

LA LIBERTAD RELIGIOSA DE LOS MENORES
EN EL MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL ACTUAL:
PROTECCIÓN Y AUTONOMÍA¹

THE RELIGIOUS FREEDOM OF MINORS
IN THE CURRENT LEGAL AND JURISPRUDENCIAL
FRAMEWORK: PROTECTION AND AUTONOMY

BELÉN RODRIGO LARA
Universidad San Pablo-CEU

https://doi.org/10.55104/ADEE_00041

Recibido: 22/01/2025

Aceptado: 03/02/2025

Abstract: The religious freedom of minors has become an increasingly important issue in the legal field, particularly within the family context, where the complexity of interactions between the rights and duties of parents and those of children is evident, especially concerning their autonomy or capacity to exercise their rights, all within the framework of the best interests of the child. This paper will focus on the current situation regarding the right to religious freedom of minors as manifested in its most genuine context: the family. Specifically, it will address situations where discrepancies arise regarding the education of children. We will begin with a brief exposition of the legal status of minors, emphasizing the most relevant regulations of recent years, which have shown a general trend towards relaxing the maturity criteria necessary for minors to exercise their rights. In this regard, we consider it relevant to outline

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco de los Proyectos NEUCOPER (PID 2022-137800NB-I00) del Ministerio de Ciencia e Innovación, cuyo Investigador Principal es el prof. Javier Martínez-Torrón y el Proyecto «Cuestiones controvertidas en relación con el ejercicio de la capacidad jurídica por los y las menores de edad» (ref. CIGE/2023/71), financiado por la Consejería de Educación, Universidades y Empleo de la Generalitat Valenciana y del que es Investigador Principal el prof. Pedro Chaparro Matamoros.

some ideas on four essential aspects to understand the religious freedom of minors: 1. The complex theoretical framework related to the capacity of minors to exercise their rights; 2. The best interests of the child; 3. their interrelation with parental rights; and 4. The intervention of the State in the protection of minors and their rights. This theoretical approach will serve as a basis for the second part of this paper, which will consist of an analysis of the most recent and significant court rulings regarding the religious freedom of minors, with the aim of detecting the current interpretative line upheld by both the Spanish Constitutional Court and the European Court of Human Rights concerning the religious freedom of minors, as well as how the criteria of maturity and the best interests of the child are applied in these cases.

Keywords: Religious Freedom, Best interests of the child, Children's rights, Constitutional Court, European Court of Human Rights, Parental rights.

Resumen: La libertad religiosa de los menores de edad se ha convertido en un tema de creciente importancia en el ámbito jurídico, especialmente en el contexto familiar, donde se evidencia la complejidad de las interacciones entre los derechos y deberes de los padres y los de los hijos, especialmente en lo que concierne a su autonomía o capacidad para ejercer sus derechos, en el marco todo ello del interés superior del menor. Este trabajo se va a focalizar en la situación actual del derecho a la libertad religiosa de los menores manifestado en su ámbito más genuino: la familia. Y en particular, cuando surgen discrepancias sobre la educación de los hijos. Para ello, comenzaremos con una breve exposición del estatuto jurídico del menor, haciendo hincapié en las normativas más relevantes de los últimos años, que han mostrado una tendencia general a flexibilizar el criterio de madurez necesario para que los menores puedan ejercer sus derechos. En este sentido, consideramos relevante esbozar algunas ideas sobre cuatro aspectos esenciales para entender la libertad religiosa del menor: 1. El complejo marco teórico relacionado con la capacidad de los menores para ejercer sus derechos; 2. El interés superior del menor; 3. Su interrelación con los derechos parentales, y 4. La intervención del Estado en la protección de los menores y sus derechos. Esta aproximación teórica servirá como base para la segunda parte de este trabajo, que consistirá en un análisis de las resoluciones de los tribunales más recientes y significativas sobre la libertad religiosa de los menores, con la finalidad de detectar la línea interpretativa actual sostenida tanto por el Tribunal Constitucional español como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la liber-

tad religiosa de los menores, la aplicación del criterio de madurez y el interés superior del menor en estos casos.

Palabras clave: Libertad religiosa, interés superior del menor, derechos del menor, Tribunal Constitucional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Patria potestad.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El estatuto jurídico del menor de edad. 2.1 Normativa. 2.2 La capacidad del menor para ejercer sus derechos. 2.3 El interés del menor: clave de bóveda. 3. Libertad religiosa e interés del menor. 3.1 La libertad religiosa del menor: especial referencia al contexto familiar. 3.2 Confluencia del derecho a la libertad religiosa del menor y el de sus progenitores. 3.3 La jurisprudencia del TEDH y TC español sobre menores de edad y libertad religiosa. 3.3.1 Cuando el factor religioso cuestiona el régimen de guarda y custodia y las visitas: casos *T.C. c. Italia* (2022), *Cucial c. Polonia* (2023) y *Vlasenko c. Ucrania* (2023). 3.3.2 Acogida y adopción: la identidad religiosa del menor. Los casos *Abdi Ibrahim c. Noruega* (2021), *Loste c. Francia* (2022) y *Kilic c. Austria* (2023). 3.3.3 Discrepancias de los padres en la educación y adscripción religiosa de los hijos en las Sentencias del TC 5/2023 y 26/2024. 4. Consideraciones finales.

1. INTRODUCCIÓN

En una sociedad entregada a la celebración de días internacionales y aniversarios es oportuno recordar el centenario acontecido en el año 2024 del primer texto internacional sobre los derechos de la infancia². En el transcurso de

² La Declaración de los Derechos del Niño, también llamada, Declaración de Ginebra, fue adoptada por la Sociedad de Naciones el 26 de septiembre de 1924. Se trata de un texto breve, sencillo, directo, sin tecnicismos jurídicos. Texto proveniente de una de las precursoras en la protección de la infancia y sus derechos, Englantyne Jebb (1876-1923), fundadora de Save the Children (Londres, 1919) y de la Unión Internacional de Auxilio al niño (Ginebra, 1920), una reciente bibliografía ha sido realizada por MULLEY, Clare, *La mujer que salvaba a los niños*, Alianta, editorial Planeta, 2019. Coetáneo a Jebb, es necesario citar a Janusz Korczak (1878-1942) por su defensa y concepción de los derechos de la infancia en los que primaba la escucha de los niños y su participación. Una aproximación a las ideas de Korczak *vid.* LIEBEL, Manfred, «Janusz Korczak, los derechos y el protagonismo de la infancia», *Revista de Educación Social* 28 (2019), pp. 176-195. Aunque carente de valor normativo, la Declaración de Ginebra de 1924 constituyó un paso muy significativo de la comunidad

cien años, la concepción jurídica de la infancia ha evolucionado desde una etapa en la que se consideraba a los niños sujetos pasivos, merecedores de protección, para adquirir paulatinamente el carácter de sujetos activos de derechos en el marco internacional y en los ordenamientos jurídicos internos. Actualmente, huelga decir que los «menores de edad», concepto legal más amplio del que se refiere la «infancia», son titulares de derechos³ con capacidad para ejercerlos conforme a su madurez. El papel de los padres o tutores legales será el de guiar a los menores como primeros responsables de velar por sus derechos y actuar conforme al interés superior del menor. Sin embargo, en los últimos años, observamos un aumento de la conflictividad, sobre todo en el contexto de las crisis familiares, que desemboca en los tribunales de justicia y que hace actuar al Estado, puesto que la protección del menor es de interés público⁴, como garante de los derechos del menor sobre la base de los tres elementos mencionados anteriormente: los menores como sujetos (activos) de derechos, las responsabilidades paternofiliales y la conjunción del interés superior del menor. Ciertamente, no se trata de una tarea sencilla y, en este trabajo, nos referiremos con detalle a ello y a las líneas interpretativas que están resultando de las recientes resoluciones, en particular, sobre la libertad religiosa del menor en este contexto de relaciones familiares.

Por otra parte, la especialidad jurídica del derecho del menor es una realidad cada vez más asentada y creciente. Aunque generalmente se asocia a los ámbitos del derecho penal o el derecho civil, abarca otros como, por ejemplo, el derecho del trabajo, el derecho constitucional –en particular, los derechos

internacional en el avance por los derechos de la infancia y supuso la base de la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1959 por la Organización de Naciones Unidas (ONU). La Declaración de 1959, además del carácter proteccionista, concreta los derechos humanos en el ámbito de la infancia, logrando su mayor hito con la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, el tratado internacional con más Estados signatarios.

³ Artículo 14 CDN, artículo 6 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM). Sobre la titularidad de los derechos fundamentales por los menores de edad se ha pronunciado en numerosas ocasiones en Tribunal Constitucional (TC). Sirva como ejemplos las Sentencias 141/2000, 154/2002, 183/2008, 158/2009, 186/2013, 99/2019, 141/2000. Y algunas más recientes: 5/2023, 13/2024, 26/2024 y 92/2024.

⁴ Artículo 39 de la Constitución Española (CE): «1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos [...]». La doctrina constitucional afirma que «[c]uando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de *ius cogens* que la STC 120/1984, de 10 de diciembre, FJ 2, reconoce que concurren en los procedimientos judiciales relativos a la familia, a partir de que el artículo 39.2 CE sanciona una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos», SSTC 185/2012 de 17 de octubre, FJ 4, 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2 B y 5/2023, de 20 de febrero, FJ 3 B.

fundamentales- o el derecho internacional público. Su mayor auge se alcanza en los comienzos del siglo XXI, dentro del marco jurídico internacional fijado por la CDN de 1989, momento en el que abundan numerosos estudios que ponen su foco de atención en el menor de edad y sus derechos. Actualmente, podemos afirmar que no se trata de un ámbito agotado, sino todo lo contrario, puesto que, las realidades presentes en la sociedad permiten augurar campos novedosos y poco explorados en lo que concierne a los derechos del menor y a la determinación de su mejor interés. Sirva como muestra, la transexualidad de menores⁵, los derechos del menor nacidos por contrato de gestación subrogada⁶ sus derechos digitales o la protección de datos del menor⁷.

Por lo que respecta al tema central de este trabajo, el derecho de libertad religiosa del menor, como parte del elenco de los derechos fundamentales, encaja en la especialidad jurídica del derecho del menor, pero es en el campo del Derecho Eclesiástico del Estado donde esta materia ha tenido naturalmente más predicamento. Ha sido a partir de la primera década del siglo XXI, cuando han surgido numerosos estudios desde la perspectiva del menor como sujeto de la libertad religiosa⁸.

⁵ Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, artículo 70, sobre personas LGTBI menores de edad. Además, esta norma modifica, entre otras, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, para introducir un nuevo capítulo sobre la aprobación judicial de la modificación de la mención registral del sexo de personas mayores de doce años y menores de catorce.

⁶ En el ordenamiento jurídico español los contratos de gestación por sustitución son nulos de pleno derecho, no así en otros países donde se producen nacimientos de niños que a su regreso a España se encuentran con dificultades que afectan a su inscripción registral. El Tribunal Supremo ha pronunciado la reciente sentencia 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024. Sobre esta cuestión y el interés superior del menor *vid.* BENAVENTE MOREDA, Pilar, «El interés superior de los menores nacidos a partir de un contrato de gestación por sustitución», *Revista General de Derecho Constitucional* 31 (2020).

⁷ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. Se encuentra en tramitación el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales, que puede consultarse en

«<https://www.mpr.gob.es/servicios/participacion/Documents/ANTEPROYECTO%20DE%20LEY%20ORG%20C3%81NICA%20PARA%20LA%20PROTECCI%20C3%93N%20DE%20LAS%20PERSONAS%20MENORES%20DE%20EDAD%20EN%20LOS%20ENTORNOS%20DIGITALES.pdf>» [Fecha de consulta: 23/10/24].

⁸ Entre los numerosos trabajos publicados, PUENTE ALCUBILLA, Verónica, *Minoría de edad, religión y derecho*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2001; REDONDO ANDRÉS, María José, «La libertad religiosa del menor», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 20, 2004, pp. 131-164; RODRIGO LARA, Belén, *Minoría de edad y libertad de conciencia*, Servicio de Publicaciones, UCM, Madrid, 2005; ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel, *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor. El interés del menor a la libre formación de su conciencia*, Tecnos, Tecnos, 2006; MORENO ANTÓN, María, *Multiculturalidad y libertad religiosa del menor de edad*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2007; DÍAZ MUÑOZ, Óscar, *La libertad religiosa del menor: familia, escuela y tratamientos médicos*, tesis doctoral dirigida por FERRER ORTIZ, Javier,

La consideración del menor de edad como sujeto activo del derecho de libertad religiosa ha supuesto la traslación a este particular del clásico tema civilista sobre la capacidad de obrar de los menores. Por consiguiente, a la pregunta de si un menor puede ejercer su libertad religiosa, la respuesta general del ordenamiento jurídico es afirmativa, pero con el matiz de que está supeditada al criterio de la suficiente madurez y al interés superior del menor⁹. Esto nos sitúa ante situaciones particulares, muchas difíciles de resolver, puesto que no puede darse una respuesta, general, cierta y directa por la norma, ya que, tanto el proceso madurativo como el interés del menor se traducen en conceptos necesariamente relacionados con cada caso concreto.

Estas breves pinceladas nos sitúan en el contexto sobre el que vamos a desarrollar nuestro trabajo, que, por una razón de espacio y por acotar el objeto de estudio para tratarlo con cierta profundidad, hemos optado por no referirnos a la libertad religiosa del menor en otros ámbitos como el sanitario o la escuela, que bien merecen un tratamiento más pormenorizado¹⁰ centrándonos en examinar el estado actual del derecho de libertad religiosa del menor de edad. Para ello, partiremos exponiendo brevemente el actual estatuto jurídico del menor centrándonos en las normas más significativas de los últimos años, de las que se extraen una tendencia general a flexibilizar el criterio de la madurez para que los menores puedan ejercer sus derechos. Precisamente, al hilo de esto, hemos considerado de interés detenernos en el marco teórico esencial, pero harto complejo, sobre todo en su aplicación práctica, de la capacidad de obrar del menor para ejercer sus derechos, el interés superior del menor y su conjunción con los derechos paternofiliales, así como de la intervención del Estado en la protección del menor y sus derechos. Estos cuatro elementos constituyen los cimientos para la comprensión y la interpretación de los derechos

Universidad de Zaragoza, 2008; CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago, «Libertad religiosa del menor y simbología religiosa en la escuela», en MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro y GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Marcos (coord.) *Algunas cuestiones controvertidas del ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa en España*, Fundación Española Universitaria, 2009, pp. 331-359; CANO RUIZ, Isabel, «La libertad religiosa del menor», en RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel (dir.), *La libertad religiosa de los menores en centros de internamiento*, Granada, Comares, 2012, pp. 119-148; LIÑAN GARCÍA, María Ángeles, «La protección jurídica del menor especial incidencia de la esfera familiar en su derecho de libertad religiosa y de conciencia», *Anales de Derecho*, 32, 2014, pp. 1-30; SOUTO GALVÁN, Beatriz, «La libertad de creencias y el interés superior del menor», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 28, 2015, 191-220; MORENO SOLER, Víctor, «La evolución de la libertad religiosa del menor de edad y su incidencia en el ámbito de la salud», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 13, 2020, pp. 142-161.

⁹ Artículo 14 CDN, artículo 6 LOPJM, Observación General núm. 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (CRC/GC/2013/14).

¹⁰ Algunos ejemplos de trabajos *vid.* nota 8.

fundamentales del menor y nos servirán de base para abordar la segunda parte de este trabajo, un comentario de las últimas resoluciones más significativas de los Tribunales sobre su libertad religiosa. A través de la jurisprudencia habida sobre esta materia constataremos cual es la línea interpretativa actual sostenida tanto por el Tribunal Constitucional español como el de Estrasburgo respecto de la libertad religiosa del menor, y cómo se ha de observar el criterio de la madurez y el interés superior del menor en estos supuestos.

2. EL ESTATUTO JURÍDICO DEL MENOR DE EDAD

2.1 Normativa

El estatuto jurídico del menor en España lo constituye un amplio conjunto de normas provenientes de diversas fuentes tanto supranacionales (Tratados Internacionales, Derecho de la Unión Europea) como de derecho interno (normas estatales y de las Comunidades autónomas). Normas dispersas en diversos ámbitos (civil, laboral, penal, administrativo...), pero cuya base se encuentra en los principios y derechos de la Constitución de 1978, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, de Naciones Unidas y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor¹¹.

Aunque es una obviedad que por el mero hecho de ser personas son titulares de los derechos humanos, la visión tradicional de los menores como dependientes y carentes de capacidad ha afectado a su consideración como sujetos de derechos, incluso en lo que respecta a los derechos personalísimos, que deben ser ejercidos exclusivamente por su titular. Ciertamente, la dependencia de los menores, generalmente de sus padres, se debe a su falta de madurez física y psíquica, entendida como la madurez propia de un adulto. Esta desigualdad entre niños y adultos hace inviable la idea de que ambos puedan recibir la misma protección efectiva de sus derechos y las mismas oportunidades para ejercerlos en condiciones similares.

Por lo tanto, es imprescindible que exista un derecho específico relativo a los menores de edad, no solo por protegerlos, sino también para salvaguardar su capacidad de ser sujetos de derechos y ejercerlos según su grado de desarrollo o madurez la cual no se determina estrictamente por la edad, sino que es un proceso evolutivo con diferentes fases. Es evidente que un niño de cuatro años

¹¹ Para mayor detalle nos remitimos a la recopilación completa y detallada de GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *Legislación sobre menores* Madrid, BOE y disponible en «https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=286&modo=2¬a=0&tab=2» [Fecha de consulta: 21/10/24].

no tendrá la misma capacidad para ejercer sus derechos que uno de catorce, aunque ambos sean menores de edad.

Podemos afirmar que el marco normativo actual se caracteriza por potenciar el menor como sujeto activo de derechos reconociendo a su vez su vulnerabilidad, por lo que se incorporan principios como el interés superior del menor o el derecho a ser escuchado en las situaciones que pudiesen afectarle.

Sin ánimo de exhaustividad, referimos las normas esenciales que configuran las coordenadas jurídicas del derecho del menor partiendo del ámbito internacional y regional europeo para concretar en el derecho interno español, destacando en este último, algunas novedades legislativas de los últimos cinco años. Esta relación incorpora la normativa que veremos reflejada en las resoluciones de los tribunales a las que nos referiremos más adelante.

En el contexto internacional, citamos como documento esencial la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989. En el ámbito regional europeo partimos del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)¹². Un texto que no es específico de menores pero que es la norma sobre la que se vertebran las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también referidas a los menores. Particularmente recurrente en la casuística es el artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar), así como el I derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión en los términos contemplados en el artículo 9 del CEDH.

Respecto de los textos específicos sobre menores citaremos el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007¹³; Convenio Europeo en materia de adopción de menores, de 27 de noviembre de 2008¹⁴; Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, del 25 de enero de 1996¹⁵.

En el marco del Derecho de la Unión Europea, destacamos el Tratado de la Unión Europea¹⁶, que en su artículo 3.3 y 3.5 se refiere a la protección de los derechos del niño y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (artículos 79.2. y 83.1) sobre protección de los niños. Más específico sobre los derechos es la Carta de los Derechos Fundamentales¹⁷, que en el artículo 24

¹² Roma, 4 de noviembre de 1950, «https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_SPA» [Fecha de consulta: 21/10/24].

¹³ BOE núm. 274, de 12 de noviembre de 2010, [https://www.boe.es/eli/es/ai/2007/10/25/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2007/10/25/(1))

¹⁴ BOE núm. 167, de 13 de julio de 2011, [https://www.boe.es/eli/es/ai/2008/11/27/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2008/11/27/(1))

¹⁵ BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2015, [https://www.boe.es/eli/es/ai/1996/01/25/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1996/01/25/(1))

¹⁶ Tratado de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2007, versión consolidada (DO C 202 de 7 de junio de 2016).

¹⁷ DOCE, (2000/C 364/01), de 18 de diciembre de 2000.

Menciona expresamente los derechos del niño. También son aplicables al estatuto jurídico del menor, el artículo 7 (respeto de la vida privada y familiar), artículo 14.2 (derecho a la educación), artículo 21 (no discriminación) y el artículo 32 (prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo). El Derecho de la UE está especialmente atento a los ámbitos de protección frente abusos y explotación sexual de menores en el contexto laboral¹⁸.

Por lo que respecta al derecho interno español, indicamos que el pilar sobre el que se sustenta el estatuto jurídico del menor es la Constitución de 1978, concretado en el elenco de derechos fundamentales, así como los principios y valores constitucionales, en particular, el artículo 39 CE, relativo a la protección de la familia y los niños, mencionando expresamente los acuerdos internacionales que velan por sus derechos¹⁹. El tratamiento específico de los derechos y protección jurídica del menor se articula a través de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

El ordenamiento jurídico es prolífico en cuanto a la regulación de situaciones en los que está implicado el menor y sus derechos abarcando no sólo los ámbitos tradicionales en los que podemos contextualizar a los menores, sino que ha ejercido una acción expansiva en prácticamente en todas las temáticas. Sin embargo, hay que destacar una tendencia «unificadora» que está adoptando el legislador en los últimos años, a través de la fórmula de la «ley integral», para abordar un tema en todos los ámbitos posibles y con un enfoque en los derechos de la infancia²⁰. Ejemplo de ello es la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LOPVI).

¹⁸ Directiva de lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (2011/93/UE); Directiva de lucha contra la trata de seres humanos (2011/36/UE) y Directiva sobre jóvenes trabajadores (94/33/CE).

¹⁹ Es de sumo interés desde una perspectiva constitucional los trabajos de ALAEZ CORRAL, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003; Más recientemente, la monografía de MORALES SANCHO, Guillermo Andrés, *Patria potestad y derechos fundamentales del menor de edad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2024, que desde una perspectiva constitucional analiza la institución de la patria potestad y el interés del menor, lo cual es habitualmente estudiada desde el ámbito civilista, en relación con los derechos fundamentales del menor.

²⁰ El enfoque de los derechos de la Infancia lo hallamos también en la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOMLOE), considerándose como principio rector del sistema educativo. Asimismo, se constata la transversalidad de la ley ya que, según se describe en su preámbulo, se «plantea un enfoque transversal orientado a que todo el alumnado tenga garantías de éxito en la educación por medio

Concretamente, en la LOPIVI se aborda la violencia hacia los menores en la familia, la educación, la sanidad, las instituciones y Administración pública, el ocio y el deporte y las nuevas tecnologías, siendo garantes de la protección los servicios sociales, Administración Pública y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado modificando entre otras leyes, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor el Código Civil, el Código Penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El tratamiento integral que realiza el legislador de la violencia sobre los menores bascula sobre un cambio de paradigma respecto de la protección de menores que es constatable con mayor frecuencia en la normativa que regula esta materia. De este modo, los niños dejan de ser «sujetos pasivos» a los que aplicar unas medidas de protección o de asistencia, para considerarlos verdaderos sujetos activos dentro del sistema de protección jurídica²¹.

Otras normas especialmente significativas para los derechos de los menores son la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI²²; el Real Decreto 573/2023, de 4 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Adopción internacional, cuyos principios inspiradores son «la protección del interés superior de la persona menor de edad en todas las fases del proceso de adopción internacional, el respeto a los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho Internacional en este ámbito y, en consecuencia, la mejora de las garantías para prevenir cualquier práctica ilícita contraria a los principios del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional»; Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual; Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales²³.

Estas disposiciones ahondan en la idea del menor como sujeto activo de sus derechos, dotando de un peso evidente al derecho a ser escuchado y a la

de una dinámica de mejora continua de los centros educativos y una mayor personalización del aprendizaje».

²¹ Por, ejemplo, la LOPIVI establece que pueden interponer denuncias sin la necesidad de estar acompañados por una persona adulta (art. 50.2, letra f, sobre criterios de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado) y se refuerza su derecho a ser oído y escuchado en los procedimientos [arts. 3 e) y 11, Disposición final primera, sobre modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 707; Disposición final segunda, sobre modificación del Código Civil, arts. 92 y 154].

²² BOE núm. 51, de 01/03/2023, <https://www.boe.es/eli/es/l/2023/02/28/4/con>

La referencia a los menores de edad está presente tanto en el Preámbulo como en numerosos artículos, p.ej. artículos 19, 29, 31, 32, 39, 43, 44, 51 y 70.

²³ Todas estas normas pueden consultarse en GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *Legislación de Menores...*, *op. cit.*

capacidad cada vez más temprana para realizar ciertos actos o toma de decisiones. No obstante, el propio legislador regula la capacidad de los menores para ejercer ciertos derechos, en aras a su protección. El ejemplo más reciente lo hallamos en el anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales²⁴. El artículo 2 recoge una referencia expresa a los derechos del menor, pero como puede observarse desde el comienzo de su redacción, se hace una primera mención a los menores como sujeto pasivo afirmando que las «personas menores de edad *tienen derecho a ser protegidas* eficazmente ante contenidos digitales que puedan perjudicar su desarrollo un derecho del menor». Una de las medidas recogidas en la Exposición de motivos es la conveniencia de elevar la edad de los catorce a los dieciséis años²⁵ para que los menores presten consentimiento en materia de protección de datos puesto que «la evolución, no sólo de la tecnología digital, sino también de su uso por los menores de edad, ha sido tan exponencial que puede resultar inapropiada su utilización precoz; dada la madurez que requiere el uso de determinados servicios, plataformas, sistemas y contenidos digitales». Además, justifica que elevar la edad del consentimiento del menor de los catorce a los dieciséis años iría en consonancia con el umbral de edades establecidas por la mayoría de los países de la Unión Europea, así como con el exigido en el ordenamiento jurídico nacional para los menores de edad en otras actividades o conductas.

Sin embargo, la pretendida seguridad jurídica que determina el legislador al establecer una edad para presumir la capacidad de los menores se diluye al comprobar como en las mismas leyes se admiten unas excepciones o rangos de edad por debajo de los dieciséis años, edad que aparece en mayor medida en las normas determinantes de la capacidad de los menores²⁶. Lo que no hace sino incrementar las dudas y las dificultades de aplicar en el caso concreto. Por este motivo, es necesario detenerse en observar cómo puede tratarse la cuestión

²⁴ Puede consultarse en texto en la página web del Ministerio de Presidencia: <https://www.mpr.gob.es/servicios/participacion/Documents/ANTEPROYECTO%20DE%20LEY%20ORG%C3%81NICA%20PARA%20LA%20PROTECCI%C3%93N%20DE%20LAS%20PERSONAS%20MENORES%20DE%20EDAD%20EN%20LOS%20ENTORNOS%20DIGITALES.pdf>

²⁵ Modificando el actual artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

²⁶ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, *BOE* núm. 274, de 15/11/2002, <https://www.boe.es/eli/es/l/2002/11/14/41/con>; Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, *BOE* núm. 51, de 01/03/2023, «<https://www.boe.es/eli/es/lo/2023/02/28/1/con>»; Con dieciséis años, aceptación de herencia (art. 166 CC), emancipación (arts. 241, 243, 244 CC).

jurídica de la capacidad de menor para ejercer sus derechos, para situarlo en el contexto de el ejercicio de su libertad religiosa.

2.2 La capacidad del menor para ejercer sus derechos

Como hemos apuntado, la minoría de edad es un estado civil, una situación legal temporal que determina un tratamiento jurídico específico, pero no impide que los menores 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 obligaciones.

En la doctrina civilista existe diferentes teorías sobre la interpretación y el alcance de la capacidad de obrar del menor de edad, que por la extensión de este trabajo y para ceñirnos a su objeto principal no lo vamos a referir con detalle²⁷. No obstante, interesa mencionar en síntesis dos posiciones. Una, la que considera como regla general la incapacidad del menor y, solo por excepción legal, se le reconoce capacidad para actos concretos; una segunda en la que, por el contrario, debe partirse de la capacidad general del menor y como excepción, aplicar restricciones o limitaciones determinadas por la ley. Compartimos la opinión de Cerdeira al afirmar que entre ambas interpretaciones hay que estimar la capacidad del menor como regla y su limitación como excepción. En palabras del autor: «No se trataría, por tanto, de que con cierta edad o madurez el menor pudiera realizar determinados actos o negocios jurídicos, sino de que por falta de edad o de madurez no podía hacer determinados actos o negocios jurídicos, pudiendo, en cambio, realizar todos los demás no excluidos, ni limitados»²⁸. Esto explicaría que actos jurídicos en apariencia intrascendentes y habituales en la vida diaria de los menores sean considerados válidos sin cuestionar la capacidad del menor, p. ej. la adquisición de un billete de metro o autobús o compras en una tienda de alimentación²⁹.

Esta teoría se refuerza con las cada vez más frecuentes «excepciones» previstas en el ordenamiento jurídico en las que el menor es capaz de realizar actos por sí mismo³⁰ y por las interpretaciones que los tribunales de justicia

²⁷ Sobre estas teorías puede consultarse una síntesis en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, «Capacidad e interés superior del menor: entre el *favor libertatis* y el *favor minoris*», *La Ley Derecho de familia*, núm. 40, octubre-diciembre, 2023, pp. 1-27.

²⁸ *Ibid*, p. 5.

²⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, 2.ª ed., Madrid, Dykinson, 2007, pp. 172 y ss.

³⁰ Los mayores de doce 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

realizan sobre la capacidad de los menores en el ejercicio de sus derechos. Sirva como ejemplo las Sentencias del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio de 2019 y la 92/2024, de 18 de junio de 2024.

La STC 99/2019 versa sobre una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo respecto del artículo 1 de la Ley 3/2007, reguladora de la rectificación registral del sexo de las personas. La STC declaró inconstitucional el requisito de mayoría de edad para la rectificación registral del sexo, permitiendo a menores con suficiente madurez y situación estable de transexualidad solicitar el cambio. Esta resolución se refleja en el Preámbulo de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI a fin de avalar la capacidad del menor para solicitar la modificación registral relativa al sexo³¹.

Más recientemente, el mismo Tribunal, en la Sentencia 92/2024, que resuelve recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, desestimó el recurso aludiendo en los fundamentos jurídicos a que «la cuestión nuclear que se plantea en este motivo de impugnación, [...] se refiere a si es constitucionalmente lícito que las mujeres de dieciséis y diecisiete años tengan reconocida capacidad para prestar por sí mismas su consentimiento en relación con la interrupción voluntaria del embarazo, sin necesidad de recabar el consentimiento expreso de sus representantes legales». Justifica el Tribunal, refiriéndose a otra sentencia suya, la STC 148/2023, de 6 de noviembre, que «en el ámbito sanitario, [...] el art. 9.3, letra c) de la Ley 41/2002, parte de la premisa de que la minoría de edad no implica *per se* la falta de capacidad para la prestación del consentimiento informado, ni autoriza el recurso

familia (art. 770.4 de la LEC); Con catorce años el ordenamiento jurídico les reconoce capacidad para otorgar testamento, salvo el ológrafo (arts. 663 y 688 CC) y testificar en juicio (art. 361 LEC). Finalmente, a la edad de dieciséis años los menores de edad tienen el derecho a trabajar (art. 6 Estatuto de los Trabajadores), aunque sujetos a unas medidas especiales de protección y contraer matrimonio si están emancipados (art. 46 CC y Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria).

³¹ Artículo 43: «1. Toda persona de nacionalidad española mayor de dieciséis años podrá solicitar por sí misma ante el Registro Civil la rectificación de la mención registral relativa al sexo. 2. Las personas menores de dieciséis años y mayores de catorce podrán presentar la solicitud por sí mismas, asistidas en el procedimiento por sus representantes legales. En el supuesto de desacuerdo de las personas progenitoras o representantes legales, entre sí o con la persona menor de edad, se procederá al nombramiento de un defensor judicial de conformidad con lo previsto en los artículos 235 y 236 CC. [...] 4. Las personas menores de catorce años y mayores de doce podrán solicitar la autorización judicial para la modificación de la mención registral del sexo en los términos del capítulo I bis del título II de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria».

automático al consentimiento por representación [...]». Además, afirma que «la Constitución no impone un modelo cerrado en virtud del cual deban quedar privados de toda capacidad de obrar los menores de edad. Este margen de apreciación, además, debe ser razonablemente amplio y flexible, si se tiene en cuenta que [...] el carácter gradual y progresivo de la adquisición de capacidad de discernimiento, desde la infancia hasta la mayoría de edad pasando por la adolescencia, obliga a huir en la medida de lo posible de apriorismos o de reglas generales unívocas y parece abogar por soluciones casuísticas, que permitan adaptarse a los diferentes intereses en juego en cada tipo de decisión. [...] este tribunal estima que la opción seguida por el legislador, que ha quedado plasmada en la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2023 y constituye el objeto del presente recurso de inconstitucionalidad, se desenvuelve dentro de dicho margen de configuración de que dispone el legislador y es consecuencia de una ponderación razonable y proporcionada de los intereses concurrentes». Además, el Tribunal conecta con el razonamiento análogo expresado en la STC 99/2019, FJ 9, concluyendo respecto de la capacidad de los menores de edad que «*las necesidades de protección de las mujeres menores de edad por parte de sus progenitores o representantes legales*, derivadas del mandato del art. 39.3 CE, van desapareciendo conforme se aproximan a la mayor edad, lo que se hace todavía más patente cuando se ven afectadas *decisiones personalísimas*, como lo son las relativas a la gestación y la maternidad, estrechamente ligadas a la intimidad de la mujer y que condicionan inexorablemente el desarrollo de su personalidad y su proyecto vital»³².

Al hilo de las sentencias del TC comentadas y partiendo de la fundamentación expuesta más claramente por los magistrados firmantes del voto particular de la STC 99/2019, aun siendo los menores titulares de derechos, observamos que la minoría de edad está asociada a la idea de protección de las personas que justifica las restricciones a la capacidad de obrar, considerando que ello dota de mayor seguridad jurídica, dado las dificultades que entraña la determinación de la suficiente madurez del menor en ciertos casos³³. La finalidad protectora hacia los menores se revela en ciertas limitaciones legales en su capacidad de obrar³⁴, 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,

³² Las cursivas son nuestras y todas las citas textuales corresponden al FJ 6, STC 92/2024 de 18 de junio.

³³ § 2 y § 3 del voto particular de los Magistrados Roca Trías y Montoya Melgar en la STC 99/2019, de 18 de julio de 2019.

³⁴ Esta idea también se constata en los cuatro votos particulares emitidos en la STC 92/2024.

esta finalidad protectora no puede mermar completamente el ejercicio de sus derechos por parte del menor. La base jurídica de esta afirmación la constituyen la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad³⁵, fundamentos del orden político y la paz social tal y como refleja la Constitución española (art. 10.1)³⁶.

La conexión de estos elementos con la capacidad de obrar de los menores de edad se comprende al entender la dignidad humana no como un concepto hermético, sino una característica del ser humano que se expande y autoafirma en cada sujeto cuando éste crea su proyecto vital y se propician las condiciones para que pueda desarrollarlo libremente, ejerciendo sus derechos. 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 derechos³⁷. 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 capacidad del menor para ejercer 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.

La complejidad radica en hallar el punto de equilibrio entre capacidad y protección del menor. Algún autor incluso aboga por la capacidad del menor basada en el principio de igualdad (art. 14 CE), afirmando que «la capacidad

³⁵ La STC 99/2019 refiere a que «[e]l motivo por el que se cuestiona ese inciso es que su contenido podría vulnerar los arts. 15 (derecho a la integridad física y moral), 18.1 (derecho a la intimidad personal y familiar) y 43.1 (derecho a la protección de la salud), en relación al 10.1 (dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad), todos ellos de la Constitución»; y resuelve que «el precepto legal cuestionado, en la medida que no permite a quien no reúna el requisito de mayoría de edad decidir autónomamente acerca de un aspecto esencial de su identidad, tiene una incidencia restrictiva sobre los efectos que se derivan de la cláusula de libre desarrollo de la personalidad ex art. 10.1 CE». Para un estudio detallado de esta sentencia y de otros casos relacionados en el derecho inglés y el TEDH, nos remitimos al trabajo de CELADOR ANGÓN, O., «Transexualidad, libre desarrollo de la personalidad e interés del menor. Análisis comparado de los modelos español e inglés», *Revista General de Derecho Público Comparado* 27 (2020).

³⁶ Los textos jurídicos internacionales sobre derechos humanos también refieren la conexión entre dignidad de la persona y los derechos. P. ej., el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su Preámbulo afirma que «estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana». En el ámbito regional europeo, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge en su artículo 1 que «[l]a dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida».

³⁷ ROCHA ESPÍNDOLA, Martín, «La persona del menor, su interés superior, su autonomía y el libre desarrollo de su personalidad» *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, 2015.

ha de ser igualmente plena para toda persona, incluidos los menores de edad, quienes, antes que menores, son personas»³⁸. Interpretación que debe ser matizada; y así lo hace el mismo autor, ya que «el hecho de ser menores, además de personas, no permite, sin más ni siempre, su plena igualdad con el resto de las personas. En ocasiones, por razones de su edad o de su madurez, resulta necesaria su protección, una protección mayor que para las demás personas, fundada en la propia minoría». Es entonces, cuando entra en juego el interés superior del menor, elemento que se configura como un principio, un derecho y una norma en todo procedimiento que afecte a los menores.

El interés superior del menor deviene como forma de protección en la que la posición del menor está en situación de desigualdad respecto de otras personas, es decir, aplicando el principio de equidad que se manifiesta en tratar a los iguales de la misma forma y a los desiguales atendiendo a su desigualdad.

2.3 El interés superior del menor: clave de bóveda

El «interés superior del menor»³⁹ se manifiesta en tres conceptos: es un principio, un derecho y una norma de procedimiento que se articulan con la finalidad de proteger al menor, por parte de la administración, los tribunales y todas aquellas personas que deban decidir sobre algún aspecto que vaya a afectar a un menor, incluidos sus padres. Se suele definir como un «concepto jurídico indeterminado» y, justamente, debe ser «indeterminado» ya que su concreción debe responder a cada caso particular. 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, puesto que, en esencia, sería contradictorio con la finalidad del principio. Sin embargo, es cierto que la imprecisión del contenido puede causar cierta inseguridad jurídica.

³⁸ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, *op. cit.*, pp. 5-6.

³⁹ 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»; Artículo 2.1 de la LOPJM: «Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. 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». Una de las obras de referencia sobre la materia es RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, *op. cit.*

ca, dejando un margen muy amplio de apreciación, e incluso arbitrariedad a las personas y órganos encargados de su determinación, que podrían conducir a decisiones no muy respetuosas con los propios derechos del menor y el espíritu mismo de la CDN. Por ello, es necesario establecer unas líneas interpretativas, que, sin menoscabar los derechos de los menores, doten de seguridad jurídica su ejercicio⁴⁰. 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 menor⁴¹.

Con el objetivo de clarificar y dar una serie de pautas para determinar el interés superior del menor en cada caso, el Comité de los Derechos del Niño (ONU), dictó la Observación General núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial⁴². Este documento del Comité ha inspirado reformas legislativas para aclarar este concepto, como la realizada en 2015 sobre la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁴³. En consecuencia, podemos definir el interés superior del menor como un derecho sustantivo que puede invocarse ante los procedimientos y es 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

⁴⁰ CILLERO BRUÑOL, Miguel, «El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño», *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 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.

⁴¹ Pocos meses después de aprobarse la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 17 de septiembre de 1996 afirmaba 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 [...]».

⁴² Aprobada por el Comité en su 62.º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013).

⁴³ Se modifica el artículo 2 de la LOPJM de 1996 por la disposición final 8.1 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia y por el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

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».

Acomodar esta teoría a cada caso concreto se muestra con frecuencia muy complicado. La reforma operada en 2015 y 2021 en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor ha establecido unos criterios generales que ayudan a determinar el interés del menor y que podemos resumirlos en los siguientes puntos; 1. La opinión del niño, el derecho a ser escuchado; 2. La identidad del niño; omo elemento de identidad encontramos su religión y creencias; 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, entendiendo 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. Estos criterios serán esenciales en el contexto del menor como sujeto del derecho de libertad religiosa y en observar cómo se aplican en la jurisprudencia que pasaremos a continuación a comentar.

3. LIBERTAD RELIGIOSA E INTERÉS DEL MENOR

3.1 **La libertad religiosa del menor: especial referencia al contexto familiar**

Una vez realizada una aproximación general a estatuto jurídico del menor, es incuestionable que los menores de edad son titulares del derecho de libertad religiosa. Así se expresaba el Tribunal Constitucional en la Sentencia 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5, al afirmar que «desde la perspectiva del artículo 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar».

El derecho de libertad religiosa regulado en el artículo 16 de la CE y desarrollado en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (LOLR) de 1980 está presente en los textos jurídicos internacionales sobre derechos humanos⁴⁴. Se trata de un derecho subjetivo, inalienable y que se fundamenta esencialmente en la dignidad humana⁴⁵. En consecuencia, las normas que lo regulan se aplican igualmente a los menores, aunque existe regulación específica en el ámbito de los derechos del menor. El documento de mayor relevancia internacional lo constituye la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que en el artículo 14 se refiere al derecho de libertad religiosa del menor y al derecho-deber de los padres a guiarles en el ejercicio de este derecho conforme a sus facultades⁴⁶. En similares términos se expresa el Derecho interno español en el artículo 6 de la Ley de Protección Jurídica del Menor afirmando que «[e]l menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión» y que «los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral». Estas disposiciones manifiestan una clara conexión con el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus

⁴⁴ Nos referimos aquí a documentos internacionales, puesto que los correspondientes al derecho interno español serán tratados con más detalle en el texto principal. En el ámbito Internacional hallamos el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948 (DUDH); el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), firmado el 19 de diciembre de 1966.; el artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PISDEC), de 19 de diciembre de 1966; Observación General número 22 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; el artículo 2 de la 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. En el ámbito regional europeo, cabe citar el artículo 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, el artículo 2 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos (PA del CEDH) y el artículo 10 de la 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.

⁴⁵ GONZÁLEZ DEL VALLE, José María, RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel, *Derecho Eclesiástico español*, 5.ª ed., Civitas, Madrid, 2002, p. 238.

⁴⁶ CDN, artículo 14: «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. [...]»; La Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992 refiere que «[t]odo niño tiene derecho a la libertad de conciencia, de pensamiento y de religión, sin perjuicio de las responsabilidades que las legislaciones nacionales reservan a estos ámbitos a los padres o personas encargadas de los mismos».

propias convicciones, y que tiene su reflejo normativo en el ámbito del derecho a la educación, particularmente el artículo 27.3 de la CE⁴⁷.

En general, el contexto familiar es el ámbito primario de contacto social en el que se hallan los niños. La adquisición de un sistema de creencias proviene en primera instancia de los padres, en el seno de la familia. Educar es connatural en la relación paternofilial, se trata de un derecho-deber de los padres respecto de sus hijos y, hacerlo en una fe determinada o sin componente religioso, corresponde al ejercicio de las funciones atribuidas a la patria potestad⁴⁸. Está dentro de la lógica que los padres educan a sus hijos de acuerdo con lo que consideran mejor para ellos y eso implica hacerlo también en el marco de sus creencias y valores. Esta actuación natural, tiene su refrendo en el ordenamiento jurídico a través de la regulación de las relaciones paterno-filiales que se configura como un conjunto de derechos y deberes en relación con los hijos⁴⁹, algunos de ellos de carácter fundamental, entre los que están el derecho a la educación y la libertad de enseñanza y la libertad religiosa y de creencias, en aras a su protección y cuidado y en beneficio de ellos⁵⁰.

3.2 Confluencia del derecho a la libertad religiosa del menor y el de sus progenitores

A los derechos-deberes que corresponden a los padres en el ejercicio de la patria potestad, se suma el de los padres, como sujetos del derecho de libertad religiosa a título personal, que comprende, según la LOLR, poder elegir para sus hijos «dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que

⁴⁷ Artículo 27.3 CE: «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». En el ámbito regional europeo cabe citar el artículo 2 del Protocolo Adicional del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que se expresa en los siguientes términos: «El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas».

⁴⁸ FERRER ORTIZ, Javier, «Los derechos educativos de los padres en una sociedad plural», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 10, 2006, pp. 1-25; RUANO ESPINA, Lourdes, «El derecho a elegir, en el ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con las propias convicciones, en el marco de la LOLR», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 19, 2009, pp. 1-51.

⁴⁹ Título VII «De las relaciones paterno-filiales», artículos 154 y ss.CC.

⁵⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 1165/1996, de 31 de diciembre, F.J. 4: «La patria potestad (...) más que un poder actualmente se configura como una función establecida en beneficio de los menores, ejercida normalmente por ambos progenitores conjuntamente, y cuyo contenido está formado más por deberes que por derechos. (...) Deberá ejercerse siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, por lo que es rechazable todo ejercicio que entrañe beneficio exclusivo, o cuando en su ejercicio se prescinda de la propia personalidad del menor».

esté de acuerdo con sus propias convicciones», lo cual puede considerarse que el ejercicio de la libertad religiosa de los padres incluye el «proselitismo»⁵¹ o educación en la fe de sus hijos⁵². Este aspecto se reconoce en la STC 141/2000 a la que nos hemos referido anteriormente, que resuelve un recurso de amparo relativo a una determinación de régimen de visitas para un padre con creencias religiosas consideradas por la madre «peligrosas» para la hija. El Tribunal afirma que «[l]a libertad de creencias, sea cual sea su naturaleza, religiosa o secular, representa el reconocimiento de un ámbito de actuación constitucionalmente inmune a la coacción estatal garantizado por el artículo 16 CE [...]. Ampara, pues, un *agere licere* consistente, por lo que ahora importa, en profesar las creencias que se desee y conducirse de acuerdo con ellas, así como mantenerlas frente a terceros y *poder hacer proselitismo de las mismas*»⁵³.

En segundo lugar, nos situamos ante el derecho de libertad religiosa de los hijos, del que, como sabemos, la dificultad estriba en determinar cuándo un menor tiene capacidad para ejercerlo. Nuestro ordenamiento jurídico opta por atender a la madurez del menor. Esta cuestión es un elemento clave en la toma de decisiones que se realiza por los padres en la educación religiosa, ya que habrá que conjugar el derecho de libertad religiosa de los padres y sus funciones derivadas de la patria potestad con el derecho del hijo y en caso de divergencias, atender al grado de madurez del menor que le capacite para ejercer su derecho⁵⁴. En definitiva, la conclusión que se obtiene en un análisis aséptico de las normas es que, cuanto más maduro es el hijo, menos guía o «intervención» o más límites a los derechos de los padres. En este sentido, el artículo 154 C.C. matiza que la patria potestad, «como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental». Por lo que el ejercicio de las funciones parentales en cuanto afecte a los derechos de los hijos (en particular, la libertad religiosa, que es lo que nos ocupa) se realiza no en «representación» o «sustitución» de los hijos, sino a modo de guía u orientación obrando en su mejor interés⁵⁵.

⁵¹ Sobre el concepto de «proselitismo» vid. CIÁURRIZ LABIANO, María José (2001), *El derecho de proselitismo en el marco de la libertad religiosa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002; BUENO SALINAS, Santiago y GUTIÉRREZ DEL MORAL, María Jesús, *Proselitismo religioso y derecho*, Comares, Granada, 2002.

⁵² MARTÍ-SÁNCHEZ, José María, «Educación, proselitismo y adoctrinamiento. Perfil y repercusiones jurídicas», Documentos de Trabajo. *Seminario Permanente de Ciencias Sociales*, 14, p. 9.

⁵³ FJ 4. La cursiva en el texto es nuestra.

⁵⁴ MESA TORRES, María del Pilar, «La libertad religiosa del menor y el ejercicio de la patria potestad», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 53, 2020.

⁵⁵ Artículo 162 C.C.: «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

Finalmente, debemos encajar a todo lo anterior el derecho constitucional de los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (27.3 CE). Una interpretación de este artículo coherente con las funciones de la patria potestad y respetuosa con el derecho de libertad religiosa del menor es la de considerarlo un derecho de garantía frente al Estado para preservar o asegurar los derechos educativos de sus hijos y el ejercicio de sus responsabilidades parentales. Los padres con base en la patria potestad son los responsables y primeros garantes de la educación de sus hijos. En definitiva, el artículo 27.3. CE supone el derecho de los padres de elegir centro educativo, la enseñanza religiosa y una protección frente a las injerencias o adoctrinamiento por parte del Estado⁵⁶.

En este proceso «natural», en el que los padres educan a sus hijos conforme a sus convicciones y éstos a medida que adquieren madurez las mantienen u optan por otras creencias, pueden surgir disensiones bien entre los padres y el menor o, lo más habitual, entre los propios padres, sobre todo en los casos en los que existe ruptura previa del vínculo conyugal⁵⁷. Es entonces cuando el Derecho articula la resolución del conflicto a través de los Tribunales⁵⁸.

De esta manera, el elemento religioso constituye uno de los aspectos relevantes en el contexto de las disputas judiciales familiares. Este componente adquiere una relevancia particular en sociedades como la nuestra, donde se observa un notable incremento en la diversidad de creencias y prácticas religiosas. Generalmente, la mayoría de los desacuerdos se producen en lo relativo a la guarda y custodia, y a diversas cuestiones en lo que respecta a la educación: elección de centro educativo, educación religiosa, actos religiosos (bautismo,

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. [...]». En este sentido, es muy significativo el Auto 19/2020, de la Sala de lo Civil, de 15 de enero de 2020 de la Audiencia Provincial de Córdoba, cuando afirme que la cuestión no es «determinar si los padres en el ejercicio de su libertad religiosa tienen derecho a instruir a la misma en sus creencias o convicciones al respecto, sino si la menor ha alcanzado la madurez necesaria para decidir, por sí misma, si acepta o no acompañar a su padre a reuniones y asambleas de carácter religioso», FJ 4. Sobre la confluencia de derechos de padres e hijos, *vid.* MOSCHELLA, Melissa, *¿To whom do children belong?: Parental rights, civic education, and children's autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

⁵⁶ RUANO ESPINA, Lourdes, «El derecho a elegir, en el ámbito escolar...» *op. cit.* p. 41. Esta línea interpretativa ya se muestra desde los primeros años de jurisprudencia constitucional en la STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 9.

⁵⁷ GARCÍA VILARDELL, María Rosa, «La libertad de creencias del menor y las potestades educativas paternas: la cuestión del derecho de los padres a la formación religiosa y moral de sus hijos», *Revista Española de Derecho Canónico*, 66, 2009, p. 64.

⁵⁸ Artículo 156 CC; ROCA FERNÁNDEZ, María José, «Conflicto entre normas civiles y canónicas en relación con la patria potestad», *Anuario de Derecho Civil*, 68, 1, 2015, pp. 69-77.

catequesis, comunión, liturgia...). Por lo tanto, no es sorprendente que la religión y las creencias sea un elemento presente en la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Europeo de Derecho Humanos relacionada con los derechos fundamentales de los miembros de la familia. Buena muestra de ello son algunos de los casos más recientes y particularmente significativos que comentaremos a continuación.

3.3 La jurisprudencia del TEDH y TC español sobre menores de edad y libertad religiosa

Han transcurrido casi cincuenta años desde que el TEDH se pronunció en uno de los casos más emblemáticos sobre libertad religiosa y de creencias en el contexto familiar y educativo. Nos referimos al caso *Kjeldsen, Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, de 1976. Sin embargo, este supuesto no mostraba conflictividad entre derechos de los padres y los hijos, sino que se circunscribía a la objeción de conciencia de las familias a que sus hijos recibiesen educación sexual dentro de los contenidos docentes y a la prohibición del adoctrinamiento por parte del Estado a través de la enseñanza reglada⁵⁹.

Ciertamente, las cuestiones más arduas y frecuentes surgen en las crisis familiares, principalmente en lo que atañe a las medidas relativas a derechos de visitas o guarda y custodia y divergencias en cuanto a la educación de los hijos. Estas dificultades están generadas por varios factores, entre los cuales figura la complejidad para determinar el interés del menor en el contexto de las relaciones familiares donde todos son titulares del derecho de libertad religiosa. Otro factor especialmente delicado es la valoración de la capacidad del menor y enlazarlo con el derecho a ser escuchado. La conjunción de estos elementos es lo que, en nuestra opinión, explican que los tribunales, en particular el TEDH y también el TC como comentaremos a continuación, no entren en el fondo del asunto en muchos de los casos, estimando o denegando la pretensión por mo-

⁵⁹ Sobre este caso, MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier «El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. II, 1986, pp. 484-489. Un trabajo sobre la temática *vid.* GARCÍA-ANTÓN PALACIOS, Elena, *La educación sexual en el sistema educativo público: conflictos en el Derecho comparado y el ordenamiento jurídico español*, J. M. Bosch, Barcelona, 2020. Igualmente interesante son los casos de solicitud de exención de otras materias o actividades escolares, como las clases de natación, que resolvió en TEDH en el caso *Osmanoğlu y Kocabaş contra Suiza*, de 10 de enero de 2017. Sobre este caso particular *vid.* PALOMINO LOZANO, Rafael, «Acomodación y exención por motivos religiosos en el ámbito escolar: A propósito de una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Derecho y Religión*, 13, 2018, pp. 197-213.

tivos de procedimiento o, en otras ocasiones, fundamentando el fallo en la vulneración del derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) sin entrar a considerar el derecho de libertad religiosa de los implicados, suponiendo que sea la propia parte demandante la que lo haya alegado, que, a veces, incluso es obviado.

Recordemos el caso *Hoffmann c. Austria*, de 25 de junio de 1993, en el que el Tribunal de Estrasburgo resolvió a favor de una madre Testigo de Jehová considerando que se había vulnerado el derecho a la vida privada y familiar por parte de los tribunales austriacos al retirarle la custodia de los hijos en favor del padre, tomando como base el perjuicio que se causaba a los menores por frecuentar el grupo religioso de la madre y el posible riesgo para su vida ante la negativa de recibir una transfusión de sangre. El Tribunal no consideró que la medida impuesta por los tribunales austriacos fuese proporcional al fin perseguido. El caso *Hoffmann* se resolvió con un ajustado número de votos (cinco contra cuatro), lo que muestra el grado de complejidad en resolver por vía judicial las discrepancias de los padres sobre que atañen a la cuestión religiosa, en la medida en que implica a los menores y sus derechos⁶⁰. En España, un caso similar fue resuelto por el TC en la sentencia 141/2000, de 29 de mayo, la cual alude en repetidas ocasiones en su fundamentación jurídica a este caso.

Posteriormente al caso *Hoffman* y su correlato en la jurisprudencia española en la STC 141/2000, los tribunales han tenido ocasión de resolver sobre la materia⁶¹. Sin embargo, hemos optado por comentar más detenidamente la reciente casuística del TEDH y del TC español, con el objetivo de constatar nuevos enfoques o consideraciones sobre el menor como sujeto activo de su derecho de libertad religiosa, en lo que respecta a la capacidad para ejercer su derecho, así como el contenido y criterios determinantes del interés superior del menor en relación con el derecho de libertad religiosa.

Los casos a los que vamos a referirnos se circunscriben al ámbito familiar, englobándose principalmente en dos grupos: uno, en los que el conflicto surge a raíz en el contexto de crisis familiares por el desacuerdo de los padres en la toma de decisiones con respecto de los hijos o cuando el factor religioso pone en cuestión el régimen de visitas o la custodia de los hijos menores. El otro, cuando el conflicto se plantea por los padres frente a la Administración en los casos en los que el menor está en régimen de acogida o en proceso de adopción,

⁶⁰ MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, «La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. IX, 1993, pp. 81 y ss.

⁶¹ VALERO ESTARELLAS, María José, *Neutralidad del Estado y autonomía religiosa en la Jurisprudencia de Estrasburgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

por no considerar que se respeta la identidad religiosa del menor y la de su familia de origen⁶².

3.3.1 *Cuando el factor religioso cuestiona el régimen de guarda y custodia y las visitas: casos T.C. c. Italia (2022), Cupial c. Polonia (2023) y Vlasenko c. Ucrania (2023)*

Siguiendo la estela del caso *Hoffman*, el 19 de mayo de 2022 el TEDH resolvió el caso *T.C. c. Italia* en el que el demandante, Testigo de Jehová, fue objeto de una orden judicial que le impedía involucrar activamente a su hija en sus prácticas religiosas. La demanda alegaba vulneración de los artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), 9 (libertad de pensamiento, conciencia y religión) y 14 (prohibición de discriminación) del Convenio.

Los hechos parten del procedimiento judicial iniciado por la madre para modificar el régimen de custodia y visitas, debido a desacuerdos sobre la participación de la hija en actividades religiosas de los Testigos de Jehová, confesión religiosa que comenzó a profesar el padre tras la ruptura. Los tribunales italianos concluyeron que la participación activa de la hija en las prácticas religiosas de los Testigos de Jehová generaba confusión y tensión, afectando negativamente su bienestar. En consecuencia, se ordenó al padre de abstenerse de involucrar a su hija en dichas actividades religiosas. Los tribunales italianos desestimaron los recursos del padre, confirmando la prohibición. No obstante, se matizó que aunque el padre no pudiese hacer partícipe activa a la hija en sus prácticas religiosas, podía transmitirle sus creencias. El TEDH declara, por cinco votos contra dos, que no ha habido violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 de la Convención. Fundamenta el fallo, principalmente, en la protección del interés superior de la menor y en la necesidad de asegurar un entorno estable y coherente para su desarrollo, basándose en pruebas periciales, afirmando que no se limita el derecho a seguir relacionándose con la hija, sino

⁶² Otro nutrido número de sentencias en el contexto familiar es el relativo a las decisiones que afectan a la salud de los hijos, a los que no nos referiremos en este trabajo. Recientemente, el TEDH resolvió sobre conflictos relativos a la vacunación de los hijos contra el covid-19, como el caso *Vavříčka y otros c. la República Checa*, de 8 de abril de 2021, que ha sido comentado en MESEGUER VELASCO, Silvia, «Objeción de conciencia a la vacunación de los menores de edad en la jurisprudencia de Estrasburgo», *JUS- ONLINE 1/2022, Rivista Di Scienze Giuridiche*, pp. 100-132. Algunos trabajos que han tratado el tema son MORENO ANTÓN, María, «La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 15, 2011, pp. 95-123; MORENO SOLER, Víctor, «La evolución de la libertad religiosa del menor de edad...», *op. cit.* y DÍAZ MUÑOZ, Óscar, «La objeción de conciencia del menor en los tratamientos médicos», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 56, 2003, pp. 859-887.

que se restringe su asistencia a actos religiosos de la religión del padre en aras a su protección.

El primer elemento destacable es que el Tribunal de Estrasburgo admite la demanda solo en lo que concierne a la vulneración de los artículos 14 (no discriminación) y 8 (vida privada y familiar), rechazando entrar a dilucidar si ha habido vulneración del artículo 9 (libertad de pensamiento, conciencia y religión), que, en nuestra opinión, es el *quid* del asunto, ya que precisamente es la cuestión religiosa lo que fundamenta la restricción o «injerencia» en la relación del padre con la hija. Este fallo muestra la complejidad de equilibrar los derechos parentales con la protección de los menores, un desafío recurrente en la jurisprudencia del TEDH. El Tribunal pierde una magnífica ocasión de entrar en el fondo del asunto a fin de determinar una interpretación jurisprudencial del artículo 9, en la que aclare como debe conjugarse el derecho de los padres a su libertad religiosa, así como sus derechos y deberes paterno-filiales con el también derecho del menor a la libertad religiosa. Esta apreciación se constata en el voto concurrente del juez Sabato que, aun estando a favor del fallo, considera que el caso debería haberse resuelto también a la luz del artículo 9 del Convenio. Estima que partiendo de que los hijos tienen su propio derecho de libertad religiosa (art. 14 de la CDN) y el acuerdo de los padres en las opciones religiosas relativas a sus hijos, se debería haber aprovechado la interpretación aceptada en los tribunales del principio de continuidad o *statu quo* cuando se trata de padres que no están de acuerdo sobre las nuevas opciones religiosas tomadas por uno de ellos, que desea involucrar a los hijos en la misma elección.

Un año después, el Tribunal de Estrasburgo tuvo nuevamente la oportunidad de pronunciarse en un caso en lo que se introdujo un elemento que no se había planteado en casos anteriores, ya que además de surgir en el contexto de una crisis familiar entra en juego una condena penal. Se trata del caso *Cupial c. Polonia* de 9 de marzo de 2023. El asunto es resuelto por el Tribunal atendiendo a la denuncia del demandante sobre la vulneración de su derecho a un juicio justo (art. 6 del Convenio) a causa de su condena penal por el maltrato psicológico de sus hijos mediante el sometimiento a prácticas religiosas excesivas. Los hechos arrancan tras el divorcio de los padres, ambos de fuertes convicciones religiosas católicas, cuando la madre denuncia al padre por abuso psicológico de los hijos mediante una educación religiosa estricta. El demandante también se quejó de que su condena por maltratar psicológicamente a sus hijos por haberlos sometido a prácticas religiosas supuestamente excesivas constituía una violación separada de los artículos 8, 9 y 14 del Convenio y también, en esencia, del artículo 2 del Protocolo núm. 1 del Convenio.

Los tribunales polacos llegaron a la conclusión de que los actos cometidos por la demandante habían constituido maltrato psicológico y habían cumplido los requisitos de la definición legal de violencia doméstica. El TEDH en su fallo estima la pretensión del demandante y declara la vulneración de artículo 6 del Convenio al considerar que la condena penal del padre se produjo porque los tribunales nacionales cometieron errores de procedimiento al no evaluar argumentos específicos e importantes del demandante y, por lo tanto, no cumplieron con uno de los requisitos de un juicio justo, es decir, proporcionar una motivación adecuada para sus decisiones⁶³.

Lamentablemente, el Tribunal de Estrasburgo, con esta decisión por unanimidad, cierra la puerta a entrar en lo que consideramos una parte esencial del caso⁶⁴ y que es alegado por el padre: si los métodos educativos basados en una aplicación estricta de una religión pueden considerarse una actuación en el marco de la patria potestad y la libertad religiosa del padre y como conjugarlo con la propia libertad religiosa de los hijos, ya que podría justificar una limitación de los derechos del padre con base en el interés superior del menor. La interpretación jurisprudencial no termina de producirse por el TEDH a pesar de que el informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la libertad de religión o de creencias de 5 de agosto de 2015 (A/70/286) allanó el camino para justificar un pronunciamiento claro y comprometido en los casos que llegan al Tribunal. El Relator indicó que «*Los derechos de los niños y los derechos de los padres en la esfera de la libertad de religión o de creencias*, aunque en la práctica no siempre están en consonancia, en general deben interpretarse en el sentido de que *están positivamente interrelacionados*. Abarcan diversas esferas de la vida, desde la iniciación religiosa del niño en la familia y su participación en la vida religiosa de la comunidad hasta la instrucción religiosa impartida en el contexto de la educación escolar. *Si bien a veces puede ser necesaria la intervención del Estado, por ejemplo, para proteger al niño del abandono, la violencia doméstica o las prácticas nocivas, la injerencia injustificada del Estado en los derechos de los padres en la esfera de la libertad de religión o de creencias equivaldrá en muchos casos simultáneamente a violaciones de los derechos del niño*»⁶⁵. Curiosamente, este documento es recogido por el TEDH en el marco jurídico aplicable al caso *Cupial*⁶⁶, pero al no considerar necesario entrar en analizar la violación del artículo 8 y 9 del Convenio, queda sin comentario en la parte de la fundamentación jurídica del Tribunal.

⁶³ § 66 de la Sentencia.

⁶⁴ § 68 de la Sentencia.

⁶⁵ § 76 de Informe. La cursiva en el texto es nuestra.

⁶⁶ § 35 de la Sentencia.

Finalmente, unos meses después del caso *Cupial*, el Tribunal tuvo ocasión de resolver sobre un nuevo caso similar a los anteriores. No llegó a resolver el fondo, puesto que se solventó en la fase previa, emitiendo una decisión de inadmisibilidad de la demanda. No obstante, consideramos relevante referirnos a la Decisión de inadmisibilidad del caso *Vlasenko contra Ucrania* de 28 de septiembre de 2023, puesto que el Tribunal toma en consideración los argumentos de las sentencias de los tribunales nacionales que pueden resultar clarificadores de una posición del Tribunal de Estrasburgo por lo que respecta a un aspecto concreto y que hemos abordado en este trabajo: la determinación del interés del menor y la incidencia del derecho del menor a ser escuchado.

En 2016, el Tribunal nacional dictaminó que los hijos menores de la demandante debían residir con su padre, basándose en informes psicológicos que indicaban signos de negligencia pedagógica y tensión en los niños. La demandante argumentó que las decisiones judiciales fueron arbitrarias y discriminatorias debido a su religión, ya que después de su conversión religiosa en 2014, comenzó a llevar a los niños a un lugar de culto diariamente. El padre de los niños alegó que la demandante, tras su conversión religiosa, había empezado a obstruir su comunicación con los hijos e imponer prácticas religiosas a los niños sin su consentimiento. Los tribunales nacionales, confirmaron la decisión basándose en que la residencia con el padre era en el mejor interés de los niños, considerando la necesidad de su desarrollo integral (moral, espiritual, cultural, físico y psicológico). Se determinó que la influencia religiosa de la demandante estaba limitando el desarrollo social y extracurricular de los niños, además de obstruir la participación del padre en su educación y cuidado. El TEDH concluyó que no había indicios de discriminación religiosa en las decisiones de los tribunales nacionales, ya que se basaron en un análisis detallado y exhaustivo de las circunstancias familiares, priorizando el interés superior del menor y asegurando que la decisión fuera equilibrada y razonable. Se reconoció que, aunque los niños expresaron su deseo de vivir con la madre, el Tribunal evaluó que su mejor interés se encontraba en vivir con el padre debido a las preocupaciones sobre su desarrollo integral. Además, el Tribunal realiza una interesante apreciación del derecho del menor a ser escuchado en relación con la determinación del interés superior del menor. Afirma que en la medida en que el tribunal de apelación no cumplió los deseos expresados por los niños de continuar residiendo con el solicitante, el Tribunal reitera que, si bien los niños tienen derecho a ser consultados y oídos sobre los asuntos que les afectan, sus opiniones no son necesariamente decisivas, y sus objeciones, a las que se debe dar la debida importancia, no son necesariamente suficientes para anular los intereses de los padres. El derecho de un niño a expresar sus propias opiniones no debe

interpretarse en el sentido de que otorga efectivamente a los niños un derecho de veto incondicional, sin que se tengan en cuenta otros factores ni se lleve a cabo un examen para determinar su interés superior⁶⁷. De esta forma, el Tribunal no tiene motivos para dudar de que la decisión de determinar el lugar de residencia de los niños redundó en el interés superior de los niños, además de señalar que las resoluciones judiciales dictadas por los tribunales nacionales no suprimieron la relación de la demandante con sus hijos, ya que no limitaron su derecho de visita ni su patria potestad. Por lo que no admite ningún fundamento para admitir la demanda por violación del artículo 8 de la Convención.

3.3.2 Acogida y adopción: la identidad religiosa del menor. Los casos Abdi Ibrahim c. Noruega (2021), Loste c. Francia (2022) y Kilic c. Austria (2023)

Otro bloque interesante de resoluciones del TEDH pronunciadas en los últimos años es el relativo a las medidas administrativas y judiciales que determinan la acogida de menores, cuando las familias biológicas no pueden hacerse cargo de sus hijos y sobre la adopción. Si en los casos anteriores, citábamos como referente el caso *Hoffman*, en estos supuestos el referente es el caso *Strand Lobben y otros c. Noruega*, de 10 de septiembre de 2019, sobre una retirada de la custodia de una niña a su madre y la acogida y posterior adopción de la menor por una familia. En este caso el TEDH resolvió que las autoridades habían actuado conforme al interés superior del menor y no procedía declarar la vulneración del artículo 8 del Convenio⁶⁸.

Contrariamente a esta resolución, la Gran Sala del TEDH resolvió el 10 de diciembre de 2021 el caso *Abdi Ibrahim c. Noruega*, cuyos hechos producen un resultado dramático, en cuanto que se constata por el Tribunal que la acción de las autoridades llevó a desvincular totalmente a un hijo de su madre biológica⁶⁹. La demandante, una mujer somalí, alegó la violación de los artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y 9 (libertad de pensamiento, conciencia y religión) del Convenio ya que, en el proceso de privación de la custodia de su

⁶⁷ § 11 de la Decisión de inadmisibilidad.

⁶⁸ Un trabajo que analiza con detalle esta sentencia y *Abdi Ibrahim c. Noruega*, así como los casos *Haddad y Omrefe c. España* es ELÓSEGUI ITXASO, María, «La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el acogimiento familiar y el derecho a mantener el vínculo familiar con los padres biológicos: Los casos noruegos y dos casos españoles», *Cuaderno de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 2, 2022, pp. 375-406.

⁶⁹ Los hechos y la argumentación del Tribunal presentan similitudes con el caso *Omrefe c. España*, de 23 de junio de 2020.

hijo, había sido acogido en una familia con creencias religiosas distintas a las suyas culminando en una adopción, considerando que las autoridades habían propiciado la ruptura de la relación con su hijo. Es destacable que los hechos adquieren mayor relevancia puesto que la demandante en el momento de la retirada de la custodia de su hijo también era menor de edad (diecisiete años).

La demandante procuró que su hijo quedase a cuidado de una familia somalí, incluso facilitando el contacto de una persona a tal efecto, aunque no se consideró que reuniera los requisitos para hacerse cargo del menor⁷⁰. Por lo que la Administración, aunque en el ordenamiento jurídico noruego se establece que se deben tener debidamente en cuenta los antecedentes étnicos, religiosos, culturales y lingüísticos del niño al elegir un lugar de acogida, consideró que, en este caso, el interés superior del menor era procurar su bienestar en un entorno estable, máxime atendiendo a las necesidades educativas especiales del niño, por lo que se vio adecuado ponerlo al cuidado de una familia cristiana noruega. Con el transcurso del tiempo la madre tiene conocimiento de que su hijo está siendo educado en la fe de los acogedores a lo que se opone. Sin embargo, los servicios de Infancia le comunican que es el mejor interés del menor seguir la misma vida cotidiana que la familia de acogida, incluyendo ir a la Iglesia, con la salvedad de que no tendrán derecho a inscribirlo como miembro de ninguna confesión sin el consentimiento de la madre o cuando el menor tenga quince años ejerza libremente ese derecho, atendiendo a la ley noruega⁷¹. Los tribunales nacionales siguieron el criterio de la Administración.

La decisión de la Gran Sala del TEDH basó su resolución a analizar si se vulneró el artículo 8 del Convenio, rechazando, una vez más, analizar lo correspondiente con la libertad religiosa del artículo 9, que no lo consideró necesario, confirmando la anterior de la Sala. Sin embargo, sí expresa que la elección de la familia de acogida, que no reunía los requisitos para que se respetase su deseo de que el hijo fuese educado de en su fe musulmana o al menos que se garantizase la neutralidad religiosa, puede examinarse como parte integrante de su reclamación relativa a su derecho al respeto de su vida familiar, garantizado por el artículo 8 del Convenio interpretado a la luz del artículo 9, y no como una cuestión de derechos separados. Efectivamente, el Tribunal decide una vez más, no entrar a fondo en el derecho de libertad religiosa en el contexto familiar.

La mayor parte del razonamiento jurídico se supedita a considerar el interés superior del menor y buscar una solución equilibrada con los intereses de

⁷⁰ § 18-20 de la Sentencia.

⁷¹ § 31 de la Sentencia.

las otras partes. El asunto clave es que la adopción tendría como consecuencia la pérdida para la demandante de cualquier derecho a contacto futuro con su hijo. De hecho, la madre pretendía que se continuase con el acogimiento familiar, en lugar de realizar la adopción, ya que ésta supondría la conversión religiosa de su hijo. El Tribunal considera que en todo el proceso de acogida y al autorizar la adopción, las autoridades nacionales no actuaron respetando el derecho de la demandante al respeto de la vida familiar y, en particular, el interés recíproco de la madre y del hijo en mantener sus vínculos familiares y sus relaciones personales y, por tanto, la posibilidad de que mantuvieran el contacto. Además, considera que los motivos invocados en apoyo de la adopción no eran suficientes para demostrar que las circunstancias del caso fueran tan excepcionales como para justificar una ruptura completa y definitiva de los vínculos madre-hijo, con una interpretación del interés superior del menor por parte de las autoridades falta de argumentación sólida. En definitiva, podemos interpretar que la conclusión del Tribunal estimando la violación del artículo 8 (interpretado a la luz del artículo 9), enfatiza la necesidad de respetar el contexto cultural y religioso en los procesos de protección del menor.

El 3 de noviembre de 2022 el Tribunal resolvió el caso *Loste c. Francia*, un complejo asunto en el que la demandante, ya mayor de edad, refiere hechos sucedidos durante su periodo de acogida y que sí se pronuncia sobre la vulneración del artículo 9 del Convenio. La demandante fue colocada bajo la tutela de las autoridades francesas y acogida por una familia Testigos de Jehová. Durante su estancia, sufrió abusos sexuales por parte del hombre y fue adoctrinada en la fe de los Testigos de Jehová, a pesar de ser originaria de una familia musulmana. La demandante alega violación de los artículos 3 (Prohibición de tratos inhumanos o degradantes), 9 (Libertad de pensamiento, conciencia y religión) y 13 (Derecho a un recurso efectivo).

La resolución del TEDH es contundente y determina que el Estado francés infringió los artículos 3, 9 y 13 del Convenio. Estamos ante uno de los poco frecuentes casos en los que el Tribunal entra a valorar y admite la vulneración del artículo 9. Ciertamente, la gravedad de los hechos concomitantes quizás empequeñece la importancia de este pronunciamiento sobre la cuestión religiosa. Sin ánimo de profundizar sobre el caso, sí aludiremos brevemente a que el Tribunal resuelve que las autoridades francesas no cumplieron con su obligación positiva de proteger a la menor durante doce años contra los abusos sexuales cometidos por el acogedor, lo cual constituye un trato inhumano y degradante (art. 3). Igualmente, se determinó que el sistema judicial francés no proporcionó un recurso efectivo debido al excesivo formalismo en la aplicación de las reglas de prescripción, impidiendo a la demandante perseguir la respon-

sabilidad de las autoridades nacionales (artículo 13). La responsabilidad de las autoridades también fue exigida por la demandante en relación con el artículo 9, en el sentido de que el Estado no implementó las medidas necesarias para garantizar que la familia de acogida respetara la neutralidad religiosa en cuanto a la identidad religiosa de la menor.

Y a pesar de que el Gobierno cuestionó la realidad de las creencias religiosas de la demandante cuando llegó a una familia de acogida debido a su corta edad, el Tribunal considera que, aun cuando la identidad religiosa de la demandante se basara únicamente en el hecho de que procedía de una familia musulmana y que sus convicciones religiosas personales no fueron afirmadas al comienzo de su acogimiento, fue expuesta al proselitismo de los acogedores vulnerando los términos de la cláusula de neutralidad religiosa que formaba parte integrante de las condiciones de su acogimiento⁷². Además, las autoridades nacionales no aplicaron las medidas necesarias, que les incumbían a la vista de las condiciones del acogimiento, para garantizar que la familia de acogida respetara la cláusula de neutralidad religiosa en virtud de la cual dicha familia se había comprometido a respetar las opiniones religiosas del niño, así como las de su familia de origen⁷³.

Un aspecto que, en nuestra opinión, queda poco desarrollado, es que el Tribunal no menciona como elemento coadyuvante a su argumentación, que las autoridades francesas no actuaron en el interés superior del menor ni en lo concerniente al abuso sexual ni por lo que respecta a la libertad religiosa de la menor. Esto último quedó patente cuando la menor fue hospitalizada por un accidente de tráfico y los acogedores indicaron que no se administraran productos sanguíneos a la menor, habida cuenta de la religión que practicaban. Aunque este hecho fue comunicado por el médico de los servicios de urgencia a las autoridades públicas, no se actuó en perjuicio del interés superior de la menor.

Poco más de un año después, se planteó ante el Tribunal el caso *Kilic c. Austria*, de 12 de enero de 2023, sobre un supuesto similar al relatado en el caso *Abdi Ibrahim c. Noruega*, pero con un fallo inverso⁷⁴. Este asunto involucra a unos padres de origen turco residentes en Austria, quienes tenían cinco hijos que fueron declarados en estado de abandono y, en consecuencia, puestos bajo la tutela de los servicios sociales. Posteriormente, los tres hijos mayores

⁷² § 113 y 114 de la Sentencia.

⁷³ § 116 de la Sentencia.

⁷⁴ ELÓSEGUI ITXASO, María, «Los límites de la libertad religiosa de los padres biológicos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos de acogimiento y adopciones: los casos *Abdi Ibrahim v. Noruega* y *Kilic v. Austria*», en VICENTE Y GUERRERO, Guillermo (coord.), *Desarrollos, retos y crisis actuales de la libertad religiosa*, Colex, A Coruña, 2023, pp. 78-102.

fueron reintegrados a la familia, mientras que los dos pequeños permanecieron en una familia de acogida. Los padres interpusieron demanda ante el TEDH argumentando que tal decisión violaba su derecho a la vida familiar, conforme al artículo 8 del Convenio, así como su derecho a la libertad religiosa, según el artículo 9, puesto que la familia de acogida no era musulmana y no se estaba respetando la identidad religiosa de los menores.

Como sucedió en el caso *Abdi Ibrahim c. Noruega*, el TEDH optó por resolver según el artículo 8 a la luz del artículo 9. Sin embargo, a diferencia de este caso, concluyó que no se había vulnerado ninguno de los dos artículos del Convenio. De la extensa exposición de los hechos y su argumentación jurídica podemos extraer dos ideas clave muy relevantes para valorar el factor religioso en el contexto de situaciones familiares complicadas en las que intervienen los servicios de protección de menores. Una primera, que el derecho de libertad religiosa de los padres biológicos cuando no tienen la custodia de sus hijos no se trata como un derecho preeminente, sino que debe considerarse tomando en cuenta otros factores que en su conjunto determinen el interés superior de los menores⁷⁵. La otra idea clave es atender al objetivo y a los principios que inspiren las leyes nacionales sobre protección del menor y los recursos que se emplean por los servicios sociales austriacos. En este sentido, a diferencia del caso *Abdi Ibrahim c. Noruega*, el Tribunal incide mucho en que las normas austriacas favorecen la protección del vínculo del menor con su familia biológica, restringiendo a los casos de extrema gravedad la privación de la patria potestad. De hecho, los tres hijos mayores retornaron con sus padres y el régimen de visitas de los otros dos menores era muy amplio, facilitando el contacto padres-hijos. La normativa y el proceder de las autoridades austriacas también determinan el respeto de la libertad religiosa de la familia biológica en cuanto que procuraron que la familia de acogida comparta o, al menos, respete la identidad religiosa de los padres.

El Tribunal constata como las autoridades hicieron todo lo posible para conseguir una familia acorde a ello, pero se valoró como inviable debido al escaso número de familias de acogida musulmanas; incluso valoró la posibilidad de que los hijos fuesen acogidos por familiares de los demandantes, pero éstos se negaron y además fueron declarados no aptos por los servicios sociales. Por lo que la decisión más acorde al interés de los menores fue su colocación en una familia considerada idónea para los menores, aunque no fuese musulmana. El problema surgió cuando, durante una visita a los padres biológicos, una de las hijas llevaba un collar con una pequeña cruz. Este hecho fue consi-

⁷⁵ § 146 de la Sentencia.

derado por las pruebas presentadas como algo aislado, ya que los tribunales nacionales aceptaron la explicación dada por la madre adoptiva, de que la niña había querido llevar el collar con la cruz que había obtenido de una máquina de chicles y que la madre de acogida sí respetaba la religión de la menor⁷⁶. Otra valoración relevante que realiza en esta ocasión el Tribunal es que las autoridades austriacas habían respetado el derecho de los menores a conocer sus raíces y a que se respetase su libertad e identidad religiosa a través del contacto con sus padres con un régimen de visitas adecuado⁷⁷.

En definitiva, el Tribunal resuelve que no hubo violación del artículo 8 de la Convención, interpretado a la luz del artículo 9, considerando que había motivos pertinentes y suficientes para considerar que el interés superior de los menores era la permanencia en régimen de acogida, dado que la reunificación familiar no era razonablemente factible y que, además, durante todo el procedimiento, las autoridades tomaron en cuenta el interés de los demandantes en que sus hijos fueran educados de acuerdo con sus orígenes cultural, religioso y lingüístico.

La sentencia tiene un voto particular del juez Hüseynov⁷⁸, que considera que sí debió estimarse la violación del artículo 8. Afirma que el respeto de la vida familiar, tal como se interpreta a la luz del artículo 9 del Convenio, no debe limitarse a facilitar el contacto de los padres biológicos con los hijos, sino que debe abarcar otras acciones positivas, más allá de eso, como, por ejemplo, favorecer la formación lingüística y cultural de los niños, para evitar que se vean separados de sus raíces culturales y religiosas, especialmente a una edad muy temprana. Para el Juez, esta cuestión es determinante en el interés superior del niño⁷⁹.

3.3.3 *Discrepancias de los padres en la educación y adscripción religiosa de los hijos en las Sentencias del TC 5/2023 y 26/2024*

En cuanto a las resoluciones de los tribunales españoles, en poco más un año, el Tribunal Constitucional ha resuelto dos recursos de amparo en el con-

⁷⁶ § 152 de la Sentencia.

⁷⁷ Estas apreciaciones marcaban una gran diferencia con respecto al caso *Abdi Ibrahim*, donde las autoridades limitaron en exceso el régimen de visitas y la familia de acogida y posteriormente adoptante, hacía partícipe al menor en actos religiosos y tenía la intención de cambiar el nombre del niño y bautizarlo en la fe cristiana.

⁷⁸ Vid. la opinión discrepante de este mismo Juez junto con los Jueces Grozev y O'Leary en el caso *Strand Lobben y otros c. Noruega*, de 10 de septiembre de 2019, que consideró que debió estimarse la vulneración del artículo 8 del Convenio.

⁷⁹ § 7 del voto particular.

texto de los desacuerdos entre los padres por la educación religiosa de sus hijos. Se trata de las sentencias 5/2023, de 20 de febrero de 2023 y la 26/2024, de 14 de febrero de 2024, con un pronunciamiento y argumentación jurídica muy diferente. Nos centraremos con más detalle en la última puesto que en ella se observa un cambio muy significativo en la línea interpretativa del TC sobre esta materia. A modo de adelanto de lo que expondremos a continuación, la STC 26/2024 relaciona el derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos con la autodeterminación religiosa de los hijos, a lo que hay que añadir el papel del Estado como garante de la misma «protegiendo» al menor y salvaguardando su derecho de libertad religiosa en un pretendido entorno educativo «neutral».

En primer lugar, exponemos el caso resuelto en la STC 5/2023, de 20 de febrero, porque, aunque al igual que el TEDH, el Tribunal no entra en el fondo del asunto en lo relativo a la vulneración de la libertad religiosa (art. 16.1 CE) y al derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE). Sin embargo, resulta de interés, puesto que en su argumentación jurídica se pronuncia de forma muy clara y detallada, al hilo de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), sobre el derecho del menor a ser escuchado en todos los procedimientos judiciales que afecten a sus intereses y, este criterio, es crucial para determinar el interés superior del menor.

Esta sentencia resolvió un recurso de amparo en el marco de un desacuerdo de los progenitores sobre la educación y adscripción religiosa del hijo. En concreto los hechos se circunscriben a los requerimientos del padre para impedir a la madre que llevase a su hijo a misa y participara en actos religiosos sin su consentimiento. Alega el padre recurrente que las resoluciones que han avalado a la madre vulneran el derecho a la libertad ideológica y religiosa, del que son titulares los menores de edad (art. 16.1 CE), citando los artículos 14 de la CDN y el artículo 6 de la Ley Orgánica 1/1996, y refiere que ningún menor puede ser obligado por sus padres a ser adscrito a una determinada confesión religiosa. Además, alega vulneración del artículo 27.3 CE, que garantiza a los padres el derecho a que sus hijos reciban formación religiosa y moral acorde con sus convicciones. Por lo tanto, el recurrente estima que las decisiones judiciales que imponen una opción religiosa al menor violan los derechos fundamentales tanto del hijo como de él. Se subraya que el menor tiene derecho a recibir educación religiosa y a no ser adscrito a una religión específica, en consonancia con lo acordado por los progenitores y que mantuvieron durante siete años, hasta su ruptura matrimonial. Además, con base en este principio de

continuidad o *status quo* alega que la madre no puede imponer sus creencias al otro.

Llegados a este punto, se debe considerar la capacidad del menor para manifestar su voluntad al respecto, y ejercer su derecho de libertad religiosa que deberá tenerse en cuenta si ha alcanzado suficiente madurez. La cuestión se complica porque los progenitores manifiestan argumentos discordantes. El padre sostiene que ambos cónyuges habían acordado no bautizar al niño y que este había expresado su deseo de no asistir a ritos religiosos. La madre, por su parte, defendió que el niño había asistido a misa y que la educación religiosa era parte de su formación integral. Es esta circunstancia sobre la que el padre alega indefensión (art. 24.1 CE), por haberse omitido la celebración de la comparecencia entre las partes impidiendo las posibilidades de alegación, proposición y práctica de prueba, así como la audiencia del menor.

El TC consideró, que en primer lugar debía de resolver sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y, en segundo lugar, si las resoluciones impugnadas conculcaron los derechos a la libertad ideológica y religiosa y a la igualdad (arts. 16.1 y 14 CE, respectivamente), en relación con la garantía que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE)⁸⁰. Lamentablemente, al estimar vulnerada el derecho a la tutela judicial efectiva no se entra a determinar si también hubo violación de los arts. 16.1, 14 y 27.3 CE.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, el fallo refiere un elemento muy interesante, ya que otorga una relevancia real y efectiva a la audiencia del menor en el caso. Se refiere al estatuto procesal del menor, mencionando la normativa internacional sobre Derechos de la infancia, así como la legislación española⁸¹. Remarca la transcendencia jurídica de respetar el derecho a ser escuchado en relación con su libertad religiosa, al retrotraer las actuaciones al momento anterior al dictado de la providencia del Juzgado para que, por parte de ese órgano judicial, se tramite la solicitud de expediente de jurisdicción voluntaria, respetando los derechos fundamentales del recurrente y del menor, que ya contaba en el momento del fallo del TC con doce años de edad, puesto que en las resoluciones anteriores se había obviado la audiencia preceptiva de los padres y del menor, incluso cuando se había solicitado la misma.

La sentencia cuenta con un voto particular del magistrado Sáez Valcárcel, al que nos referimos porque, en nuestra opinión, al desgarnar los motivos de su

⁸⁰ FJ 1.b.

⁸¹ Con especial referencia al artículo 9 de la LOPJM y a las modificaciones introducidas en el proceso de jurisdicción voluntaria por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

discrepancia con el fallo, muestra algunos argumentos que constituyen la antecala a la línea interpretativa del Tribunal adoptada por la STC 26/2024. El Magistrado discrepante considera que se «debió estimar íntegramente la demanda para declarar que las resoluciones judiciales vulneraron el derecho del hijo a la libertad de creencias en materia religiosa, que discriminaron al demandante en su derecho a que sus concepciones de vida no religiosas proyectadas sobre la educación de su hijo fueran tratadas con igual respeto y dignidad que las convicciones católicas de la madre y que infringieron el mandato de neutralidad que impone el principio de laicidad del Estado (art. 16.1 y 3 CE)».

Las ideas clave que se pueden extraer de su argumentación son: el respeto del principio de continuidad en la educación de los hijos y «la libertad de conciencia en materia religiosa del menor», planteado por el Magistrado como un derecho de autodeterminación del menor. En consecuencia, cuando el menor no tenga madurez suficiente para materializar su decisión, «[l]o esencial, y que han de proteger los poderes públicos, es la potestad de escoger entre las diversas opciones. El menor no pudo decidir en el caso que nos ocupa, *fue sustituido por el juez ante el conflicto que le habían planteado los padres*⁸². Porque el juez, en lugar de garantizar la libertad de conciencia del menor, la suprimió, quizá de manera irreversible⁸³. Si consideraba que no tenía suficiente madurez para ser escuchado al respecto, debió amparar su libertad de conciencia en materia religiosa y diferir a un momento posterior la expresión de su voluntad, en sintonía con el consenso de los padres hasta el momento de la ruptura matrimonial».

El 14 de febrero de 2024 del TC, esta vez en Pleno, dictó sentencia en un caso similar al planteado en la STC 5/2023, pero cuyo fallo es resultado de interpretaciones y argumentaciones jurídicas distintas, alineándose con el voto particular antes expuesto.

El caso se sitúa en el ámbito de la jurisdicción civil, donde se presenta un conflicto entre progenitores divorciados respecto al ejercicio de la patria potestad en un régimen de custodia compartida de su hija de cuatro años. El padre propone la matrícula de la menor en un colegio religioso concertado, fundamentando su decisión en la proximidad al domicilio familiar, la calidad educa-

⁸² La cursiva en el texto es nuestra. Téngase presentes estas palabras para constatar cómo este argumento parece no tenerse tan en cuenta en el caso resuelto por la STC 26/2024, de la que formó parte el Magistrado que ahora discrepa.

⁸³ La cursiva en el texto es nuestra. Esta interpretación adolece de un planteamiento un tanto fatalista, ya que, parece olvidarse que la libertad de conciencia (también del menor) lleva implícito el poder cambiar las creencias [art. 2.1. a) LOLR]; no son una marca irreversible que realicen los padres sobre sus hijos, de tal suerte que educar a los hijos en unas convicciones religiosas fuese contrario al interés del menor por causarle un daño irreparable en sus derechos.

tiva del centro y la alineación con sus creencias religiosas, en consonancia con el artículo 27.3 de la Constitución Española. Por su parte, la madre se opone a esta propuesta, abogando por una educación laica en un colegio público.

El Juzgado de Primera Instancia resuelve a favor del padre, considerando que la matrícula en el centro religioso es más beneficiosa para la menor, teniendo en cuenta otros factores como la oferta educativa y el apoyo familiar. No obstante, el juzgado establece que la madre puede solicitar que la niña reciba educación laica en la asignatura alternativa a la religión, permitiendo al padre transmitir sus creencias fuera del entorno escolar. La madre apela, alegando vulneraciones a su dignidad, libertad religiosa y derecho a la tutela judicial efectiva, argumentando que la religión es parte del currículo sin alternativa y que el ambiente escolar está impregnado de formación religiosa. El padre responde demostrando que la menor no cursa religión y que su bautizo y participación en actos religiosos son relevantes, sosteniendo que el cambio ideológico de la madre no debe afectar unilateralmente la educación de la hija. Finalmente, la Audiencia Provincial confirmó la decisión del Juzgado de Primera Instancia.

La madre recurre en amparo ante el TC considerando que se han vulnerado sus derechos de libertad religiosa (16.1 CE) y a que su hija reciba la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (27.3 CE). Argumenta que la libertad religiosa incluye el no profesar ninguna religión y que el padre está imponiendo que se eduque a su hija en un centro en el que se practica el proselitismo y adoctrinamiento religioso, incompatibles con la libertad religiosa de la madre. Además, incide en la idea de que la educación religiosa impartida en ese centro puede afectar negativamente al desarrollo personal de su hija, aunque no alega la vulneración del derecho fundamental de libertad religiosa de la propia hija, sino sólo el suyo, el de la madre. Esta es una cuestión que resulta clave para ver la extralimitación del Tribunal en su argumentación jurídica y el fallo estimatorio del recurso de amparo.

Las alegaciones realizadas por el padre en respuesta al recurso de amparo se centran en demostrar que el desacuerdo surge como consecuencia del divorcio, porque la recurrente profesaba hasta entonces la religión católica y la hija había sido bautizada y viene a corroborar lo alegado en el recurso de apelación. Observamos que el padre apunta tímidamente al principio de la continuidad en la educación.

El TC declara la vulneración del derecho de la recurrente a que su hija reciba la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE). Anula los autos del Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial y retrotrae las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse el auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Barce-

lona, para que este órgano judicial dicte nueva resolución respetuosa con los derechos fundamentales lesionados.

Los elementos destacables de la sentencia en cuanto a su argumentación jurídica se circunscriben a tres aspectos. Primero, la relación entre libertad religiosa, derecho de los padres a educar a sus hijos conforme sus propias convicciones y neutralidad del Estado; segundo, la ponderación de derechos implicados, tomando como referente el interés superior de la menor; tercero, considerar como interés superior del menor un entorno docente neutral en materia religiosa como garantía de la libertad religiosa del menor de edad.

El Tribunal recuerda que los derechos implicados en el caso, como todo derecho fundamental, admiten restricciones conforme al triple juicio de adecuación, necesidad y proporcionalidad. Al hilo de esta afirmación, determina que el Estado respetará el derecho de los padres elegir la formación de los hijos conforme a las convicciones religiosas y filosóficas. No obstante, el Tribunal realiza una amplia y detallada justificación del carácter neutral y no adoctrinador del Estado en el ámbito de la educación y de su obligación de transmitir una información o conocimiento de forma objetiva, crítica y pluralista al objeto de respetar los derechos educativos de los padres. Con lo que el Tribunal intencionadamente pretende remarcar el carácter neutral que debe mantener la escuela pública⁸⁴, considerándose un lugar en el que se respeta la pluralidad y en la que conviven todas las opciones frente al hecho religioso. Esta imagen de neutralidad, respetuosa con la pluralidad y no adoctrinadora de la escuela pública será utilizada por el Tribunal como argumento de confrontación con el ideario religioso del colegio privado concertado elegido por el padre, de tal suerte que se va a dotar de una connotación negativa a la educación recibida en este centro porque realiza proselitismo y adoctrinamiento, tomando en consideración lo argumentado por la madre en el sentido de que la escolarización de su hija en un centro educativo religioso puede en sí mismo «afectar negativamente a su desarrollo personal» e ir en contra de su interés por que «diariamente se reza al inicio de las clases, y los símbolos y el contenido religioso forman parte del paisaje escolar; debiendo por ello ser escolarizada en un centro público para que no tenga ningún contacto no ya con la enseñanza religiosa, sino con el hecho religioso entendido en sentido amplio».

Considera el Tribunal que se ha determinar si las resoluciones recurridas han ponderado correctamente los derechos fundamentales en juego o si, por el contrario, se ha vulnerado el derecho de la recurrente que se recoge en el

⁸⁴ La escuela, también la estatal, no es neutra puesto que de alguna forma responde a compromisos establecidos en el ordenamiento jurídico, PALOMINO LOZANO, Rafael, *Derecho y Religiones*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 235.

artículo 27.3. CE. El ejercicio de ponderación de derechos debe de realizarse tomando como referente el interés superior de la menor, principio rector en todas las actuaciones de los poderes públicos como garantía de la protección de los menores de edad y sus derechos a la que están obligados⁸⁵. En consecuencia, el Tribunal considera que «el interés superior de la menor podría justificar un sacrificio de los derechos fundamentales de uno de los progenitores».

Sin embargo, en nuestra opinión, la polarización del Tribunal distorsiona su argumentación al presentar contrapuestos los tipos de centro educativo, atribuyéndoles unas características «público-neutral-respetuoso con los derechos de la menor» y «privado-religioso-perjudicial para la menor». Esta dicotomía enfrentada, sirve al Tribunal como base para determinar lo que es el interés del menor y quiebra incluso, en nuestra opinión, el principio de neutralidad o aconfesionalidad del Estado⁸⁶. Esta visión reduccionista del asunto hace que el Tribunal prescindiera de otros elementos necesarios para determinar el interés del menor, con la clara pretensión de poder justificar la ponderación de derechos en el interés del menor con arreglo a su propia interpretación, un tanto frentista. Refiere que las resoluciones impugnadas sí tomaron en cuenta otros elementos, pero afirma que soslayaron en su razonamiento el conflicto de derechos fundamentales, esto es, si la menor debía acudir al centro religioso o al público. Sorprende esta afirmación, puesto que de la narrativa de los hechos en la propia sentencia se deja constancia de que tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial concluyeron, que «en atención al beneficio del menor, el centro más adecuado es el centro concertado religioso y autoriza la inscripción en este centro; pero, para conjugarlo con educación laica que pretende la madre, se deberá inscribir a la menor en la asignatura alternativa a religión, si así lo manifestara la madre, ya que los valores y ritos religiosos que pretende el padre los podría adquirir perfectamente fuera del horario escolar».

El punto de inflexión de la argumentación que determinará la decisión estimatoria del recurso se produce cuando el Tribunal incorpora como elemento novedoso la consideración de la libertad religiosa de la menor, clave para la determinación del fallo y sobre la que se va a pronunciar sin ser requerido para ello⁸⁷.

⁸⁵ SOUTO GALVÁN, Beatriz, «La libertad de creencias...», *op. cit.* p. 218.

⁸⁶ BRIONES MARTÍNEZ, Irene, «La neutralidad estatal y la formación moral en el actual contexto social», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXIX, pp. 246, 254; MESEGUER VELASCO, Silvia, «Neutralidad religiosa y enseñanza privada en España», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXIX, 2013, pp. 141-169.

⁸⁷ FJ 5 de la Sentencia. Se trae a colación una cuestión jurídica un tanto forzada, que no tiene cabida en la argumentación del Tribunal puesto que no resulta de una petición de la recurrente, ya que en su escrito no se alega la vulneración de la libertad religiosa de la menor.

La reducción del asunto a la cuestión anteriormente explicada permite al Tribunal afirmar que, para determinar el mejor interés de la menor, en principio debería haberse atendido a las propias creencias de la menor. Sin embargo, no puede obviarse que, debido a su edad en el momento del conflicto (cuatro años), la menor no pudo manifestar su decisión puesto que carecía de suficiente madurez. El Tribunal insiste en que hay que determinar el interés de la menor en relación con el derecho de libertad de creencias del que también es titular, concluyendo que «el ejercicio de este derecho no puede abandonarse por completo a la decisión de los padres, sino que debe modularse en función de la madurez del menor» y los poderes públicos han de velar por que el ejercicio de las potestades paternas se realice en «interés del menor y no al servicio de otros intereses». Llama la atención la terminología expresada en la sentencia, en la que se pone en cuestión los derechos educativos de los padres, que son primeros responsables y garantes de la formación de sus hijos, así como su capacidad en la toma de decisiones que le competen. Efectivamente, los poderes públicos tienen el deber de velar por que se respeten los derechos del menor, pero su actuación debe limitarse a las situaciones en las que peligre la integridad (física o psíquica) del menor, o que se le impidan ejercer sus derechos fundamentales libremente.

La función tuitiva del Tribunal va más allá al erigirse como una especie de «tercer progenitor» en el que ante un «contexto de divergencia sustancial e irreconciliable entre los progenitores en cuanto a sus creencias religiosas, del que deriva el desacuerdo en cuanto al tipo de formación escolar que debe proporcionarse a la menor, lo más acorde al interés superior de esta es que[...] esa formación escolar se desarrolle en un entorno de neutralidad, con el fin de que pueda formar sus propias convicciones de manera libre».

El Tribunal, con una interpretación del interés de la menor llevada al extremo, insiste en la conveniencia de proteger la libertad religiosa de la hija frente a su padre, conformando un derecho de autodeterminación religiosa futura de la menor, que debe ser protegido por el Estado. Todo ello sin ser objeto de recurso en la demanda de amparo. Y la mejor manera para conseguirlo según el Tribunal es que frente a la opción del colegio religioso, «el colegio público resulta más acorde para favorecer el libre desarrollo de las convicciones de la menor desde una posición de neutralidad. [...] De este modo se atiende al interés superior de esta a formar sus propias creencias en materia religiosas a través de una información y un conocimiento transmitidos de manera objetiva, crítica y plural [...]», y reprocha la decisión de los tribunales anteriores como no ajustadas al interés del menor, puesto que lo más acorde sería que «pueda ir

desarrollando sus propias convicciones y creencias en un contexto escolar libre de adoctrinamiento».

Con esta decisión, el Tribunal entra a valorar los centros educativos de acuerdo con el ideario religioso o no religioso, cuando ambas opciones conforman el sistema educativo, regulado por la CE y las normas educativas que lo desarrollan. En consecuencia, la existencia de escuelas con ideario religioso, más como en este caso, si se trata de un centro concertado, son respetuosos con la legalidad y constituyen una opción válida y conforme con los derechos fundamentales. Por lo que no se entiende, que el Tribunal opte por el centro público, tan solo basándose en la neutralidad de la escuela pública, si no es por su interpretación laicista del artículo 16.3 CE⁸⁸ y el prejuicio de que un centro educativo religioso supone un «ambiente tóxico» del que hay que proteger a la menor, tal y como se desprende de las referencias y las valoraciones que hace de lo que llama «folleto informativo» de la escuela. No es competencia del Estado emitir juicio sobre la doctrina o el contenido de una religión⁸⁹.

Con la doctrina fijada por esta sentencia del TC los padres que discrepen en la elección del centro educativo para sus hijos acudirán a los juzgados y ya en el procedimiento sustanciado por la vía de jurisdicción voluntaria, el Juez determinará el interés del menor, que aún no tiene madurez suficiente para expresar su opinión en el ejercicio de su derecho de libertad religiosa, casi de forma automática, eligiendo el centro educativo público, laico, de tal manera que así su formación escolar se haga en un entorno neutral para que pueda formar sus propias convicciones libremente. Esta visión aséptica de la escuela pública, en lo que parece ser el mejor escenario para que el derecho de libertad religiosa del menor quede inmaculado hasta que pueda tener la madurez suficiente para ejercerlo, obvia que la formación de los niños se realiza en comunidad, en un ambiente y contexto sobre el que no puede establecerse control sobre todo. Precisamente, los menores de edad necesitan ser guiados a medida que van madurando y adquiriendo paulatinamente la capacidad para ejercer sus derechos, siendo responsabilidad de los padres como primeros educadores. Habrá que articular mecanismos para que en caso de conflicto entre los progenitores la respuesta de los tribunales sea equilibrada y respetuosa con las derechos-deberes de los padres. Eso se consigue realizando una ponderación que trate de conciliar los derechos implicados de todas las partes, y la solución del Tribunal en esta sentencia no es equilibrada puesto que opta por la petición de

⁸⁸ La doctrina constitucional al respecto es clara y entiende este principio como una laicidad «positiva», NAVARRO-VALLS, 2014:12.

⁸⁹ MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, «La neutralidad religiosa del Estado», *Anales: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 53, 2014, p. 430.

uno de los progenitores, el colegio público, sin tomar en consideración otros elementos, tan solo basándose en el carácter religioso del centro que se presentaba como otra opción.

Un apunte final a esta sentencia es el relativo a una cuestión procedimental y que conecta con la STC 5/2023. El fallo de Tribunal declara la vulneración del derecho de la madre establecido en el artículo 27.3 y anula los autos del Juzgado de Primera Instancia y el de la Audiencia Provincial, retrotrayendo las actuaciones al momento de emitir el auto en primera instancia con la finalidad de dictar nueva resolución respetuosa con los derechos fundamentales lesionados a la madre. Durante el transcurso de todo el periplo judicial que comenzó cuando la menor tenía cuatro años, en la fecha de la sentencia del Tribunal Constitucional la niña cuenta con casi nueve años. Este dato es importante pues, en este caso, en aras del interés superior del menor⁹⁰ nuestra legislación determina que los menores deberán ser oídos en todos los procedimientos que les afecten siempre que sean mayores de doce años y sin límite de edad siempre que tengan madurez. Sin embargo, el Tribunal no disponiendo la repetición del juicio, coarta la posibilidad de que el menor intervenga en la determinación de su propio interés siendo escuchado en un asunto que le afecta. Esta apreciación también se refleja en el voto particular de los tres magistrados refiriéndose incluso a que, obrando de tal forma, el Tribunal contradice su propia doctrina sostenida en la STC 5/2023, de 20 de febrero. En consecuencia, de haberse establecido la repetición del juicio, en el nuevo procedimiento cabría la posibilidad de escuchar a la menor, pero esto no lo dispone el Tribunal soslayando su propia doctrina al respecto.

Destacamos la visión del caso que manifiesta el Magistrado Campo en su voto particular. Aun coincidiendo con el fallo, discrepa de la argumentación, sosteniendo que no se trata de un conflicto entre derechos de los padres que deban de ser ponderados, sino que de lo que se trata es de garantizar la libertad religiosa de la menor, que ahora no es capaz de ejercer por su falta de madurez y que para proteger «su autodeterminación en materia religiosa» se hace preciso ordenar la escolarización en un centro con «unas mínimas condiciones de neutralidad». Esto sería, a su juicio, obrar en interés del menor. Además, se refiere a que no hay un conflicto horizontal de derechos paternos basados en el artículo 27.3 CE, puesto que este artículo se configura como una garantía que protege a los padres frente a las injerencias del Estado, el adoctrinamiento ideológico estatal. Efectivamente, resulta curioso y contradictorio que la medi-

⁹⁰ NÚÑEZ ZORRILLA, María del Carmen, «El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Persona y Derecho*, 73, 2016, p. 134.

da defendida por el magistrado sea precisamente despojar a los padres de sus responsabilidades y derechos educativos para con sus hijos en caso de conflicto y ordenar la escolarización en una escuela pública. Además, considera que plantear el conflicto entre los padres con base en el artículo 27.3 CE es una forma de cosificar a los hijos, siendo mero objeto sobre el que los padres proyectan sus propias convicciones morales. Y que solo podría plantearse un conflicto horizontal entre los derechos de los padres cuando la restricción del derecho afectase a la esfera propia, por ejemplo, restricción de las comunicaciones con los hijos o impedir la manifestación de sus convicciones religiosas. Ante estas apreciaciones, consideramos que no es incompatible el respeto a la libertad religiosa de los hijos con la función de los padres, en la cual también ha de regir el principio del interés del menor, en el sentido de que los padres ejercerán sus funciones en beneficio del hijo (art. 154 CC).

En definitiva, la STC 26/2024 de 14 de febrero, si bien es plausible que se refiera al menor como sujeto del derecho fundamental de libertad religiosa y que debe tenerse en cuenta a la hora de determinar su mejor interés, consideramos que genera más dudas que certezas en lo que concierne al papel que se otorga a los padres y al Estado en esta cuestión. Máxime con la argumentación jurídica de que la mejor forma de proteger la libertad de creencias de la menor en aras a su propio interés es despojándole de una educación en un centro religioso, como si de una «contaminación» se tratara. En este punto es cuando el Tribunal realiza una interpretación laicista del artículo 16.3. CE y del 27.3. CE., quebrando con el principio de aconfesionalidad, entendido como de laicidad positiva que es el que configura nuestro texto constitucional.

La línea doctrinal establecida por la sentencia 26/2024 del TC ya forma parte de los fundamentos jurídicos de sentencias de otros tribunales en casos relativos a menores de edad y libertad religiosa, como por ejemplo, la sentencia 31/2024 de 17 de junio de 2024 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal⁹¹, en el que se deniega el recurso interpuesto por un abuelo que solicitaba el reconocimiento de un régimen de relaciones personales más amplio con su nieto. La madre del menor se opuso, argumentando que el contacto era perjudicial para el niño, quien tenía quince años, ya que el abuelo intentaba adoctrinarlo en la fe de los Testigos de Jehová, lo que le había causado problemas psicológicos que requerían tratamiento. El Tribunal, que también alude al caso *T.C. c. Italia* del TEDH, resolvió afirmando, en clara consonancia con la STC 26/2024, que «las convicciones de la progenitora y titular exclusiva de la potestad parental sobre el menor satisfacen adecuada-

⁹¹ FJ 7.2.

mente el interés superior de este al procurarle, en unión del esfuerzo desplegado por sus profesores, educadores y terapeutas, una formación que favorece el pleno desarrollo de su personalidad en *un entorno plural y de neutralidad, que, de persistir, le permitirá formar sus propias convicciones de manera libre y crítica*. Se valora satisfactoriamente, además, que la resolución recurrida no haya suprimido las relaciones personales entre el recurrente y su nieto, sino que simplemente las haya limitado a un entorno vigilado, lo cual satisface adecuadamente *el interés superior del todavía menor*»⁹².

4. CONSIDERACIONES FINALES.

La configuración jurídica de la libertad religiosa de los menores continúa en evolución, evidenciando la importancia de un enfoque equilibrado que reconozca tanto la autoridad parental respecto a la educación religiosa como el derecho del menor a expresar y adoptar sus propias creencias. Este equilibrio debe observarse en el marco de la confluencia de los derechos individuales y el interés superior del menor, donde cada decisión debe ser cuidadosamente ponderada para asegurar que se respete la dignidad y el desarrollo integral de los menores, pero sin cuestionar el papel de los padres como guías y garantes de los derechos de sus hijos, algo que en ocasiones se manifiesta en ciertas resoluciones judiciales.

En la jurisprudencia reciente, se han presentado casos en los que la libertad religiosa del menor ha estado en el centro de la argumentación jurídica de las resoluciones. Las más relevantes han abordado situaciones en que han surgido conflictos en torno a la educación religiosa y el ejercicio de la patria potestad, reflejando una tendencia hacia una mayor consideración de la voz del menor en estos procesos. La necesidad de escuchar al menor y considerar su opinión se vuelve esencial, constituyéndose como un derecho que debe ser respetado, pero que puede variar en su aplicación dependiendo de la madurez y las circunstancias individuales del menor. No siempre lo manifestado por el menor va a ser lo que determine su interés superior, pero sí se regula la conveniencia y, en muchos casos, la obligatoriedad, de que sean escuchados. En consecuencia, e 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. Precisamente un elemento clave que se ha manejado por los

⁹² La cursiva en el texto es nuestra.

Tribunales, con más o menos acierto, para concretar el interés superior del menor, es el mantenimiento de la estabilidad en el entorno familiar, social y educativo de los hijos, por lo que se procurará continuar la línea educativa en materia religiosa acordada en un principio por ambos padres.

Sin embargo, como hemos observado por la casuística, los casos de discrepancias entre los progenitores para tomar decisiones sobre los hijos han aumentado significativamente. El recurso a los tribunales para solventar el conflicto supone que un tercero, el Estado, que a su vez debería actuar desde la concepción de neutralidad religiosa, decida la disputa conforme a lo que considere de mejor interés para el menor. En definitiva, cuando los padres no son capaces de ponerse de acuerdo, optan por que tome la decisión otro por ellos. Consideramos que el recurso a la heterocomposición es necesario cuando pueden peligrar los derechos fundamentales, pero estimamos que deberían articularse otros mecanismos que previamente intentaran resolver conflictos que, en muchas ocasiones, son enfrentamientos enquistados de los progenitores y que perduran en la figura de los hijos como elemento canalizador de sus problemas. Esto explica que, en el relato de los hechos de las sentencias que hemos comentado en este trabajo, se mencione que el cambio de opinión de uno de los padres se ha producido tras la ruptura conyugal y que anteriormente había acuerdo, por ejemplo, en lo relativo a seguir o no una determinada educación religiosa de los hijos, recibir sacramentos o elegir un centro escolar. Por consiguiente, consideramos de sumo interés potenciar otras figuras que paulatinamente se van instalando en el contexto del conflicto familiar, como la mediación y la coordinación parental⁹³ para procurar solventarlo sin tener que acudir a los tribunales y si finalmente se recurre a ellos, coadyuvar en la mitigación del conflicto.

⁹³ VILELLA LLOP, María del Pilar, *Hacia un nuevo modelo de derecho de familia. Análisis de las figuras y herramientas emergentes*, Dykinson, Madrid, 2021.