límite excesivamente aplicado al derecho de libertad religiosa en virtud de un riesgo *potencial* para los menores. En el momento de plantearse el caso ante la Audiencia no se probó que los menores sufrieran un daño por el hecho de seguir viendo a su padre, según el régimen establecido en primera instancia. Y por otra parte, la apreciación del daño potencial que realiza la Audiencia, si bien persigue un fin lícito como la protección de los menores, no parece tener una fundamentación jurídica firme y deriva en una visión excesivamente arbitraria y recelosa de ciertos grupos como al que pertenece el padre de los menores.

Así pues, la aplicación de los límites a los derechos fundamentales debe ser restrictiva y con la proporcionalidad debida entre la causa –en el caso que nos ocupa, las creencias del padre– y la finalidad perseguida –la protección de los hijos–. Si nos detenemos en la resolución de primera instancia, esta medida protectora ya se tomó al establecer la prohibición de que los hijos asistieran a reuniones o actividades del grupo al que pertenece el padre cuando estuvieran con él. Medida que guarda la proporcionalidad referida y así lo hace notar el Tribunal Constitucional.

²⁴ A modo de ejemplo, el artículo 177 del Código Civil establece que el adoptando mayor de doce años deberá consentir su adopción.

²⁵ Las edades de los hijos del recurrente son cinco y doce años.

Un tema interesante que engarza perfectamente con el artículo 27.3 de la Constitución –alegado por la madre– y con el principio del interés del menor es la educación moral y religiosa de los hijos. En el caso que nos ocupa, el de separación matrimonial y diversidad de creencias de los progenitores, el asunto clave es la continuidad en el tipo de educación de los hijos acordada y llevada a cabo por los padres desde un principio; considerándose que es la parte que tiene asignada la guarda y custodia de los hijos –en este caso la madre– la que tiene que decidir el curso de esa educación²⁶, por razón de su convivencia con los hijos. Esto implica que ante un cambio en las creencias de uno de los progenitores, y ante desavenencias conyugales respecto al tipo de educación o, en el caso de que el progenitor que ha cambiado de creencias realice proselitismo con sus hijos, prime ante todo la continuidad en la educación moral y religiosa recibida hasta el momento. Esta postura no implica una vulneración del derecho a la libertad religiosa del padre, sino primar el interés del menor²⁷.

Cosas distintas son la unidad en la educación moral y religiosa, atribuida implícitamente a la madre por tener la custodia, y la restricción del derecho de visitas por el riesgo potencial que las nuevas creencias del padre pueden causar a los hijos. Lo primero se asegura con las medidas adoptadas en la sentencia de Primera Instancia. En esta sentencia la custodia de los hijos se atribuye a la madre. El régimen de visitas del padre es el normal salvo la prohibición de asistir con los hijos a reuniones o cualquier otra actividad relacionada con sus nuevas creencias. Además, no consta que el padre tratara de cambiar la orientación en la educación religiosa o moral de sus hijos en el momento de dictar la sentencia²⁸. En cambio, lo segundo vulnera la libertad religiosa del padre en cuanto que las medidas de la Audiencia Provincial no son proporcionadas al caso y no se ha demostrado que el padre infringiese la prohibición establecida en la sentencia de Primera Instancia.

En conclusión, parece adecuada la resolución estimativa de amparo del Tribunal Constitucional por vulneración del artículo 16.1 de la Constitución y sus razonamientos jurídicos con base en la aplicación estricta de los límites a los derechos fundamentales, la protección de los menores y la regla de proporcionalidad entre el derecho a limitar y el fin perseguido.

²⁶ Es razonable, y en virtud del interés del menor, que quien sustente la guarda y custodia y, por tanto, convive día a día con sus hijos, asuma la continuidad en su educación.

²⁷ Es un modo de garantizar el derecho del niño a la educación, a su integridad moral y a un adecuado desarrollo de su personalidad, artículos 27, 28 y 29 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, artículos 15 y 27.2 y 3 de la Constitución española y el principio del interés del menor.

²⁸ *Vid. supra* epígrafe 2.2.