

EL MENOR DE EDAD Y SU DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA COMO AGENTES DETERMINANTES DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

BELÉN RODRIGO LARA

IEB-Universidad Complutense de Madrid

Resumen: La determinación de qué es el interés superior del niño es un reto constante al que se enfrentan jueces, padres, trabajadores sociales y cualquier persona o entidad que trate con menores de edad. El ordenamiento jurídico no define qué o cual es el interés del menor ya que éste debe definirse en cada caso concreto. No obstante, la Observación general n.º 14 del Comité de Derechos del niño y la posterior reforma en 2015 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, ha clarificado la línea a seguir para su determinación a través de unos elementos a valorar en cada caso concreto. En este trabajo queremos destacar la incidencia del menor en la determinación de su propio interés a través del ejercicio de sus derechos fundamentales y más en concreto de su derecho de libertad religiosa y sus derechos de participación y a ser escuchado.

Palabras clave: Libertad religiosa, interés superior del niño, derechos del menor.

Abstract: The determination of what is the best interest of the child is a constant challenge faced by judges, parents, social workers and any person or entity that deals with minors. The legal system does not define what is the interest of the child and what should be defined in each specific case. However, General Comment No. 14 of the Committee on the Rights of the Child and the subsequent reform in 2015 of Law 1/1996, on the legal protection of minors, has clarified the line for some elements to be assessed in each case. In this paper we want to highlight the minor's influence on the determination of his own interest through the exercise of his/her fundamental rights and specially about his/her right to religious freedom, rights of participation and to be heard.

Keywords: Religious freedom, Best interest of child, Children rights.

SUMARIO: 1. El menor de edad como sujeto activo de derechos: su fundamentación jurídica en la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. 2. La libertad religiosa del menor y su capacidad para ejercer este derecho. 3. Los límites al ejercicio de la libertad religiosa y mecanismos jurídicos de protección del menor. 4. El interés superior del niño: Elemento determinante en todas las decisiones que afecten a los menores de edad. 5. Como determinar el «interés superior del menor» en relación con el derecho de libertad religiosa. Algunas decisiones de los tribunales sobre la materia. 6. Consideraciones finales.

1. EL MENOR DE EDAD COMO SUJETO ACTIVO DE DERECHOS: SU FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA EN LA DIGNIDAD HUMANA Y EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

La minoría de edad es un concepto jurídico que de acuerdo con los textos internacionales concluye al alcanzar los 18 años, salvo que los respectivos ordenamientos jurídicos establezcan otra edad¹. La mayoría de edad² por regla general, va a capacitar a la persona para ejercer y asumir plenamente derechos y obligaciones. La menor edad es, por tanto, un estado civil. Sin embargo, esta circunstancia legal temporal no impide que los menores de edad sean titulares de derechos ya que, por el mero hecho de ser persona se tiene capacidad jurídica, es decir, la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones³, la cual comienza con el nacimiento y concluye con la muerte tal y como refleja el Código Civil en sus artículos 30 y 32⁴. Así como del mayor de edad se presume capacidad jurídica y capacidad de obrar plena, los menores aun siendo titulares de derechos, tendrán limitada su capacidad para ejercerlos debido a su minoría de edad (estado civil) y a su grado de madurez o desarrollo evolutivo (capacidad natural). Estas limitaciones vienen dadas por el ordenamiento jurídico con

¹ Artículo 1 Convención sobre los Derechos del Niño de 1989: «Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad».

² Artículo 12 de la Constitución Española de 1978: «Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años».

³ ALBALADEJO, M., *Compendio de Derecho Civil*, 11.ª ed, Bosch, Barcelona, 2002, pp. 228-233. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, 11.ª ed, Tecnos, Madrid, 2003.

⁴ Art. 30: «La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno». Art. 32: «La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas».

una finalidad fundamentalmente protectora hacia los menores, para evitar que se vean perjudicados por su intervención en el tráfico jurídico en condiciones de desigualdad debido al grado de madurez, discernimiento y conocimiento de la acción o negocio jurídico. Sin embargo, esta finalidad protectora no puede mermar completamente el ejercicio de sus derechos por parte del menor.

Llegados a este punto, debemos hacer una distinción entre derechos fundamentales y otro tipo de derechos de los que pueden ser titulares los menores, tales como derechos patrimoniales, hereditarios, etc. Esta diferencia se realiza en la aplicación de los límites en la capacidad de obrar y en la representación del menor en el ejercicio de estos derechos. Por lo que respecta a lo primero, la aplicación de límites a la capacidad de obrar de los menores debe interpretarse de forma restrictiva, tal y como determina el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁵. Respecto a la representación en el ejercicio de los derechos del menor, apuntaremos brevemente que, de acuerdo con el artículo 162 del Código Civil, el ejercicio de los derechos fundamentales debe hacerse por parte de su titular, ya que no admiten representación⁶. Sin embargo, esto debemos conjugarlo con la institución de la patria potestad, la cual, conforme al artículo 154 C. C.⁷, constituye un conjunto de deberes y facultades que tienen como función velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes. Estas funciones, incluida la de representación, deberá hacerse siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Aquí es donde aparece el interés superior del niño como la piedra angular o el punto de unión entre el ejercicio de la patria potestad y los derechos fundamen-

⁵ «Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor».

⁶ «Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia. 2.º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo. 3.º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres. Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158».

⁷ «Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad».

tales del hijo, y como los derechos del menor, que en un principio están excluidos de la representación por los padres, van a poder ser ejercidos por éstos no en nombre de los hijos, sino como una responsabilidad correspondiente de los padres por velar, educar y guiar a sus hijos, siempre actuando en el interés del menor. Es así, como se entiende que derechos fundamentales del menor, como el derecho a la educación, sea ejercido por los padres en el interés de aquel cuando solicitan plaza en un colegio o el derecho a la integridad física, cuando autorizan un tratamiento médico que va a salvar su vida.

Por otra parte, la categoría de los derechos humanos, cuya titularidad también la disfrutaban los menores de edad⁸, tiene su fundamento en la dignidad humana. Así se recoge en los textos internacionales y las constituciones de ordenamientos jurídicos. Concretamente, el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 afirma que «la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana». Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece «estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana». Actualmente son numerosas las constituciones europeas que se refieren a la dignidad humana como principio y/o fundamento de los derechos, como p. ej. las Constituciones de Andorra (arts. 1.2 y 4), Bélgica (art. 23), Bulgaria (Preámbulo y arts. 4 y 6), República Checa (Preámbulo), Eslovaquia (arts. 12, 19, 21 y 34), España (art. 10.1, pero también en el Preámbulo y en el art. 47), Estonia (art. 10), Finlandia (arts. 1, 7 y 9), Grecia (art. 7), Hungría (art. 54), Irlanda (Preámbulo), Italia (art. 41), Letonia (art. 95), Lituania (art. 21), Polonia (Preámbulo y art. 30), Portugal (arts. 1, 13, 26.2, 67, 206), Rumanía (art. 1), Suiza (art. 7) y Suecia (art. 2), además, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 1)⁹. La Constitución española de 1978 se refiere a este principio en el artículo 10.1 al expresar que «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.»¹⁰ Igualmente, el documento jurídico internacional de mayor relevancia en cuanto a los derechos de los menores de edad, la Convención sobre los derechos del Niño (ONU, 1989), se refiere a la dignidad humana tanto en el preámbulo al «reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los de-

⁸ ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.

⁹ Relación realizada por GARCÍA CUADRADO, A. M. en «Problemas constitucionales de la dignidad de la persona» en *Persona y Derecho*, vol. 67, 2012/2, p. 454.

¹⁰ ALEGRE MARTÍNEZ, M. A. y MAGO BENDAHÁN, O., «Reconocimiento constitucional de la dignidad, individualidad y derechos de la personalidad», *Revista de Derecho Político*, 2006; (66) 181 a 234.

rechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana», así como en diversos artículos de la convención, significativamente en los que refiere a las capacidades distintas tanto físicas como mentales de los niños, artículo 23¹¹, y en el artículo 28, sobre el derecho a la educación, en relación con la disciplina escolar para que ésta se aplique respetando la dignidad humana¹², respecto a las medidas de privación de libertad de los menores, artículos 37¹³ y 40¹⁴ y en cuanto al menor como víctima, regulado en el artículo 39, en lo que respecta a su recuperación y reintegración que «se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.»

Por tanto, y aunque es difícil sintetizar sobre la compleja cuestión del concepto de dignidad humana, tratado tan ampliamente por la doctrina en sus aspectos filosóficos, religiosos, biomédicos y jurídicos¹⁵ y que, por otra parte, no es objeto central de este trabajo, sí importante remarcarlo como fundamento de la consideración del menor como titular de derechos fundamentales.

La dignidad se manifiesta en el ser humano como unidad esencial de la persona, esto significa que tanto la corporeidad como la racionalidad conforman un todo. Es necesario esta apreciación para distinguirlo de otras corrientes diversas que supeditan la dignidad humana al personismo¹⁶, las cuales en su interpretación podrían justificar tratamientos muy diferentes, incluso negando o modulando el concepto de dignidad a sujetos incapaces física o mentalmente o a los niños carentes de raciocinio pleno. Por tanto, el sentido de dignidad que tomamos es el

¹¹ «1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad.»

¹² «Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño.»

¹³ «Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana.»

¹⁴ «Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad»

¹⁵ PORRAS RAMÍREZ, J. M., «Eficacia jurídica del principio constitucional de la dignidad de la persona» en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIV (2018); HERVADA, J., «Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana», en *Humana Iura*, 1, 1991, pp. 361-362; SPAEMANN, R., «Sobre el concepto de dignidad humana», en *Persona y Derecho*, 1988, n.º 19, pp. 13-33; GARCÍA CUADRADO, A. M. «Problemas constitucionales de la dignidad de la persona» *Persona y Derecho*, 2012/2, vol. 67, pp. 449-514.

¹⁶ PARFIT, D., *Reasons and Persons*, Clarendon Press, Oxford, 1984, p. 322; ENGELHARDT, H. T., *Los fundamentos de la bioética*, Barcelona, Paidós, 1995, p. 358; DWORKIN, R., *Life's dominion: an argument about abortion, euthanasia and individual freedom*, Random House, 2011. Todos ellos citados y explicados por APARISI MIRALLES, A. «El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global», Cuadernos de Bioética [en línea] 2013, XXIV (Mayo-Agosto), 'http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87528682006' (Fecha de consulta: 28 de septiembre de 2018).

que en esencia considera que el ser es un ente previo a la autonomía. La autonomía y la racionalidad son cualidades propias de las personas que van desarrollándose, pero el ser humano es previo. El ser humano es valioso por lo que es, no por las capacidades o cualidades que tiene. Remarcando esta idea, partimos del concepto de dignidad ontológica de la persona, es decir, la consideración del ser humano como fin en sí mismo en sentido objetivo e incondicionado¹⁷ y que no responde exclusivamente a una base fenomenológica, como la autonomía personal, la racionalidad o cierto consenso social sobre qué es la dignidad.

Otro elemento que se refleja en el artículo 10 CE y que tiene mucha importancia en el fundamento de los derechos humanos y especialmente en los menores de edad es el libre desarrollo de la personalidad¹⁸. Este concepto va unido especialmente a la dignidad humana en tanto que está no es un concepto hermético, sino que se expande y autoafirma en cada sujeto cuando éste crea su proyecto vital y se propician las condiciones para que éste pueda desarrollarlo libremente ejerciendo sus derechos. Unos derechos especialmente ligados al libre desarrollo de la personalidad y los menores son el de libertad de pensamiento, conciencia y religión y el derecho a la educación, figurando en las leyes específicas de la materia como una finalidad de toda acción educativa¹⁹.

Al referirnos a los menores de edad, el principio de libre desarrollo de la personalidad tiene que interpretarse especialmente, más que en la realización de un proyecto de vida concebido por y para un adulto, en el sentido de propiciar al menor las condiciones adecuadas que le capaciten para alcanzar progresivamente su autonomía y el libre y responsable ejercicio de sus derechos. Todo ello, en la consideración de menor no como un «adulto del futuro» sino como persona en presente a la que habrá que atender de acuerdo con su grado evolutivo. Se entiende, por tanto, que la posibilidad de ir ejerciendo los derechos de la persona paulatinamente desde la minoría de edad es un mecanismo que propicia el libre desarrollo de la personalidad y, en consecuencia, valorar y respetar la dignidad humana.

¹⁷ APARISI MIRALLES, A. «El principio de la dignidad humana como fundamento de un biodecho global», *op. cit.* p. 209.

¹⁸ AA. VV. García San Miguel, L. (Coord.): *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*. Universidad de Alcalá de Henares. Servicio de Publicaciones, Alcalá de Henares, 1995. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *El principio de Libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Civitas – Thomson Reuters, Madrid, 2010.

¹⁹ Art. 2 Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE): «La actividad educativa, orientada por los principios y declaraciones de la Constitución, tendrá, en los centros docentes a que se refiere la presente Ley, los siguientes fines: a) El pleno desarrollo de la personalidad del alumno [...]».

Tanto la dignidad humana como el libre desarrollo de la personalidad son elementos fundamentales para comprender el alcance y justificación jurídica de que los menores son sujetos de derechos con capacidad progresiva para ejercerlos. Por otra parte, el interés superior del niño, que trataremos con detalle más adelante, se configura como otro elemento básico que, junto con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, conforman los pilares sobre lo que se sustentan los derechos de la infancia.

Casi coetáneamente al tratamiento de los derechos humanos en los textos internacionales, se manifiesta la atención igualmente por la concreción de estos derechos en el ámbito de la infancia²⁰. Así, fue a partir de la segunda mitad del siglo xx, con la Declaración de Derechos del Niño en 1959 y posteriormente con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989²¹ cuando más referencias normativas hallamos potenciando al menor como sujeto de derechos. Dicha Convención forma parte del ordenamiento jurídico de los estados firmantes una vez ratificada y recepcionada por su Derecho interno, lo que hace preceptivo su cumplimiento²².

Durante las últimas décadas del siglo xx la doctrina ha ido apuntando la idea del carácter puerocéntrico del Derecho, reforzada con el principio del interés superior del niño, que venía a dotar de entidad la presencia del menor de edad en la esfera jurídica, sobre todo en el derecho de familia²³. Igualmente se apuntaba el surgimiento de una nueva materia o campo jurídico con entidad propia: el derecho del menor, que ha tenido su reflejo es una abundante normativa específica en los distintos ordenamientos jurídicos. En España, las más significativas a nivel estatal han sido la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor y la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

²⁰ La relevancia jurídica de la infancia a lo largo de la historia ha sido poco significativa, construyéndose a un espacio familiar y privado por regla general. Para una profundización en el tema de la infancia en l Historia consultar las obras de DEMAUSE, LI., *Historia de la infancia*, Alianza Universidad, Madrid, 1982; BAJO ÁLVAREZ, F. y BETRÁN MOYA, J. L.: *Breve historia de la infancia*, Ed. Temas de Hoy S. A., Madrid, 1998.

²¹ CARDONA LLORENS, J., «La Convención sobre los Derechos del niño: significado, alcance y nuevas metas», *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, n.º 2, 2012, pp. 47 a 68.

²² HERMIDA DE LLANO, C., «Los derechos del Niño: un marco filosófico-jurídico», en *Los Derechos del Niño. Estudios con motivo del X aniversario de la Convención de los Derechos del Niño*, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002, pp. 183 a 192.

²³ NAVARRO-VALLS, R., *Matrimonio y Derecho*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1994, pp. 51-56. Citar a modo de curiosidad, que incluso algunos títulos de obras destacaban la presencia de los niños en el Derecho como un elemento novedoso, así el libro de BAINHAM, A., *Children: The Modern Law*, Second Edition, Family Law, Bristol, 1998.

2. LA LIBERTAD RELIGIOSA DEL MENOR Y SU CAPACIDAD PARA EJERCER ESTE DERECHO

Los textos internacionales, así como legislaciones estatales, consideran al menor de edad como titular del derecho de libertad religiosa²⁴. Y en línea con lo expuesto anteriormente, algunos autores como Martín Sánchez²⁵ y González del Valle²⁶ fundamentan este derecho del menor en la dignidad de la persona.

Los derechos humanos tienen su amparo en instrumentos jurídicos internacionales y en las constituciones de los estados democráticos, ocupando un puesto preferente en el ordenamiento jurídico con respecto a otros derechos. Estos documentos que regulan el derecho a la libertad religiosa²⁷ se aplican igualmente a los menores, aunque existen algunos específicos relativos al

²⁴ Algunos estudios sobre libertad religiosa del menor son LÓPEZ ALARCÓN, M., «Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas», *Anales de Derecho. Revista de la Facultad de Derecho Universidad de Murcia*, n.º 15, 1997, p. 323-343; SERRANO POSTIGO, C., «Libertad religiosa y minoría de edad en el Ordenamiento Jurídico Español», *Estudios de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*, Madrid 1983, p. 824 y ss.; PUENTE ALCUBILLA, V., *Minoría de edad, religión y derecho*, Madrid 2001; RODRIGO LARA, M. B., *Minoría de edad y libertad de conciencia*, Madrid 2005; 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: Tecnos, 2006; REDONDO DE ANDRÉS, M.ª J., «La libertad religiosa del menor», *ADEE*, vol. XX, 2004, pp. 131 y ss; MORENO ANTÓN, M., *Multiculturalidad y libertad religiosa del menor de edad*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2007.

²⁵ «Es evidente que el menor de edad es titular del derecho de libertad religiosa, en cuanto que éste resulta imprescindible para la garantía de la dignidad de la persona», en «Patria potestad y libertad religiosa del menor en la jurisprudencia sobre el Convenio europeo de derechos humanos», *Derecho de Familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado*, *Actas del IX Congreso Internacional de derecho eclesiástico del Estado*, Bilbao: Universidad del País Vasco, p. 588

²⁶ «... el fundamento más exacto de la libertad religiosa estriba en la dignidad humana. Al estar dotada de razón y voluntad, sobre ella recae la responsabilidad de tomar decisiones en ese campo... Tales opciones han de ser dejadas a la libre responsabilidad personal. La dignidad de la persona explica que la opción religiosa corresponda a los padres o tutores, hasta que se alcance la mayoría de edad, que en el ámbito religioso suele situarse en los catorce años», *Derecho Eclesiástico Español*, (2002, 5.ª ed.), edición actualizada por Miguel Rodríguez Blanco, Madrid, Civitas, p. 238.

²⁷ Artículo 18 Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948 (DUDH), artículo 18 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), firmado el 19 de diciembre de 1966, artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PISDEC), de 19 de diciembre de 1966, Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas plasmada en la Observación General número 22, sobre la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, art. 2 Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, aprobada el 25 de noviembre de 1981, art. 9 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), firmado por los Estados miembros del Consejo de Europa, el 4 de noviembre de 1950, artículo 2 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos (PA del CEDH), art. 10 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada el 7 de diciembre de 2000, reconoce la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

derecho del menor. El texto jurídico internacional de mayor relevancia en cuanto a los derechos de los niños, la CDN de 1989, recoge en sendos artículos el derecho a la libertad religiosa del menor (art. 14)²⁸ y su expresión concreta de ese derecho en los menores indígenas, (art. 30), haciendo aún más significativo este derecho cuando afirma que «en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, *no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.*»²⁹

Igualmente, el Comité de Derechos del Niño ha realizado una especial referencia a los derechos de los niños indígenas en su Observación General n.º 11 (2009) bajo en nombre «Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención». En este documento se destaca especialmente el derecho de los menores a no ser discriminados preponderando el respeto a la cultura y la religión de estos niños. Previamente, en el año 2007 la ONU realizó una Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas que contiene referencias a los derechos de los niños.

En el ámbito regional europeo destacar la Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992, que alude a la libertad religiosa del menor en los principios 18 «Todo niño tiene derecho a la libertad de conciencia, de pensamiento y de religión...» y 19: «Todo niño tiene derecho a gozar de su propia cultura, a practicar su propia religión...»

El ordenamiento jurídico español que incorpora los textos internacionales sobre derechos humanos y los específicos de infancia, regula por su parte la libertad religiosa en el artículo 16 e, indirectamente, en el artículo 27.3 relativo al derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones. El desarrollo de este derecho se materializa en una breve LO 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa. La concreción de este derecho en el ámbito de los menores se refleja en el artículo 6³⁰ de la LO 1/1996 de 15 de enero de protec-

²⁸ «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».

²⁹ La cursiva es nuestra.

³⁰ «1. El menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión. 2. El ejercicio de los derechos dimanantes de esta libertad tiene únicamente las limitaciones prescritas por la Ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás. 3. Los padres o tutores tienen

ción jurídica del menor, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

En la práctica, la dificultad surge cuando nos preguntamos si los menores tienen la suficiente capacidad para poder ejercer su derecho de libertad religiosa. Algunos ordenamientos jurídicos establecen una edad a partir de la cual el menor es capaz para ejercer este derecho plenamente³¹. Otros ordenamientos jurídicos, como el español responden con que se debe atender a la madurez del menor. Las leyes no definen el concepto de la madurez o suficiente juicio a efectos de determinar la capacidad de un menor para ejercer su derecho de libertad religiosa, optando así por la utilización de un concepto impreciso desde un punto de vista jurídico, que aunque representa un alto grado de inseguridad jurídica, permite por otro lado dar un tratamiento individualizado al cada caso concreto, atendiendo a las personas y situaciones específicas, adquiriendo así un mayor grado de atención y de equidad en las soluciones.

Será necesaria la orientación de las disciplinas académicas que proporcionen los datos precisos para considerar que una persona adquiere el desarrollo psíquico adecuado que le permita entender y ejercer responsablemente este derecho³². A grandes rasgos y sin ánimo de exhaustividad, podemos clasificar las etapas del desarrollo psicológico en tres grandes periodos: de 0 a 6 años, de 7 a 13 años y de 14 a 18. Según los manuales de esta disciplina, se estima que es en la adolescencia, a partir de los 13-14 años, cuando el menor tiene suficiente capacidad intelectual y volitiva sobre el hecho religioso, por lo que un menor de edad sería capaz de ejercer su derecho de libertad religiosa.

Las referencias a la psicología evolutiva y de desarrollo de la personalidad debe completarse con las reglas interpretativas que nos marca el Derecho³³. Una de estas reglas es recurrir a la analogía, regulada en el art. 4 del CC español y

el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral».

³¹ Caso de Portugal que fija la edad de 16 años en el art. 11.2 de la Lei da Liberdade Religiosa (Lei n.º 16/2001: «Os menores, a partir dos 16 anos de idade, têm o direito de realizar por si as escolhas relativas a liberdade de consciência, de religião e de culto».

³² L. KOHLBERG, *Psicología del desarrollo moral*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 1992; PIAGET, J., *El criterio moral en el niño* Ed. Fontanella, Barcelona, 1971; ESQUERDA ARESTÉ, M., PIFARRÉ PAREDERO, J. y VIÑAS SALAS, J., «El menor maduro: madurez cognitiva, psicosocial y autonomía moral», en de los Reyes López, M. y Sánchez Jacob, M. (Ed.): *Bioética y Pediatría. Proyectos de vida plena*, Sociedad de Pediatría de Madrid y Castilla La Mancha, Madrid, 2010, pp. 359 a 365.

³³ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., «Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamento del libre ejercicio de los derechos de la personalidad», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis DíezPicazo*, 1.ª ed., vol. 4, Civitas, Madrid, 2003, pp. 952 a 974.

que procederá cuando las normas «no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón».

El Derecho español regula supuestos en los que se establecen como más significativas las edades de 12, 14 y 16 años, coincidiendo con lo establecido por las edades de desarrollo evolutivo. De tal manera, los mayores de 12 años, y antes de esa edad si se considera con suficiente juicio, deberán ser escuchados previamente a la toma de decisiones judiciales que les afecten en los procesos de familia³⁴. Llegados a la edad de 14 años, el ordenamiento jurídico les reconoce capacidad para otorgar testamento, salvo el ológrafo³⁵ y testificar en juicio³⁶. Finalmente, a la edad de 16 años los menores de edad tienen el derecho a trabajar³⁷, aunque sujetos a unas medidas especiales de protección y contraer matrimonio si están emancipados³⁸.

Por lo que respecta al derecho de libertad religiosa del menor de edad, nuestro ordenamiento jurídico no establece una edad fija a partir de la cual se entienda que es plenamente capaz para su libre ejercicio. Con lo cual, habrá que atender al factor de madurez o suficiente juicio del menor para formarse un criterio propio en materia ideológica y religiosa. Esta cuestión va ineludiblemente ligada a otros elementos como la educación del menor y su grado de participación en el ámbito familiar y social, que le dote de recursos y posibilidades para ir formando y ejerciendo su identidad ideológica y religiosa. No obstante, y por analogía a otras edades fijadas en el ordenamiento jurídico para realizar actos jurídicos relevantes, atendemos como edad aproximada los 14-16 años para que los menores puedan ejercer su derecho de libertad religiosa completamente.

3. LOS LÍMITES AL EJERCICIO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA Y MECANISMOS JURÍDICOS DE PROTECCIÓN DEL MENOR

La dimensión externa es donde se materializa la realización efectiva del derecho de libertad religiosa, es decir, el sujeto puede expresar su opción religiosa, bien como creyente, agnóstico o ateo. Y en este ámbito donde el Derecho puede entrar a regular su manifestación. Esto se configura como elemento esencial del derecho, ya que limitar en exceso las expresiones religiosas podrían mermar el contenido este derecho. No obstante, puede ocurrir, que en el ejerci-

³⁴ Art. 770.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

³⁵ Arts. 663 y 688 CC.

³⁶ Art. 361 LEC.

³⁷ Art. 6 Estatuto de los Trabajadores.

³⁸ Art. 46 CC y Ley 15/2015 de 2 de Julio de Jurisdicción Voluntaria.

cio del derecho se produzcan vulneraciones de los derechos de otras personas o se contravengan otros intereses considerados principios rectores de una sociedad. En efecto, el ordenamiento jurídico articula una serie de límites que van a justificar la restricción de este derecho fundamental³⁹.

Estos límites se recogen en los artículos 16 de la Constitución española: «se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto... sin más limitación en sus manifestaciones que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley». También el artículo 3 de la Ley Orgánica de libertad religiosa de 1980: «El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de 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 seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática».

Igualmente, los documentos internacionales sobre derechos humanos también establecen los límites al ejercicio de la libertad religiosa.

El Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966 determina en el artículo 18.3 que los límites serán los prescritos por la ley, necesarios «para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás». Casi textualmente, el artículo 9.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 dispone que las limitaciones serán las «necesarias en una sociedad democrática para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás».

Asimismo, las normas específicas de menores también establecen los límites al ejercicio de este derecho, como la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor española que en el artículo 6 afirma que: «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» y el artículo 14 de la Convención sobre los derechos del niño de 1989: «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».

Además de aplicar los límites generales referidos, y como hemos expresado anteriormente, los menores de edad tienen una capacidad de obrar limitada.

³⁹ MARTÍNEZ-TORRÓN, J. «La protección internacional de la libertad religiosa», en *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Eunsa, Pamplona, 1994, pp. 223-224; COMBALÍA SOLIS, Z. «Los límites del derecho de libertad religiosa», *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Eunsa, Pamplona, 1994.

Esta restricción de la capacidad se fundamenta, por una parte, en que los menores aún no tienen desarrollo físico y psíquico suficiente que les permitan actuar en igualdad de condiciones con los mayores de edad en el ámbito jurídico. Esta circunstancia es suficiente para que el derecho considere al menor como persona de especial protección.

Los mecanismos de protección establecidos por el Derecho son limitar la capacidad de obrar de los menores y establecer las figuras jurídicas de la patria potestad y la tutela legal, en las que los padres o tutores son titulares de unos derechos y deberes en relación con sus hijos/tutelados además de la acción del Estado como garante de los derechos del menor. Respecto a esto último, la Constitución española en su artículo 39 se refiere a que «Los poderes públicos aseguran [...] la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley [...] Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.» Por otra parte, la Convención sobre los Derechos del niño recoge varios artículos en los que el papel del Estado como garante de estos derechos es fundamental. El art. 2: «Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna [...]. El art. 4: «Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención.» Y el art. 5 relacionado con la funciones paternofiliales: «Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención».

La protección del menor es, por tanto, un elemento esencial en el Derecho de menores, y que justifica la limitación de su capacidad de obrar, sin embargo, las limitaciones a la capacidad del menor deben interpretarse de forma restrictiva, según establece el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor española⁴⁰. No podemos ampararnos en «su protección» para justificar cualquier negativa al menor para ejercer sus derechos, puesto que si así lo hiciésemos estaríamos vaciando de contenido «su derecho».

A esto se añade que sobre los derechos de la persona –como el derecho de libertad religiosa o el derecho a la educación– existe la particularidad de que no

⁴⁰ «Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor».

pueden ejercerse por persona distinta o en representación de su titular. De esta forma, los padres o tutores no pueden sustituir al menor ejerciendo el derecho de libertad religiosa en su nombre. Autores, como Jordano Fraga⁴¹, en los años 80 apuntaban que el menor de edad tenía capacidad dependiendo de su edad y el acto a realizar, y que ello venía reconocido a través del artículo 162 del Código Civil. Dicho artículo exceptúa de la representación en «*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*». ⁴² Esto no significa que los padres no puedan decidir sobre situaciones que afecten a sus hijos, al contrario, ellos son los primeros garantes de su cuidado, desarrollo y educación. La función de los padres ha de ser la de guía o actuación en interés del hijo o tutelado no una «sustitución» del menor alegando la patria potestad, es decir, que no existe «un derecho» de los padres sobre los derechos de los hijos. En esta línea, el art. 14 de la CDN sobre el derecho de libertad religiosa del menor se refiere a que «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*.»

En definitiva, la institución de la patria potestad se configura como un conjunto de derechos y deberes en relación con los hijos en aras a su protección y cuidado y que, según recoge el artículo 154 del Código civil español, «*se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad*». Esto significa que en todas las situaciones en los que intervengan o se vea afectado el hijo menor de edad, se atenderá al *interés superior del niño*.

4. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: ELEMENTO DETERMINANTE EN TODAS LAS DECISIONES QUE AFECTEN A LOS MENORES DE EDAD

El «interés superior del menor» es un principio jurídico que aparece en escena como consecuencia lógica del reconocimiento de los menores como sujeto de derechos, por el mero hecho de ser persona⁴³ y su consideración no como personas de futuro o incompletas, a modo de diamantes en bruto que

⁴¹ JORDANO FRAGA, F., «La capacidad del menor», *Revista de Derecho Privado*, enero 1984, p. 892.

⁴² LÓPEZ ALARCÓN, M., «Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas», en *Anales de Derecho. Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Murcia*, n.º 15, 1997, p. 327.

⁴³ ROCHA, «La persona del menor, su interés superior, su autonomía y el libre desarrollo de su personalidad» *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 2, 2015.

necesitan ser pulidos⁴⁴, sino como sujetos del presente con sus peculiaridades por estar en desarrollo. No obstante, el reflejo de este principio en los ordenamientos jurídicos europeos fue un tanto desigual. Así, encontramos referencias a él en leyes francesas de finales del siglo xx relativas a la limitación de la patria potestad (Ley 24 de julio de 1889), pasando por las legislaciones inglesa (*Guardianship of Infants Act de 1925*) e italiana (Ley de adopción de 1967)⁴⁵.

En España, el interés superior del menor aparece en la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de equiparación de distintos tipos de filiación y la Ley de 21/1987, de 11 de noviembre, que regula el procedimiento de adopción y la acogida.

Respecto a su contenido, el interés superior de niño⁴⁶ es un concepto jurídico que debe mostrarse «indeterminado» necesariamente en las normas, ya que su concreción debe responder a cada caso particular por la administración, los tribunales y todas aquellas personas que deban decidir sobre algún aspecto que vaya a afectar a un menor, incluidos sus padres. Esto significa que el concepto de interés del menor se relaciona con el individuo, se aplica a cada caso concreto, y no puede tratarse como un concepto jurídico de carácter general. En este sentido no caben las críticas a la falta de determinación de este concepto por parte del ordenamiento jurídico, ya que, en esencia, sería contradictorio con la finalidad del principio. Sin embargo, es cierto que la imprecisión del contenido puede causar cierta inseguridad jurídica, dejando un margen muy amplio de apreciación, e incluso arbitrariedad a las personas y órganos encargados de su determinación, dando como resultado decisiones que vulneran los propios derechos del menor y el espíritu mismo de la Convención sobre los Derechos del Niño. Por ello, es necesario establecer unas líneas interpretativas, que, sin menoscabar los derechos de los menores, doten de seguridad jurídica⁴⁷.

Indiscutiblemente, se trata de un concepto flexible y adaptable a las circunstancias particulares del menor y que deberá primar frente a cualquier otro tipo de interés, fomentando el ejercicio de los derechos del propio menor. Así lo ha expresado la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre

⁴⁴ RAVETLLAT, I., «El interés superior del niño: concepto y delimitación del término» *Educatio Siglo XXI*, vol 30, n.º 2, 2012, p. 92.

⁴⁵ RAVETLLAT y PINOCHET, «El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el Derecho Civil chileno» *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, n.º 3, 2015, p. 907.

⁴⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007.

⁴⁷ CILLERO BRUÑOL, M., «El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño», *Justicia y Derechos del Niño*, n.º 1, 1999, pp. 45-62. Este autor afirma que es necesario: «una interpretación que supere estas objeciones, favoreciendo una concepción jurídica precisa de interés superior del niño que reduzca razonablemente la indeterminación y sea congruente con la finalidad de otorgar la más amplia tutela efectiva a los derechos del niño, en un marco de seguridad jurídica.», p. 46.

de 1996 cuando afirma que *«no debe desconocerse el interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los jueces pueden adoptar (artículo 158 del Código Civil) se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor, según se desprende de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero».*

Aunque aparece en multitud de normas y otros documentos tanto de ámbito nacional como internacional, el interés superior del niño ha sido objeto de un tratamiento más pormenorizado por parte del Comité de los Derechos del Niño, dentro de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en su Observación general n.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (Aprobada por el Comité en su 62.º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013). Este documento viene a establecer unas bases, unas líneas interpretativas a las que hacíamos antes referencia, para poder aplicarlo en todas las decisiones que afecten a los menores. Esta Observación del Comité de los Derechos del Niño ha inspirado reformas legislativas para aclarar este concepto, como en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, reformada en 2015⁴⁸.

El artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 afirma que:

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

⁴⁸ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Tomando en consideración lo establecido por la CDN de 1989 y la Observación n.º 14 del Comité de Derechos del Niño, podemos definir el interés del menor como un derecho sustantivo que puede invocarse ante los procedimientos y directamente aplicable. Igualmente, se considera que se trata de un principio jurídico interpretativo, esto significa que si una norma admite varias interpretaciones habrá que optar por la que más beneficie al menor. En último lugar, el interés superior del menor constituye una norma de procedimiento, esto es que cualquier medida que se tome respecto de un niño o un grupo de niños deberá ser suficientemente ponderada y justificada, analizando todos los efectos (positivos y negativos) que marcan la decisión.

Tal y como se expresa en la Observación General 14 del Comité de Derechos del Niño «la plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana». Este «enfoque basado en los derechos» implica que la determinación del interés del menor por un adulto según su parecer no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención. En este sentido, se aplicaría como límite a determinados actos a actitudes de los padres respecto de sus hijos (p. ej. castigos corporales, humillaciones... con fines «correctivos»).

Acomodar esta teoría a cada caso concreto es lo realmente complicado y a lo que la Observación n.º 14 del Comité de Derechos del Niño y su traslado al art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor española han tratado de poner las bases para hallar una adecuada interpretación. El párrafo 2 del art. 2 de la LOPJM establece unos criterios generales para determinar el interés superior del menor, los cuales son: «a) *La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.* b) *La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.* c) *La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares [...] d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.»*

Como podemos observar, se establece como criterio general para determinar el interés del menor la preservación de la identidad, cultura y religión del menor y no ser discriminado por ello, así como la consideración de sus opiniones y el derecho a su participación en las decisiones que le afecten.

Sigue la ley afirmando que estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

- a) La edad y madurez del menor.
- b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.
- c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.
- d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.
- e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

Además, también se prevé que «en caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.»

Por otra parte, cualquier medida adoptada en el interés superior del menor deberá hacerse respetando las debidas garantías del proceso y, en particular la ley se refiere a «a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente. b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. [...] c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un

defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses. d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas. e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos».

Podemos resumir por tanto que la Observación General del Comité de Derechos del Niño y la ley española de protección jurídica del menor recogen como elementos para determinar el interés superior del niño:

1. *La opinión del niño.* Escuchar al menor mostrando su postura sobre el conflicto, es también un derecho recogido en nuestra legislación.
2. *La identidad del niño.* Como elemento de su identidad encontramos su religión y creencias, *nacionalidad...*
3. *La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones,* en los casos en los que se presenten situaciones que puedan dar lugar a separación del hijo de sus padres.
4. *El cuidado, la protección y la seguridad del niño,* entendiéndose dentro de estos conceptos el cuidado «emocional».
5. *La situación de vulnerabilidad,* por ejemplo, niños pertenecientes a minorías, con capacidades limitadas...
6. *El derecho del niño a la salud.*
7. *El derecho a la educación.*

Una de las consideraciones que podemos deducir de lo expresado es que la determinación del interés del menor se realiza con muchos elementos e intervienen varias personas. Así, apoyándonos en los textos legales, en primer lugar, son los padres o tutores del menor, apareciendo la figura del Estado como garante y protector de los derechos de los menores en el caso de que éstos sean vulnerados en el ámbito familiar o haya conflicto entre los padres. A estos hay que añadir al propio menor en el ejercicio de su derecho a ser oído. Menor al que se suele tener al margen, a veces por razones obvias, como la edad del niño, pero otras veces completamente olvidado a pesar de tener edad suficiente para darle voz en los asuntos que le afectan. Esto ha pasado, o al menos debería serlo, de ser una potestad de la autoridad competente a solicitarlo, a ser un

derecho del menor perfectamente exigible legalmente. Esto significa que el menor, con base en el derecho a ser escuchado en los procedimientos que le afecten, podrá ser partícipe en la determinación de su mejor interés⁴⁹.

Pero no nos llevemos al engaño de que se deberá determinar lo que exprese el propio menor, sino que es un elemento más para tener en cuenta en la decisión final, en vista de todos los elementos anteriormente enumerados. Evidentemente, no todos estos elementos se presentarán en todos los casos (p. ej. el derecho a la salud o la separación del hijo de sus padres) si no que se aplicarán según las situaciones concretas. Consideramos que la determinación del interés del menor es un modo de componer un puzle, que en unos casos será con un número mayor de piezas que otros.

5. COMO DETERMINAR EL «INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR» EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA. ALGUNAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES SOBRE LA MATERIA

En consecuencia, este principio jurídico deberá aplicarse en lo que se refiera al derecho de libertad religiosa del menor y cuando éste se vea afectado por cualquier circunstancia en el que el factor religioso esté presente.

El concepto del interés superior del menor tiene como objeto garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico⁵⁰ del niño. En circunstancias familiares no incursas en conflicto, consideramos que las personas adecuadas para determinar cuál es el mejor interés al menor son los padres o tutores, los que en primera instancia deben decidir sobre lo que concierne a sus hijos/tutelados. Además de ser un elemento que puede insertarse en las funciones atribuidas a la patria potestad, la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981 [resolución 36/55], el artículo 5 afirma que «1. Los padres o, en su caso, los tutores legales del niño tendrán el derecho de organizar la vida dentro de la familia de conformidad con su religión o sus convicciones y habida cuenta de la educa-

⁴⁹ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., «Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamento del libre ejercicio de los derechos de la personalidad», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis DíezPicazo*, 1.ª ed., vol. 4, Civitas, Madrid, 2003, pp. 952 a 974.

⁵⁰ Párrafo 4 de la Observación general n.º 14 (2013) del Comité de Derechos del Niño sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

ción moral en que crean que debe educarse al niño. 2. Todo niño gozará del derecho a tener acceso a educación en materia de religión o convicciones conforme con los deseos de sus padres o, en su caso, sus tutores legales, y no se le obligará a instruirse en una religión o convicciones contra los deseos de sus padres o tutores legales, sirviendo de principio rector el interés superior del niño. [...] 4. Cuando un niño no se halle bajo la tutela de sus padres ni de sus tutores legales, se tomarán debidamente en consideración los deseos expresados por aquéllos o cualquier otra prueba que se haya obtenido de sus deseos en materia de religión o de convicciones, sirviendo de principio rector el interés superior del niño.»

En este artículo de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones podemos hallar una conexión entre la función de los padres en materia religiosa, no solo educativa, sino como un «derecho de organizar la vida dentro de la familia de conformidad con su religión o convicciones», la función de éstos como guía de los hijos en el ejercicio de los derechos y el interés superior del niño. Tres elementos que conjugados nos va a permitir llegar a la conclusión que el interés del menor «primario» será el crecer y ser educado de acuerdo con la religión o convicciones de los padres, permitiendo una continuidad en su educación sin injerencias externas, siempre que no se menoscabe otros derechos fundamentales como la vida o la integridad física o psíquica del menor⁵¹.

Desafortunadamente, la familia no siempre es un lugar inmune al maltrato o la vulneración de los derechos de los niños y es cuando deben actuar las instituciones públicas encargadas de su protección. Yes precisamente, en aplicación del principio del interés superior del niño, cuando ceden los derechos de los padres a favor del de los hijos. En este sentido, se ha pronunciado una sentencia del Tribunal Constitucional 176/2008, de 22 de diciembre, en su fundamento jurídico 6 afirma que *«el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable.*

[...]

⁵¹ «5. La práctica de la religión o convicciones en que se educa a un niño no deberá perjudicar su salud física o mental ni su desarrollo integral teniendo en cuenta el párrafo 3 del artículo 1 de la presente Declaración.»

Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste. En estos casos nos encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada»⁵².

Por otra parte, otro elemento fundamental en la determinación de interés del menor en materia religiosa es el dotar de voz al menor en los asuntos que le afecten, ejerciendo su derecho a ser oído, cuando alcance la madurez suficiente⁵³. Este derecho que podemos integrar en los denominados «derechos de participación», consideramos que son principios fundamentales y necesarios en la configuración de un ambiente propicio al ejercicio de todos los derechos del menor conducentes a su desarrollo como persona, incluida su libertad religiosa. Pero este derecho a ser escuchado y expresar su opinión –también en materia de religión y convicciones– tiene que estar basada en un proceso previo de información que permita al menor formarse un juicio propio y poder manifestarlo. Los derechos de participación son sumamente importantes en la vida de los niños en todas las esferas, y ha de procurarse su efectiva realización paulatinamente, conforme a su desarrollo, ya que sería ilusorio suponer que, alcanzados los 18 años, sean adultos plenamente capaces y desenvueltos en el ejercicio de sus derechos, por más que las leyes le reconozcan plena capacidad.

Las decisiones judiciales en las que se sustancian casos relativos a la libertad religiosa y el interés del menor no suelen enfocarse desde la perspectiva de los niños, sino del derecho de los padres a su libertad religiosa, a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones y el derecho al respeto de su vida privada y familiar.

⁵² Otras resoluciones del TC y del TEDH citadas en la sentencia en esa línea son (SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2; 71/2004, de 19 de abril, FJ 8; 11/2008, de 21 de enero, FJ 7). En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 24 de marzo de 1988, caso Olsson; 28 de noviembre de 1988, caso Nielsen; de 25 de febrero de 1992, caso Andersson; de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann; de 23 de septiembre de 1994, caso Hokkanen; de 24 de febrero de 1995, caso McMichael; de 9 de junio de 1998, caso Bronda; de 16 de noviembre de 1999, caso E. p. contra Italia; y de 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal).

⁵³ BO JANÉ, M. y CABALLERO RIBERA, M.: «El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de su interés?», en *La Ley*, 1996 (6), D-344, pp. 1485 a 1498.

Los casos más significativos suelen referirse a controversias suscitadas en lo que respecta a la determinación de la guarda y custodia de los hijos o en el régimen de visitas cuando y las posibles discriminaciones habidas hacia algún progenitor con motivo de su adscripción religiosa. Otro conjunto importante de resoluciones tiene como objeto decidir sobre conflictos entre los padres por la educación religiosa de los hijos. Finalmente, podemos distinguir otro grupo relacionado con los tratamientos médicos, intervenciones quirúrgicas y todo aquello que puede encuadrarse en el derecho sanitario y la incidencia del factor religioso cuando intervienen menores de edad⁵⁴.

A pesar de que la presencia del menor como sujeto activo de derechos en las argumentaciones de las resoluciones judiciales es más bien escasa, mencionaremos algunos pronunciamientos o formas procedimentales en las que la perspectiva del menor como sujeto de la libertad religiosa, su derecho a ser escuchado y la determinación del interés del menor son elementos fundamentales.

En la Decisión del TEDH de 16 de mayo de 2006, *Deschomets v. Francia*, se trata el caso de la custodia de unos niños en un divorcio entre la demandante, miembro de un grupo religioso cristiano llamado «Brethren», y su ex marido, que ya no pertenece al grupo. La mujer desea educar a sus hijos en su fe, lo que limitaría los derechos de visita del exesposo, quien a su vez cree que permitir que los niños asistan a las reuniones religiosas sería perjudicial para su desarrollo. El Tribunal declaró el caso inadmisibile al considerar que la demandante no había agotado los recursos proporcionados por el Derecho interno.

Es de destacar la consideración que hace el Tribunal sobre el interés superior del niño en la cuestión y su referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño como norma aplicable⁵⁵.

Otra referencia merece el caso del TEDH de 25 de enero de 2000, *Ignaccolo-Zenide c. Rumania*. La cuestión se refiere a una disputa por la custodia y el régimen de visitas de los hijos. El ex marido de la demandante le acusa de pertenecer a un grupo religioso peligroso para el desarrollo de los niños. El Tribunal dictaminó que hubo violación del artículo 8. No obstante lo

⁵⁴ Algunas resoluciones son STC 141/2000, de 29 de mayo, STC 154/2002, de 18 de julio, Hofmann contra Austria, STEDH de 23 de junio de 1993, Vojnity contra Hungría, STEDH de 12 de febrero de 2013, Rupprecht contra España, Decisión del TEDH de 19 de febrero de 2013.

⁵⁵ «Pour décider de fixer la résidence principale des enfants chez leur père, la cour d'appel, confirmée ensuite par la Cour de cassation, a recherché avec soin l'intérêt des enfants, élément, selon la Cour, qu'il y a lieu de faire prévaloir lorsque sont en jeu les droits garantis aux parents par l'article 8 de la Convention et ceux des enfants». «En réalité, ces décisions se fondent sur l'intérêt supérieur des enfants, compte tenu de leurs réactions aux modes de vie de leurs deux parents, ce qui est conforme à la jurisprudence de la Cour, laquelle s'inspire notamment de l'article 3 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant».

que nos interesa destacar no es la argumentación jurídica en sí de la sentencia sino en el voto particular pronunciado por el Juez Maruste. En su disertación de por qué no encuentra violación del art. 8 afirma que no solo los padres sino también los niños deberían beneficiarse del Artículo 8. Y que éstos son y deberían ser los primeros beneficiarios cuando los intereses de sus padres están en conflicto y son lo suficientemente maduros para expresar claramente sus propias preferencias⁵⁶. Asimismo, hace referencia al art. 4 de la CDN⁵⁷ y a la Convención europea sobre el ejercicio de los derechos de los niños⁵⁸ y a que los derechos de los menores y su interés superior deben ser prevalentes; para a continuación afirmar que los niños deben tener su oportunidad para ejercer sus derechos, en particular en los procesos familiares que le afecten y, asimismo, considerar la opinión de los niños⁵⁹. Termina el voto particular afirmando que en este caso no se tuvo en cuenta ni se valoró la opinión de los niños en un asunto que les afecta directamente.

Nos encontramos, por tanto, con una de las pocas argumentaciones jurídicas –aunque se trate de una opinión en voto particular– en una resolución judicial de TEDH en las que se tiene en cuenta el derecho del menor a ser escuchado en el procedimiento y que éste sea determinante para considerar el interés superior del menor y la consecuente resolución del caso.

Finalmente cabe citar la decisión del TEDH Rupprecht c. España, con fecha 19 de febrero de 2013. Se trata de un asunto entre padres separados con una hija en común cuya guarda y custodia fue otorgada a la madre. El caso se refiere a la solicitud por parte del padre en el ejercicio exclusivo de la patria potestad sobre la materia en discusión, ya que no estaba de acuerdo con la decisión

⁵⁶ «[...] not only parents but also children should benefit from Article 8. I would go further: they are and should be the first beneficiaries where the interests of their parents are in conflict and they are mature enough to express clearly their own preferences».

⁵⁷ «Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional».

⁵⁸ Consejo de Europa, 25 de enero de 1996. European Treaty Series no. 160. Concretamente el art. 3 relativo a la forma de actuar en los procedimientos judiciales donde se hallen menores de edad, regula que éstos tendrán «Right to be informed and to express his or her views in proceedings. A child considered by internal law as having sufficient understanding, in the case of proceedings before a judicial authority affecting him or her, shall be granted, and shall be entitled to request, the following rights: *a* to receive all relevant information; *b* to be consulted and express his or her views; *c* to be informed of the possible consequences of compliance with these views and the possible consequences of any decision».

⁵⁹ «To that end, children should have the opportunity to exercise their rights, in particular in family proceedings affecting them. Due weight should also be given to children's views».

de la madre de la menor de inscribir a su hija de diez años a clases de catequesis católica sin el consentimiento previo del demandante y de haberla bautizado según el ritual católico. Este consideraba que le correspondería a su hija, cuando alcanzara la mayoría de edad, decidir si quiere adoptar una confesión religiosa. Aunque finalmente el Tribunal inadmitió la demanda, nos interesa destacar este caso por la alegación que el demandante hace al derecho de libertad religiosa de su hija menor. No obstante, el planteamiento del padre adolece de una falta de precisión jurídica en su demanda y no deja de ser contradictorio, ya deja entrever un posicionamiento más de oposición a la postura de la madre que a la consideración del derecho de la menor. ¿Por qué si no pretende obtener del Tribunal una resolución que le determine a él como el único que puede tomar decisiones sobre la educación religiosa de su hija? Por otra parte, el TEDH ratifica las argumentaciones jurídicas de las resoluciones judiciales españolas en el sentido, y esto es lo que nos interesa destacar, que al contrario de lo que afirma el padre, el derecho a la libertad religiosa de la hija sí fue respetado, ya que «la menor había sido escolarizada en un colegio que impartía clases de religión, circunstancia conocida del demandante y sobre la cual no había mostrado oposición. En este contexto, el Juez apuntó que la menor había pedido, por propia iniciativa y de manera previsible, teniendo en cuenta el contexto escolar, hacer la comunión junto a sus compañeros de clase. Su madre, titular de la guarda y custodia, se había limitado a respetar su voluntad, garantizando así, de manera adecuada el interés de la menor.» Es por esto, que el TEDH considera suficientemente argumentada la decisión de los tribunales españoles y que no puede admitirse violación del art. 9 del Convenio⁶⁰.

6. CONSIDERACIONES FINALES

En conclusión, pasaremos a exponer algunas consideraciones que pueden resumir la consideración del menor como sujeto de derechos, capaz de ejercerlos y su grado de influencia en la determinación del propio interés del menor, en especial en relación con el ejercicio de su derecho a la libertad religiosa.

Primera. Hay que destacar el papel de los padres como guía de los hijos en función de su edad y madurez, función propia de la patria potestad, lo conlleva

⁶⁰ «El TEDH no considera que la decisión de la menor sobre la elección de la práctica religiosa respaldada por la madre titular de la guarda y custodia de la niña y ratificada por las jurisdicciones internas mediante decisiones suficientemente motivadas, pueda hacer que entre en juego el artículo 9 del Convenio y en consecuencia generar obligaciones positivas del Estado. Por tanto, el artículo 9 del Convenio no es aplicable en este asunto».

que los padres tomen decisiones relativas a derechos fundamentales de los hijos, con base en el interés de estos y en función de un deber jurídico, contenido en la patria potestad, y no como un ejercicio «por sustitución» o «por representación», lo cual está excluido cuando se refiere a derechos personales.

Segunda. Es del interés del menor el mantenimiento de la estabilidad en el entorno familiar, social y educativo de los hijos. Por lo que, se procurará mantener la línea educativa en materia religiosa acordada en un principio por ambos padres. Factor que podemos contemplar en la mayor parte de las resoluciones judiciales sobre el asunto.

Tercera. Se fomenta como norma general para determinar el interés del menor el respeto a su identidad, configurada en parte por su cultura y religión.

Cuarta. El interés del menor se establecerá de acuerdo con la necesidad y proporcionalidad, respecto con otros derechos concomitantes, procurando conjugar los derechos del menor en materia religiosa con los derechos de otras personas, incluidos sus padres.

Quinta. Igualmente, el derecho del menor a ser oído será un elemento fundamental a la hora de determinar el interés del menor en cuestión religiosa. El ordenamiento jurídico no establece una edad concreta, sino que se tendrá en cuenta la madurez del menor.

Sexta. El interés superior del niño se refiere a un individuo concreto y, además, las medidas que se tomen al respecto serán modulables y adaptables a nuevas circunstancias que puedan surgir.

En definitiva y a modo de corolario, podemos afirmar que es del interés superior del niño procurar a los menores el ejercicio de sus derechos, concretamente el de libertad religiosa y a ser escuchado sobre este asunto. El factor religioso es un elemento principal en la configuración de qué es el interés superior del niño: el respeto a su identidad (cultural y religiosa), el derecho a ser oído, así como la función primordial de sus padres como guía y primeros educadores (también en lo religioso) junto con la necesidad de dar soluciones estables que respeten el desarrollo del menor sin exceso de cambios que pudiesen ocasionar un menoscabo o suponer un desequilibrio en su desarrollo personal, familiar y social, estableciendo como límite la protección de sus derechos fundamentales, destacando los relativos a la integridad física y psicológica del menor.