

BAUTISMO SECULAR: EL DERECHO DE FAMILIA ATRAPADO EN EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD RELIGIOSA SECULAR BAPTISM; FAMILY LAW TRAPPED IN THE FUNDAMENTAL RIGHT TO RELIGIOUS FREEDOM

Eugenio Pizarro Moreno

*Titular de Universidad de Derecho civil
Universidad Pablo Olavide de Sevilla*

Fecha de recepción: 01/07/2024

Fecha de aceptación: 28/07/2024

RESUMEN

La protección constitucional del derecho a la libertad religiosa es un derecho civil, no religioso. Es también un derecho humano fundamental que pertenece al sujeto, pues se trata de un derecho fuertemente vinculado a la personalidad. La clave es que los menores no tienen aptitud para articular este derecho; mucho menos su protección, aunque sean titulares de estos según la ley. Lo que no suele aclarar el ordenamiento jurídico es en qué sentido y con qué límites se confecciona su status y protección. Entra entonces en juego la responsabilidad parental y la cobertura de la Administración pública y de justicia para perfilar una categoría axiológica de contornos muy difusos, y que entra, como todo derecho fundamental, permanentemente en conflicto con sus pares.

PALABRAS CLAVE

Libertad conciencia, libertad religiosa, libre desarrollo de la personalidad del menor, interés superior.

ABSTRACT

The constitutional protection of the right to religious freedom is a civil right, not a religious one. It is also a fundamental human right that belongs to the subject,

since it is a right strongly linked to personality. The key is that minors do not have the capacity to articulate this right; much less their protection, even though they are holders of these according to the law. What the legal system does not usually clarify is in what sense and with what limits its status and protection is established. Parental responsibility and the coverage of the public administration and justice then come into play to outline an axiological category with very diffuse contours, and which enters, like any fundamental right, permanently in conflict with its peers.

Keywords

Freedom of conscience, religious freedom, free development of the personality of the minor, best interests.

Sumario. 1. El estado actual: introducción. 2. Planteamiento basal. 2.1 Asunto Iglesias Casarrubios y Cantalapedra Iglesias v. España. 2.2 Bautismos de fuego: STC 5/2023, de 20 de febrero de 2023. 2.3 La sombra de la fundamentación jurídica es alargada. 3. Conclusiones, solo parciales.

1. EL ESTADO ACTUAL: INTRODUCCIÓN.

El título de este trabajo pretende sugerir un juego de palabras; secular no es solo seglar, laico o lego; también refiere una circunstancia que se repite a lo largo de los siglos, como el conflicto inter-parental de Derecho de familia –decisión de los progenitores sobre la educación religiosa o laica de los menores– que tendremos ocasión de analizar, lo que nos lleva de modo inequívoco al inagotable principio del interés superior de los menores.

Dicho sea con el máximo respeto y con el mejor ánimo de centrar inmediatamente este trabajo en sus justos términos –quizá puedan añadirse algunas razones prácticas más–, hemos considerado ahorrar la numerosa y buena literatura¹ que existe sobre las cuestiones ele-

¹ Por muchas razones, entre las que me permito incluir también la afectiva, valga por todos el clásico de RIVERO HERNÁNDEZ, F., (2000), *El interés superior del menor*, Dykinson, Madrid. Esta monografía recoge la primera sistematización en Derecho español sobre este principio tricúspide –derecho subjetivo sustantivo, principio interpretativo y norma de procedimiento–, pues, aunque la Convención sobre los Derechos del Niño –llamada

mentales de un principio consagrado ya, que no puede ser otra cosa que un concepto jurídico indeterminado porque los principios generales del derecho, por definición, han de serlo; que se ha convertido, como hemos aseverado en otros trabajos², en el nuevo canon del Derecho de familia; y que encuentra su dificultad máxima en su vertiginoso descenso al caso concreto, puesto que la práctica jurisprudencial nos está enseñando que igual vale para argumentar una custodia compartida, que para no establecerla; un régimen de alimentos más o menos elevado desde el punto de vista económico, o más ajustado a parámetros sociales concomitantes; el establecimiento de una custodia compartida incluso cuando hay denuncia por violencia de género, o su no establecimiento en el mismo supuesto (*ex lege* art. 97.2 CC)³ por exactamente los mismos motivos; la aplicación de una norma interpretativa sobre los derechos de la personalidad (prohibición

así entonces, y a la que luego nos referimos con más detalle— era de 1989, este libro aparece una década después. Antes, había habido excelsos trabajos de investigación, pero no sistematizados con el empaque de la monografía de Rivero. *V. gr.*, en España, DIEZ PICAZO, L., (1984), «El principio de protección integral de los hijos (“Tout pour l’enfant”）」, en La tutela de los derechos del menor, I Congreso Nacional de Derecho Civil (coord. González Porras), Córdoba, p. 127 ss., o MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., (1992), «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad», Anuario de Derecho civil, 1992-4, p. 1391 ss., o de quien se convertiría en una de las magistradas que, con mayor tino y sentido, ha dado perfiles al principio: Roca Trías, E. (1994), «Contestación» al Discurso de la prof.^a A. Borrás a su Ingreso en la Academia Jurisprudencia de Barcelona», en Revista Jurídica de Catalunya, 1994-4, p. 969 ss. En el universo anglosajón, ALSTON, P., (1994), «The best interests principle: towards a reconciliation of culture and human rights», International Journal of Law, Policy and the Family, Volume 8, Issue 1, April 1994, p. 1-25, <https://doi.org/10.1093/lawfam/8.1.1>. En Francia, más que sobre el principio en sí, que también, sobre el conflicto que nos ocupa, que es un tema clásico, BARBIER, P., (1957), «La religion de l’enfant et l’exercice de la puissance pater-nelle», Gazette du Palais, (2.º Sem.), Doctr., p. 52 ss., o del mismo autor, más tarde, «L’enfant, la religion et le droit», *ibidem*, 1960 (1r sem.), Doctr., p. 72; y, por supuesto, MICHELET, E., (1971), «L’intervention du judge dans le conflits familiaux en matière de vocation religieuse», Dalloz, Paris. Y en Italia, por último, VERCELLONE, P., y otros, (1982), «Nell’esclusivo interesse del bambino: i figli contesi per la scissione della copia», Dir. Fam. Pers., 1982-1, p. 16 ss.

² PIZARRO MORENO, E., (2023), «El interés superior del menor, nuevo canon del derecho de familia», Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación, Núm. 100, pp. 85-102.

³ Ha habido varias cuestiones de inconstitucionalidad presentadas sobre este artículo: *v. gr.*, la cuestión de inconstitucionalidad formulada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Jerez de la Frontera con fecha 28 de septiembre de 2020 (ROJ: AJVM CA 172020) y la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de Primera Instancia, sección 7 de Móstoles, con fecha 22 de marzo de 2022 (ROJ: AJPI: 22/2022). Para un profundo análisis de la cuestión, Nicasio/Pizarro, *vid. nota* a pie núm. 19.

de grabación de imágenes sin consentimiento de los dos progenitores) o la enervación del rigor procesal formal (petición extemporánea de un orden de apellidos, que no fue atendida por el TS por motivos de legalidad positiva procesal, pero que sí fue atendida por el TC colocando el interés de los menores por encima de cualquier exigencia formal pues, como se ha dicho ya hasta la saciedad –después de las convenciones internacionales–, estamos ante un principio que proyecta su eficacia en tres campos esenciales en la práctica forense: como principio propiamente dicho –lo que afecta–, como es obvio, a los mecanismos interpretativos e integradores de la labor judicial; como derecho subjetivo, lo que lo convierte en un valor con identidad e identificaciones propias, y remite a la necesidad de su concreción para hacerlo tangible, para convertir el principio en norma⁴, y como norma de procedimiento, pues, como vino a decir el TC⁵, el valor del rigor formal, particularmente en el proceso de familia, sucumbe al canon de la *cura minoris*, con lo que el Alto Tribunal ofrece una fundamentación jurídica, al menos y permítase la licencia, peligrosa e incierta, pues es el proceso –y sus normas– el que otorga al derecho existencia propia al margen de su formulación, como, de hecho, ocurrió en sus orígenes, y no parece buena idea –ni siquiera en

⁴ JOSSEF ESSER, Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado, *passim*, Santiago de Chile ed. Olejnik, 2019.

⁵ 14 de diciembre de 2020: «a lo anterior, por lo demás, hemos de añadir otra observación. En los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, con arreglo a lo establecido en los artículos 748 ss. LEC, el órgano judicial tiene que adoptar, imperativamente, a falta de acuerdo entre las partes, las medidas concernientes a los hijos (art. 39 CE). Por ello, es obvio que el principio de tutela del interés de los menores e integral de los hijos que ha inspirar cualquier decisión al respecto resulta incompatible con la rigidez procesal que impone la *perpetuatio iurisdictionis* (art. 412 de la LEC). De ahí que, como adecuadamente viene reconociendo la jurisdicción ordinaria, el legislador procesal establezca que estos procesos se resuelvan con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hayan sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento. Y si bien este precepto se refiere a hechos y no a pretensiones, como se ha puesto de manifiesto en numerosas resoluciones judiciales, abocaría a una inútil paradoja procesal que las pretensiones iniciales, en el ámbito especial de las medidas sometidas al *ius cogens*, no pudiesen acomodarse a las necesidades del menor que se pongan de manifiesto durante la sustanciación del procedimiento de filiación, de suerte que en los procesos de familia o en los que hayan de adoptarse medidas en beneficio de menores de edad, el juez puede apartarse de las peticiones de las partes o acordar de oficio las que estime adecuadas, lo cual debe permitir, a su vez, que las partes reformulen sus peticiones buscando ese mismo interés, respetando las exigencias del derecho de defensa y la posibilidad de contradicción».

el proceso de familia– alterar parámetros que influyen de manera tan sensible en otros principios y normas de alcance constitucional (seguridad jurídica; certeza).

Dentro de nuestra doctrina, una de las aportaciones más relevantes la hace, sin duda, la profesora Roca Trías⁶, quien ya había entendido el principio como una proyección hacia el futuro del menor. Se centra en la protección de la personalidad como reflejo de la protección del menor, apoyándose en el artículo 10 CE⁷. En dicho sentido, la STS 216/ 2013, de 5 de febrero, dice que «el componente axiológico que anida en la tutela del interés superior del menor viene íntimamente ligado al libre desarrollo de su personalidad (art 10 CE)». La finalidad es conseguir que el menor se convierta en un ciudadano cuando cumpla la mayoría de edad, por lo que el interés del menor sería una proyección de los derechos fundamentales⁸ en personas menores de edad uniéndole a estos derechos la vertiente afectiva de la búsqueda de la felicidad y el bienestar⁹.

Por tanto, podríamos decir que el interés del menor está intrínsecamente unido al desarrollo de sus derechos fundamentales e interrelacionado con un plus axiológico que involucra los deseos del menor con el fin de que éste consiga alcanzar una situación de felicidad¹⁰, buscando –*mutatis mutandi*– lo que mayor beneficio le reporte.

⁶ Roca Trías, M. E., (1994): El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado, discurso de contestación a la académica de número Dra. Alegría Borrás, en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Revista Jurídica de Cataluña, núm. 4, Año 1994 pp. 969 ss.

ROCA TRIAS, M. E., (1999): Familia y cambio social (De la casa a la persona), ed. Civitas, Madrid.

⁷ Artículo 10 Constitución Española:

«1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.»

⁸ RAVELLAT BALLESTÉ, I. (2012): «El interés superior del niño: concepto y delimitación del término», en Revista de la Facultad de Educación. Universidad de Murcia, núm. 30.2, España, p. 96.

⁹ SAP de Baleares de 22 de septiembre de 2006 y SAP de Toledo de 18 de enero de 2007.

¹⁰ Dicho sea en términos absolutamente sociológicos.

Esa expresión en cursiva, que nosotros hemos destacado, la intenta especificar el Tribunal Supremo en la misma sentencia núm. 26/2013, de 5 de febrero, la cual hace referencia a ese plus axiológico que compone al comienzo de su fundamento jurídico tercero, destacándolo de la siguiente forma: «Pues bien, en este contexto conviene resaltar, una vez más, que el componente axiológico que anida en la tutela del interés superior del menor viene íntimamente ligado al libre desarrollo de su personalidad (artículo 10 CE), de suerte que el interés del menor en decidir sobre su futuro profesional constituye una clara manifestación o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que no puede verse impedida o menoscabada (SSTS 246/1991, de 19 de abril de 1991, de 31 de julio de 2009, 565/2009 y 13 de junio de 2011, 397/2011). En este ámbito no cabe la representación, del mismo modo que tampoco pueden ser sujetos obligados respecto de derechos de tercero. La adecuación al interés superior del menor, por tanto, se sitúa como el punto de partida y de llegada en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno tanto a la defensa y protección de los menores, como en la esfera de su futuro desarrollo profesional».

Este trabajo de investigación está elaborado a partir de un conflicto sobre el bautizo de un hijo; pero claro, esta idea no puede ser sino la sinopsis de un desencuentro mayor que alcanza derechos fundamentales, como la libertad religiosa o la libertad ideológica¹¹. No se olvide que ni una ni otra son derechos religiosos, sino civiles; y que se trata de derechos que actúan a favor de los sujetos públicos y privados, individuales y colectivos¹². Por ello, hemos creído oportuno llamar a este

¹¹ Por su finura interpretativa, la cita es obligada: PAREJO GUZMÁN, M.ª J. (2010), «Laicidad y ejercicio de la libertad religiosa en un Estado de Derecho», en Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. XXVI, pp. 859-885: «Somos de la opinión de que, como ha dicho algún autor, la libertad supone el carácter facultativo de la religión o del ateísmo. Supone, igualmente, la neutralidad confesional del Estado y de las instituciones públicas para que todos, creyentes y no creyentes, puedan ser tratados sin privilegio ni estigmatización. Así se alcanza la mayor justicia en el tratamiento de las diversas opciones espirituales», pp. 884 y 885.

¹² En este sentido, fue muy ilustrativa la STC 34/2011, de 28 de marzo de 2011, que resolvió un recurso contra los Estatutos del Colegio de Abogados de Sevilla, en concreto, se había mantenido la inconstitucionalidad del artículo 2.3 de los estatutos que, tras declarar que «el Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla es aconfesional», añadía: «si bien por secular tradición tiene por Patrona a la Santísima Virgen María, en el Misterio de su Concepción Inmaculada». El demandante consideraba que la norma colegial vulneraba su derecho fundamental a la libertad religiosa, tanto en su dimensión objetiva (art. 16.3 CE) —en cuanto el Colegio de Abogados se apartaba de la neutralidad que en materia religiosa es exigible a toda institución de Derecho público— como en su dimensión subjetiva (art. 16.1 CE), en tanto en cuanto cercenaba su libertad individual a no tener creencias religiosas, ni someterse a sus ritos o cultos. Además,

trabajo «bautismo secular», y permanecer así atrapado en la fabulosa etimología de las expresiones¹³.

2. PLANTEAMIENTO BASAL.

Seguramente la clave de la investigación del asunto que vamos a tratar, se encuentre en un no menos proceloso artículo de investigación debido a Martínez de Pisón¹⁴, y que pone el acento en un matrimonio indisoluble, pero mal avenido, en el sentido de que sus límites parecen, a primera vista, inescindibles.

2.1 Asunto Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias v. España, STEDH 11 de octubre de 2016.

Enseñaba mi maestro, el prof. López y López *–in voce–*, en una de sus frases icónicas, colmada de simbolismo, que lo más jurídico que tiene

ponía en relación estas quejas con la infracción del derecho a la igualdad (art. 14 CE), en la medida en que se priman las creencias religiosas de un determinado grupo en detrimento de quienes mantenían otras o, simplemente, carecían de ellas. Acabó concluyendo el TC, después de unos subrayados argumentos, que «Por lo que antecede, procede rechazar la demanda de amparo en este punto, pues fácilmente se comprende que cuando una tradición religiosa se encuentra integrada en el conjunto del tejido social de un determinado colectivo, no cabe sostener que a través de ella los poderes públicos pretendan transmitir un respaldo o adherencia a postulados religiosos; concluyéndose así que, en el presente caso, el patronazgo de la Santísima Virgen en la advocación o misterio de su Concepción Inmaculada, tradición secular del Colegio de Abogados de Sevilla, no menoscaba su aconfesionalidad».

¹³ «Initiatory sacrament of the Christian faith, consisting in immersion in or application of water by an authorized administrator,» c. 1300, *baptême*, from Old French *batesme*, *bapteme* «baptism» (11c., Modern French *baptême*), from Latin *baptismus*, from Greek *baptismos*, noun of action from *baptizein* (see *baptize*). The *–s–* was restored in late 14c.

The signification, qualifications, and methods of administration have been much debated. The figurative sense of «any ceremonial ablution as a sign of purification, dedication, etc.» is from late 14c. Old English used *fulluht* in this sense (John the Baptist was *lohannes se Fulluhtere*).

Phrase baptism of fire «a soldier's first experience of battle» (1857) translates French *baptême de feu*; the phrase originally was ecclesiastical Greek *baptisma pyros* and meant «the grace of the Holy Spirit as imparted through baptism;» later it was used of martyrdom, especially by burning,» extraído de Online Etymology Dictionary.

¹⁴ Publicado precisamente en esta Revista, MARTÍNEZ DE PISÓN, J. (2001), «Libertad ideológica y libertad religiosa. En la periferia de las libertades», *Laicidad y libertades: Escritos jurídicos*, núm. 1, 2001, pp. 305-332.

una sentencia son los hechos. Conforme se va adentrando cualquier investigador en el estudio de la jurisprudencia –de cualquier índole o en cualquier estrato o instancia, al modo anglosajón–¹⁵, se da cuenta de que, en efecto, así es.

Vamos a tomar dos casos emblemáticos: uno, que es en el que estamos, por su fuerza constructiva y su valor emblemático –STEDH, 11 de octubre de 2016–;¹⁶ y otro, debido a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por las mismas razones y por otra añadida: su actualidad y vigencia.

En ambos casos, el tema central, como veremos, es el de la audiencia del menor en los procedimientos que les afecten, pues se trata de articular los derechos subjetivos que les afectan. Sea como fuere, en ambos casos procede exponer los hechos para que los razonamientos sean acordes¹⁷:

Una sinopsis de hechos nos lleva a una separación en el que coexistían una sentencia penal que había condenado al marido por lesiones y una sentencia civil que atribuía la custodia de las hijas a la madre, con patria potestad conjunta y régimen de visitas para el progenitor no custodio. La condena paterna vino propinada por un fustazo –*sic*– a la hija mayor, que entonces contaba 7 años. Después del informe psicológico, se concluyó «manipulación de las menores [de la madre contra el padre]», además de alertar de que «la conducta [del padre] de golpear [a su hija mayor] con una fusta parece desmedida» y de que «existe una situación de descontrol de impulsos ocasional del padre (que debe corregirse), la cual es magnificada por

¹⁵ En el amplio espectro de países del Common Law, no es solo que las disciplinas jurídicas se aborden a partir del caso, es que, cuando en un asunto potencialmente judicial, no hay opciones reales de litigación por no contener un relato adecuado de hechos, cualquier jurista expresaría: *you haven't case*.

¹⁶ A mayor abundamiento, SERRANO HOYO, G., «La vulneración del derecho a un proceso equitativo por la negativa inmotivada del Juez a oír personalmente a menores en proceso de divorcio», en Estudios sobre Jurisprudencia Europea: materiales del III Encuentro anual del Centro español del European Law Institute/Ruda González, A. (dir.), Jerez Delgado, C. (dir.), Vol. 1, 2020 (Derecho civil y Derecho procesal civil), pp. 253-269.

¹⁷ Vamos a intertextualizar parte de los hechos de la sentencia (Asunto Iglesias Casarrubios y Cantalapedra Iglesias v. España, STEDH de 11 de octubre de 2016; madre e hijas), que dieron origen al caso.

la situación de enfrentamiento entre los progenitores y la situación de separación conyugal.»¹⁸. Años más adelante, se suspende el derecho de visita, y el progenitor no custodio inicia la demanda de divorcio, solicitando que «las dos menores, de 13 y 11 años, respectivamente, fueran oídas en el procedimiento». El Juez ordenó que las dos menores fueran oídas por el equipo psicosocial adscrito al Juzgado, pero él no las oyó personalmente. La hija menor, que contaba a la sazón con 11 años de edad, solicitó de «forma categórica e imperativa» que la entrevista con el equipo psicosocial fuera grabada. Al negarse éste último a la grabación, la entrevista no se desarrolló»¹⁹... La demandante recurrió esta sentencia ante la AP, sobre la base del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño (apartado 21 posterior), alegando que su hija menor no había sido oída por el Juez, ni siquiera por el equipo psicosocial adscrito al Juzgado de Primera Instancia al negarse aquél, a pesar de la petición en este sentido de la niña, a que la entrevista fuera grabada».

Mediante Auto de 12 de junio de 2008, el Juzgado de Primera instancia había solicitado a los servicios sociales un informe sobre la conveniencia de atribuir la guarda y custodia de las menores a su padre, a un

¹⁸ El asunto comienza como un supuesto típico: tras la separación de los cónyuges, el Juzgado otorga a la madre –sra. Iglesias Casarrubios– la custodia de las hijas –menores entonces–, patria potestad para ambos y régimen de visitas. Mientras tanto, el Juzgado de Instrucción de Madrid había condenado al esposo de la demandante a unas multas por delito de lesiones, y a la propia demandante por amenazas... A raíz de un golpe de fusta propinado en la cara de su hija mayor, que contaba entonces con 7 años de edad, el Juez solicitó a la clínica médico-legal de Madrid un informe psicológico de las dos menores. Este informe señalaba «manipulación de las menores [de la madre contra el padre]», y apuntaba que «la conducta [del padre] de golpear [a su hija mayor] con una fusta parece desmedida» y que «existe una situación de descontrol de impulsos ocasional del padre (que debe corregirse), la cual es magnificada por la situación de enfrentamiento entre los progenitores y la situación de separación conyugal».

¹⁹ Mediante sentencia de 17 de septiembre de 2007, el Juzgado de Primera Instancia no 24 de Madrid acordó el divorcio y concedió a la demandante el derecho de guarda y custodia de sus hijas, compartiendo ambos padres la patria potestad. Atribuyó al padre un derecho de visita restringida consistente en dos horas diarias, los sábados y domingos de los fines de semana alternos, en el Punto de Encuentro Familiar más próximo al domicilio de las menores en el horario que indicara el centro y bajo sus indicaciones.

tercero, o a una institución pública de acogida²⁰. Solo varias semanas después, la demandante interpuso un recurso de reposición contra este auto. A dicho recurso se le adjuntaron sendas cartas dirigidas al Juzgado de Primera Instancia por las hijas de la demandante –es de una claridad insultante la premisa de que dos menores no tienen nociones acerca de cómo dirigir una misiva al juzgado que, como acto adjetivo, no cumple los más mínimos rigores del Derecho procesal. De hecho, las cartas no fueron contestadas por el juzgado–. Las jóvenes describían su angustia ante las posibilidades que planteaba el Auto, y se quejaban de que el Juez no las había oído personalmente en el marco del procedimiento²¹.

1. Mediante sentencia de 30 de septiembre de 2010, la AP de Madrid desestimó el recurso y confirmó la sentencia recurrida. La sentencia no se pronunciaba sobre la falta del trámite de audición de la hija menor de la demandante por parte del Juez y por los miembros del equipo psicosocial (la AP inadmitió después el recurso extraordinario por infracción de las normas de procedimiento interpuesto por la demandante, en el que estaba expresamente invocado el derecho de las menores a ser oídas personalmente por el Juez).
2. El recurso de amparo formulado por la demandante ante el Tribunal Constitucional fue inadmitido el 19 de octubre de 2011 por carecer de especial transcendencia constitucional.

Los argumentos de derecho interno español y derecho internacional se centraron, no podía ser de otra forma, en varios textos positivos: en relación con el Código civil –arts. 92 y 163–, en su redacción de la fe-

²⁰ Por la forma en que se transmite esta decisión judicial, se da la sensación de que la medida acogida por el Juez es puramente reactiva, ante los vaivenes de los progenitores. Pensamos que se trata, más bien, de un sentido de la traducción.

²¹ Según recoge el recurso ante el TEDH, «la demandante indicaba en su recurso de reposición que sus dos hijas –con edades de casi 15 años y de 12 años y 3 meses– deseaban ser oídas por el Juzgado y por la Fiscalía, y aclaraba que la más joven ni siquiera había sido reconocida por el equipo psicosocial. Ninguna respuesta del Juzgado de Primera Instancia a las cartas de las dos menores, ni al recurso de reposición formulado por su madre consta en el expediente. Según la demandante, estas cartas se adjuntaron también a su recurso».

cha²²; el artículo 770.4 de nuestra LEC²³; el artículo 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor²⁴; y el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990²⁵.

²² Artículo 92:

«[...] 6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda».

Artículo 163:

«Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor [...]».

²³ «Si el procedimiento fuere contencioso y se estimare necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o de los propios hijos, podrán ser oídos cuando tengan menos de doce años, debiendo ser oídos en todo caso si hubieran alcanzado dicha edad. También habrán de ser oídos cuando precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y este sea prestado por los progenitores, así como los hijos con discapacidad, cuando se discuta el uso de la vivienda familiar y la estén usando.

En las audiencias con los hijos menores o con los mayores con discapacidad que precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se garantizará por la autoridad judicial que sean realizadas en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario».

Regla 4.ª del artículo 770 redactada por el apartado veintiuno del artículo cuarto de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE de 3 junio). Entró en vigor el 3 septiembre 2021.

²⁴ «1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez...

El apartado 3 dispone: «3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.

Este artículo había sufrido ya una modificación y fue redactado por el apartado cuatro del artículo primero de LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE de 23 julio). Entró en vigor el 12 agosto 2015.

²⁵ «1. Los Estados Parte garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que

La sentencia contenía también una expresa alusión a la STC 163/09, de 29 de junio, en la que recogía varios fundamentos que el Alto Tribunal había considerado en el caso de un menor de 11 años que no fue oído en un procedimiento de divorcio, y partía de que «la demanda sostiene que en el presente caso el menor tenía juicio suficiente para ser oído, pues contaba alrededor de once años cuando se dictaron las Sentencias de primera instancia y de apelación. Y añade que el menor había mostrado su negativa al régimen de visitas a favor de su padre biológico acordado por el Juez. Esta circunstancia genera en el menor serios daños y padecimientos psicológicos y lesiona su integridad moral (art. 15 CE) y su dignidad (artículo 10 CE).

Sin embargo, como señala el Ministerio Fiscal, en 2005 se produjo una reforma legislativa que modifica el régimen jurídico al que se refiere la demanda. La Ley Orgánica 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio²⁶, dio una nueva redacción al artículo 92 del Código civil, cuyo apartado 6 establece: «En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda...

Las resoluciones judiciales que han dado origen a la presente demanda de amparo fueron dictadas con posterioridad a la publicación de la Ley Orgánica 15/2005, por lo que ésta es la normativa que debían aplicar los órganos judiciales. La Audiencia [Provincial de Valladolid] señala que, siendo la pretensión de la Sra. S. que no se reconozca derecho de visitas al padre, el objetivo esencial de la propuesta de

afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional».

²⁶ BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

audiencia es conocer la opinión del menor respecto a tal régimen y si desea mantener contactos con su padre. Esta opinión ya es conocida por la Sala, pues consta en las manifestaciones que el menor hizo al equipo psicossocial que redactó el oportuno dictamen. De ahí que no corresponda en el presente asunto proceder al trámite de audiencia del menor.

Esta argumentación [...] es coherente con la normativa aplicable al presente asunto, conforme a la cual los órganos judiciales deducen que la audiencia al menor no se concibe ya con carácter esencial, siendo así que el conocimiento del parecer del menor puede sustanciarse a través de determinadas personas (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996)²⁷ y sólo resultará obligado cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor (art. 92.6 CC). [...]».

Siempre hemos mantenido²⁸, tesis que parece reforzarse cada vez más, que el derecho del menor a ser oído encierra también su antítesis o derecho del menor a no ser oído, por dos razones: primero, porque se evita en lo posible la instrumentalización –con las inefables consecuencias psico-personales y sociales– jurisdiccional de los menores, y, segundo, porque, para su desarrollo axiológico, parece intolerable que se haga recaer sobre ellos el peso indebido de una decisión que compete a los órganos administrativos, ministerio fiscal y judiciales en última instancia, a partir de la corresponsabilidad parental. En cualquier caso, no estamos seguros de que, después de las numerosas reformas acaecidas en la materia, y de la que ya hemos dado cuenta en otros trabajos²⁹, así como de la jurisprudencia reciente, la solución acogida hubiera sido similar a la que tuvo a bien conceder el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La solución del TEDH, después de razonar que no se sostenían los argumentos de la abogacía del Estado en el sentido de impedir la legitimación

²⁷ BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

²⁸ PIZARRO MORENO, E., *El interés superior del menor: claves jurisprudenciales*, Madrid, 2020, ed Reus, *passim*.

²⁹ NICASIO JARAMILLO, I. M., y PIZARRO MORENO, E., *Supuestos jurisprudenciales de aplicación del interés superior del menor en casos de violencia de género*, de próxima aparición en obra colectiva dir. por López de la Cruz L., y Sánchez Medina, J. A., 2024, Valencia, ed. Tirant Lo Blanch.

activa de la madre para demandar la violación del Convenio en relación con el derecho de las menores a ser oídas, pasa por diversos estadios:

- el primero, sobre la admisibilidad del recurso, al considerar que, abundando en la idea recogida en el párrafo anterior y a efectos jurisdiccionales, solo la madre es titular de los derechos reclamados, aunque haya tres demandantes (nada se opone a ello, dice el Tribunal). Es la idea, general en los ordenamientos jurídicos y seguramente equívoca, de que las partes procesales en un procedimiento de familia no coinciden con las partes en conflicto (descendientes, abuelos, familiares, etc.).
- el segundo, sobre el fondo del asunto, la argumentación de la progenitora se basaba en la idea crucial de que las menores no habían sido oídas por autoridad judicial –como reconocía la abogacía del Estado, fiscalía y autoridad judicial, sí lo habían sido por el equipo psicosocial del Juzgado–, con lo que se había sustraído ilegítimamente una posibilidad que podía dar lugar a una modificación sustancial de las medidas acogidas.

Dada la importancia de las consideraciones hechas por el TEDH, hemos considerado oportuno recogerlas literalmente (*sic*): «36. En lo que respecta particularmente al trámite de audiencia de las niñas por parte de un Tribunal, el TEDH ha estimado que sería ir demasiado lejos decir que los Tribunales internos están siempre obligados a oír a un niño en audiencia cuando está en juego el derecho de visita de un padre que no ejerce la guarda. En efecto, esto depende de las circunstancias particulares de cada caso y teniendo debida cuenta de la edad y de la madurez del niño afectado (*Sahin c. Alemania* [GC], no 30943/96, § 73, CEDH 2003-VIII. Observa, sin embargo, que en Derecho español (apartados 18 y 19 anteriores) en caso de procedimiento contencioso de divorcio, y si se estima necesario, los hijos menores, si son capaces de discernimiento, deben ser oídos por el Juez y, en todo caso, los menores con edades de 12 y más años. En cualquier caso, cuando el menor solicita ser oído, la denegación del trámite de audiencia deberá ser motivada»³⁰.

³⁰ El argumento 42 «apunta que la petición del trámite de audiencia de las menores fue formulada expresamente ante el Juzgado de Primera Instancia en cuanto la demandante se opuso, el 28 de febrero de 2007, a la demanda de divorcio (apartado 9 anterior). No aprecia ninguna razón que justifique que la opinión de la hija mayor de la demandante, una menor con una edad entonces de más de 12 años, no fuera recogida directamente por el Juzgado de Primera Instancia en el marco del procedimiento de divorcio, como lo exigía la Ley inter-

En consecuencia, el TEDH entendió que las jurisdicciones internas no habían garantizado a la demandante su derecho a un proceso equitativo, en el sentido del artículo 6 § 1 del Convenio. Ello supuso que se estimara producida una vulneración de esta disposición.

Aunque nos reservamos para el apartado de conclusiones la descarada falta de profundidad de esta resolución, hemos de adelantar que, a nuestro juicio, no entra en detalle –solo por humilde soslayo– en las cuestiones que, en verdad, han de afectar a la intimidad de los menores y a sus derechos de la personalidad en su concreción como intereses superiores³¹.

2.2 Bautismos de fuego: STC 5/2023, de 20 de febrero de 2023.

Los hechos de esta sentencia son muy sensibles; los progenitores se encontraban en trámites de divorcio, y el progenitor no custodio, el padre, activa una demanda al amparo de los artículos 87 ss. de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria (LJV)³² y 158 del Código civil (CC), y con cita del artículo 39.3 y 4 CE, solicitó que se requiriera a la demandada, con la que se encontraba incurso en procedimiento de divorcio a fin de que «se [abstuviera] de llevar a misa al menor, [...], así como [de] hacerle partícipe de actos religiosos, en especial la realización del sacramento del bautismo, sin el consenso y consentimiento del progenitor no custodio» y que el menor «continúe estudiando la asignatura «valores cívicos y sociales» en el colegio» en el curso 2017-2018³³.

na (apartado 18 anterior). El TEDH no ve tampoco ninguna razón que justifique que el Juzgado de Primera Instancia no se pronunciara, en el marco de este mismo procedimiento, de manera motivada sobre la solicitud de la hija menor de ser oída por aquel, tal como se lo exigía la Ley. La denegación de oír por lo menos a la hija mayor, así como la ausencia de cualquier motivación para rechazar las pretensiones de las menores de ser oídas directamente por el Juez que debía resolver sobre el régimen de visitas de su padre (apartado 13 anterior), conduce al TEDH a concluir que se ha privado indebidamente a la Sra. Iglesias Casarrubios del derecho de que sus hijas sean oídas personalmente por el Juez, no obstante las disposiciones legales aplicables, sin que las jurisdicciones superiores que examinaron los recursos que aquella había interpuesto pusieran remedio a tal privación.

³¹ Como consecuencia de la estimación de la demanda, el TEDH condena a España al pago de 6400 € por daño moral, más 2000 € para gastos y costas; todo ello incrementado con los intereses legales y de demora que se devenguen hasta su liquidación.

³² BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015.

³³ Las citas proceden de la STC 5/2023, de 20 de febrero de 2023. Recurso de amparo 6808-2019, promovido por don P. M. P., en relación con las resoluciones dictadas por un juzgado de primera instancia de Majadahonda y la Audiencia Provincial de Madrid en procedi-

Hemos querido plantear las posibles cuestiones que se plantean de fondo, pues, es indudable que nos encontramos ante un caso sensible de confrontación de derechos fundamentales en el que, en apariencia, pueden estructurarse las siguientes formulaciones:

- a) El propio derecho fundamental del menor a su libertad religiosa e ideológica, con el correspondiente análisis acerca de la premisa de si cuenta con la aptitud para desplegarlas en todos los sentidos, sin más limitaciones que las que tendría un sujeto con capacidad plena.
- b) Los derechos individuales de cada uno de los progenitores a su libertad religiosa e ideológica.
- c) La confluencia de la proyección de los derechos ideológicos y religiosos de los progenitores sobre el menor³⁴.

Antes de realizar una secuencia analítica de las premisas planteadas, conviene recordar, y lo haremos en varias ocasiones, que la decisión sobre un conflicto –que suele ser de unas consecuencias muy importantes, más si cabe en asuntos de esta naturaleza– se realiza en un momento determinado en el tiempo, siempre, por lo que deberíamos tener en cuenta que en toda sentencia hay una cláusula implícita *rebus sic stantibus*, pues la decisión se fijará en el tiempo con una proyección limitada. Lo cierto es que las menores, cuando reciban la sentencia, habrán sumado ya varios años y es absolutamente seguro que su realidad habrá cambiado de forma y manera notables.

No está de más recordar que difícilmente pueden conocerse las inquietudes ligadas a la personalidad del menor cuando, como es el caso, por su edad y por la deriva del procedimiento, no se han escuchado en ningún momento. No obstante, la clave de la innecesaridad de ser oído, a juicio del TC, está en que ninguna de las posiciones de los progenitores se opone al interés superior del menor, salvo que se esté obviando al propio menor que, como ya hemos dicho, es titular también de su propia libertad religiosa. De hecho, al Auto del Juez de 1.ª Instancia «tras recor-

miento de jurisdicción voluntaria. Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa: autorización judicial para la administración del bautismo y la asistencia a asignatura religiosa acordada sin dar audiencia al menor. La sentencia cuenta con un interesante voto particular. BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2023, páginas 47651 a 47674 (24 pp.).

³⁴ No debe olvidarse que la propia manifestación de estos derechos fundamentales en cualquier persona produce un impacto en la personalidad del resto de sujetos; con más motivo si hablamos de padre y madre respecto de un hijo o hija menor.

dar la posición sostenida por el recurrente en amparo, resalta, con cita de las SSTC 141/2000, de 29 de mayo, y 154/2002, de 18 de julio, de los apartados primero y tercero del artículo 14 de la Convención de derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, y del apartado primero del artículo 6 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (en adelante, Ley Orgánica 1/1996), que los menores son titulares del derecho a la libertad religiosa. Recuerda el contenido del artículo 27.3 CE y del artículo 2.1 c) de la Ley Orgánica 7/1980, de libertad religiosa (en adelante, LOLR)³⁵, en que se reconoce el derecho que asiste a los padres para adoptar que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Finalmente, refiere con referencia al artículo 2.1 a) LOLR, a la STC 46/2001, de 15 de febrero, que el derecho a la libertad religiosa comprende el derecho a no profesar religión o creencia alguna.

La doctrina del TC³⁶ parte de la idea de que la CE reconoce de forma expresa el factor religioso en dos preceptos: en el artículo 14 CE, a través del principio de igualdad religiosa, al proclamar que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de... religión», y en el artículo 16 CE, donde sienta las bases de su tratamiento jurídico, al garantizar la libertad religiosa en su doble dimensión individual y colectiva (art. 16.1 CE), la inmunidad frente a toda coacción de los poderes públicos (art. 16.2 CE), así como la no estatalidad de ninguna confesión y la cooperación del Estado con las confesiones (art. 16.3 CE). De seguido, el TC asentó dos dimensiones, objetiva y subjetiva, del principio de libertad religiosa, y lo puso en relación con otros criterios constitucionales (igualdad, laicidad, cooperación³⁷):

«En su dimensión objetiva, la libertad religiosa comporta una doble exigencia, a que se refiere el artículo 16.3 CE: primero, la de neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado; segundo, el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas confesiones. En este sentido, ya dijimos en la STC 46/2001, de 15 de febrero (FJ 4) que «el artículo 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad, considera el

³⁵ BOE núm. 177, de 24 de julio de 1980.

³⁶ *Vid.*, por todas, la citada STC 34/2011, de 28 de marzo.

³⁷ No debe olvidarse que estos argumentos deben atemperarse con el contenido del artículo 9.2 CE, en la medida en que puede representar la vía para remover obstáculos para la efectividad del derecho a la libertad religiosa.

componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener ‘las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones’, introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales» (en el mismo sentido, las SSTC 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 9; 154/2002, de 18 de julio, FJ 6; y 101/2004, de 2 de junio, FJ 3).

De otro lado, en cuanto derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene una doble dimensión, interna y externa. Así, según dijimos en la STC 177/1996, de 11 de noviembre (FJ 9), la libertad religiosa «garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual», y asimismo, junto a esta dimensión interna, esta libertad «incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros» que se traduce «en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso» (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4), tales como las que se relacionan en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de libertad religiosa, relativas, entre otros particulares, a los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos, y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades. Se complementa, en su dimensión negativa, por la prescripción del artículo 16.2 CE de que «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias».

Entiende el máximo intérprete de la norma suprema que «la Constitución dista mucho de alinearse junto a concepciones que consideran el hecho religioso como nocivo o perjudicial para la formación y el desarrollo integral de la persona»³⁸, y termina razonando que «la Constitución parece ver que el hecho religioso es positivo, puesto que el artículo 16 CE expre-

³⁸ Esta idea ya ha sido sagaz y recientemente tratada por CONTRERAS MAZARIO, J. M.^a, (2023), «Libertad de conciencia, laicidad y derecho a la educación: hacia una nueva propuesta curricular», en *Secularización, cooperación y derecho: Estudios en homenaje a la profesora Dra. D.^a Ana Fernández-Coronado González/coord. por Pérez Álvarez, S., Pelayo Olmedo, J. D.*, pp. 343-364.

sa el compromiso del Estado de mantener relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones religiosas»³⁹.

Da la sensación de que el TC no tiene en cuenta aquí las innumerables implicaciones de este reconocimiento. Con razón dice Beneyto Pérez⁴⁰ que «este carácter fundante y fundamental⁴¹ –«fundante de las demás libertades»– que posee el que genéricamente se denomina «derecho de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión» y, en especial, el derecho a la libertad religiosa, se derivan dos importantes consecuencias. En primer lugar, esta íntima vinculación de la libertad de pensamiento con la misma naturaleza racional del hombre⁴² define la línea que separa un Estado democrático –en el que se garantiza la distinción entre súbdito y ciudadano, pero sobre todo entre ciudadano y persona– y un Estado totalitario⁴³.

Por otra parte, la reconducción de la libertad de pensamiento a su íntima vinculación con la naturaleza racional del hombre⁴⁴, esto es, con una capacidad de buscar y conocer los valores, de comportarse con ellos, y aun de trascenderse a sí mismo por medio de la religión, es, además, la base sobre la que se puede construir un concepto de libertad no reduccionista, que no limite el significado de la libertad de pensamiento a la mera inmunidad de coacción».

Desde luego, la argumentación es absolutamente coherente con la idea que subyace al reconocimiento constitucional de este derecho fundamental. Pero, no queda resuelta aún la cuestión cuya solución nos concede otra perspectiva sobre la que se dio en el caso. Por ello, continuamos leyendo al mismo autor⁴⁵: «Esta visión simplista podría resultar de una lectura superficial del texto del artículo 16. En efecto, podría

³⁹ Aunque ya hemos visto que reconoce una dimensión objetiva, que se condensa en la neutralidad de los poderes públicos y en el principio de cooperación, y una dimensión subjetiva, que se manifiesta de forma interna –muy vinculados a criterios de intimidad individual o colectiva– y externa –*agere licere*, que facultad su manifestación pública–.

⁴⁰ BENEYTO PÉREZ, J. M., *Comentarios a la Constitución española de 1978; Comentario al artículo 16*, en Alzaga Villamil, Ó., (dir.), Tomo II, artículos 10 a 23, ed. Edersa, Madrid, 1997, p. 306.

⁴¹ Se refiere a la libertad religiosa, en esencia.

⁴² Cuánto mejor no hubiese sido decir «persona» ...

⁴³ Con criterios y argumentos similares, Parejo, cit., *passim*.

⁴⁴ *Idem*, nota 42

⁴⁵ *Ib.*, BENEYTO.

parecer en un primer momento que lo que reconoce el artículo 16 es única y exclusivamente una inmunidad de coacción en materia ideológica y religiosa o en las creencias de todo ciudadano de las comunidades frente al Estado. De acuerdo con esta interpretación, los titulares de las libertades que garantiza el artículo 16 podrían formarse y expresar sus propias opiniones ideológicas y convicciones éticas, o bien profesar una fe religiosa determinada; comportamientos absolutamente ajenos –exentos y, de algún modo, contrapuestos al Estado–, sin que pudiese darse una mediación positiva por parte de éste. Se trataría, pues, de una libertad «frente» al Estado, pero no de una libertad «en el» Estado. Tal interpretación podría justificar en todo caso el principio decimonónico de separación entre Iglesia-Estado –el principio de laicidad– y aun el principio de igualdad religiosa, pero no el principio de cooperación al que obliga el propio artículo 16 en su apartado tercero. Tal interpretación no sería capaz, en definitiva, de superar la concepción de un Estado que considere a sus miembros como súbditos, simples objetos y simples beneficiarios de sus acciones de gobierno y no los considere como ciudadanos: miembros activos a quienes compete realizar un programa de autorrealización subjetiva».

Así las cosas, no resulta difícil concluir que el TC no ha tenido en cuenta este último argumento para resolver el asunto, pues casa mal con la afirmación de que «el superior interés del menor no se opone a ninguna de las opciones pretendidas por los progenitores, por lo que este no será la clave para resolver el conflicto»⁴⁶. Más aún cuando, en párrafos anteriores, señala –en relación con la STC 141/2000, de 29 de mayo–, que los menores tienen pleno reconocimiento de su derecho a la libertad religiosa. Dicho derecho no queda abandonado en manos de los padres, si bien se modula en función de su madurez y atendido el superior interés de este⁴⁷. Recuerda que los órganos judiciales en-

⁴⁶ Sec. TC., p. 47660 (BOE).

«Refiere que el juzgador no resuelve el conflicto entre los progenitores con fundamento en una preferencia de la religión católica, sino que comparte la plena equiparación de las distintas creencias, entre las que se encuentra la de no profesar ninguna religión. El conocimiento de las diversas creencias religiosas no hace más que ampliar el bagaje cultural y mejorar las posibilidades de elección de su opción religiosa. Nada opone el fiscal a la posibilidad de que el padre y la madre pudieran hacer uso de lo que el auto denomina pluralidad de educaciones religiosas, por lo tanto, la petición del padre de que se abstenga la madre de llevar al niño a misa, o la de formarle en sus creencias, entiendo que fue correctamente desatendida por el juez».

⁴⁷ Cfr. con la idea anterior.

tendieron que su falta de madurez era tan evidente que ni siguiera acordaron que fuera oído, lo que no es una decisión extravagante. Añade que, determinada la falta de capacidad de obrar, la solución más objetiva sería la de que permaneciera ajeno a toda decisión al respecto hasta alcanzar la madurez suficiente para pronunciarse.

La Ley Orgánica de libertad religiosa, el artículo 6.3 de la Ley Orgánica 1/1996 y también el artículo 14.1 de la Convención de derechos del niño conciben la intervención de los padres y tutores respecto de la libertad religiosa como un derecho-deber. Incluso se incardina en la libertad religiosa del progenitor el derecho al proselitismo y el deber a que no se inhiban de estas materias y contribuyan a su formación.

Ello sin olvidar que estos criterios se incardinan entre sí con los principios constitucionales rectores de este derecho fundamental a la libertad religiosa⁴⁸, y que hay que cohonestar igualmente con el criterio de laicidad positiva, como equivalente a aconfesionalidad, que fue recogido por la extensa STC 38/2007, de 15 de febrero de 2007⁴⁹ en los siguientes términos: «El credo religioso objeto de enseñanza ha de ser, por tanto, el definido por cada Iglesia, comunidad o confesión, no cumpliéndole al Estado otro cometido que el que se corresponda con las obligaciones asumidas en el marco de las relaciones de cooperación a las que se refiere el artículo 16.3 CE».

2.3 La sombra de la fundamentación jurídica es alargada.

La STC que comentamos había entrado a resolver ciertas cuestiones previas, como la relativa a la salvaguarda de la intimidad del menor, por lo que declaró de forma expresa que «con el fin de preservar la intimidad del menor y en aplicación de las potestades atribuidas a este tribunal por el artículo 86.3 LOTC y el acuerdo del Pleno de 23 de julio de 2015, por el que se regula la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de las resoluciones jurisdiccionales («Boletín Oficial del Estado» núm. 178, del 27 de julio de 2015), debe indicarse –conforme solicita la madre del menor–, que la presente sentencia no incluye la identificación del menor ni, a estos mismos efectos, la de los ascendientes que apare-

⁴⁸ *Vid. supra*, nota a pie núm. 29.

⁴⁹ Ponente, CASAS BAAMONDE, M.^ª E.

cen mencionados en las actuaciones [STC 141/2012, de 2 de julio, FJ 8; en el mismo sentido, SSTC 182/2015, de 7 de septiembre; 13/2016, de 1 de febrero, FJ 1; 22/2016, de 15 de febrero, FJ 1; 34/2016, de 29 de febrero, FJ 1; 50/2016, de 14 de marzo, FJ 1, y 132/2016, de 18 de julio, FJ 1 c)]. De este modo el recurrente en amparo, padre del menor, aparecerá identificado como P. M. P., y la madre del menor como A. A. F.»⁵⁰.

En la sentencia, por otra parte, se resuelve sobre si el hecho de no haber sido oído y escuchado el menor por parte de la autoridad judicial puede generar una especie de indefensión⁵¹ que tendría cabida y amparo ex artículo 24 CE. El TC entiende que «... es la preceptiva comparecencia (de las partes) la que garantiza plenamente la efectividad del principio de contradicción, procediéndose –dada la escasa complejidad y simplicidad de lo controvertido–, a la máxima concentración en la misma de todas las diligencias acordadas de oficio o a instancia de las partes, en un diseño que por encontrarse inspirado en el juicio verbal –a cuya regulación llama con carácter supletorio–, se inicia con la comprobación de la subsistencia del litigio entre las partes y en caso de que las partes no hubieran llegado a un acuerdo, ni solicitaran la suspensión para acudir a la mediación, se procede a fijar los hechos sobre los que exista contradicción y a proponer las pruebas que, de ser admitidas, se practicarán en el acto (arts. 443.1 y 2 LEC y 18.2 LJV), colmando de este modo las exigencias de inmediación, publicidad y oralidad».

La necesidad de que el menor sea oído y escuchado en los procedimientos la dirime el TC a favor de la interpretación literal de las normas internas e internacionales⁵², con tres argumentos:

«a) Por una parte, conforme a reiterada doctrina de este tribunal, “el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE comporta la exigencia de que en ningún caso pueda producirse indefensión, lo cual, puesto en relación con el reconocimiento del derecho de defensa en el apartado 2 del mismo precepto constitucional, significa que se garantiza el derecho a acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y ejercer la defensa de los derechos e intere-

⁵⁰ Carecería de sentido proteger la identidad (=intimidad) del menor, declarando públicos los datos relativos a sus progenitores. Se frustraría, así, el fin propuesto por la norma.

⁵¹ Cercenándose así los derechos de oposición y prueba.

⁵² Siempre que fuere mayor de 12 años y, de no ser así, si tuviere suficiente juicio.

ses legítimos en un proceso en el que se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales, que se encuentran, como consecuencia lógica de la configuración constitucional del derecho de las partes a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, en la base o esencia misma de la existencia de un juicio justo” (por todas la STC 184/2005, de 4 de julio, FJ 3, de esta misma Sala, y las allí citadas).

Quizá sea conveniente no olvidar que la capacidad del menor para ser parte es vista solo desde la perspectiva de su intervención para ser oído y escuchado, aunque el Derecho interno e internacional, en los procesos civiles, les garantiza toda una serie de derechos, a saber:

- solicitar la protección y la tutela de la entidad pública competente;
- informar a la fiscalía de la situación;
- plantear quejas al Defensor del Pueblo;
- solicitar los recursos sociales disponibles de las Administraciones públicas;
- solicitar asistencia jurídica y el nombramiento de un defensor judicial;
- presentar quejas individuales al Comité de los Derechos del Niño⁵³.

b) Por otra parte, el derecho del menor a ser «oído y escuchado» forma así parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad⁵⁴, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos (STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5). Su relevancia constitucional está recogida en diversas resoluciones de este tribunal, que han estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal (STC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; en el mismo sentido, SSTC 71/2004, de 19 de abril, FJ 7; 152/2005, de 2 de junio, FFJJ 3 y 4, y 17/2006, de 30 de enero, FJ 5).

⁵³ https://e-justice.europa.eu/35998/ES/rights_of_minors_in_court_proceedings?S-PAIN&member=1, consultado a fecha de 22 de junio de 2024.

⁵⁴ Por todos, MORERA VILLAR, B. «El interés del menor y su participación en los procesos de familia tras la lo 8/2021 de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N. 17 bis, diciembre 2022, pp. 1370-1395. Véase, por su contundencia, el apartado de conclusiones.

c) Este tribunal ha establecido la estrecha vinculación entre el derecho indisponible del menor a ser oído y escuchado que forma parte del contenido de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa de las partes (art. 24.1 y 2 CE) en un expediente de jurisdicción voluntaria, sin necesidad de ahondar en si la audiencia del menor constituye un medio probatorio y, en su caso, la naturaleza de este».

Ello llevó al TC a resolver que «si bien la reparación de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en relación con el derecho de defensa (art.24.2 CE), requiere normalmente, además de la declaración de la vulneración misma, la anulación de la resolución judicial causante de dicha vulneración y la retroacción de actuaciones a los efectos de la subsanación de la indefensión producida o para que el órgano judicial efectúe un nuevo pronunciamiento fundado razonablemente en Derecho, en un caso como el presente, la estimación del amparo ha de tener como efecto exclusivamente el reconocimiento del derecho de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado y la nulidad de las indicadas resoluciones [art. 55.1 a) y b) LOTC], toda vez que han transcurrido más de cinco años desde que se dictó la providencia anulada, el menor tiene actualmente más de doce años, recibió el bautismo antes de que se dictara la sentencia por la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, y hace cinco años que finalizó el curso 2017-2018 en el que estuvo matriculado en la asignatura de “valores cívicos y sociales”».

Contundente; ahora bien, la idea de interés del menor fluctúa en función de sus necesidades y de la evolución de la vida social y sus valores preponderantes a lo largo del tiempo. La búsqueda de ese beneficio se dará entre varias opciones, eligiendo la que más ventajosa resulte razonablemente o en ocasiones la menos perjudicial o alternativa menos mala⁵⁵ de las opciones que su situación personal o familiar le ofrecen. Esto último es muy habitual en situaciones de crisis matrimoniales en las que esa alteración en el núcleo familiar va a reportar, de seguro, perjuicios al menor.

Decíamos al principio que, en respetuoso desacuerdo con esta decisión, el derecho del menor a ser oído contiene también su contrario, o

⁵⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F., cit., pp. 148 y 149. Lo que engarza directamente con la más idónea expresión anglosajona del *best interest of child*.

derecho del menor a no ser oído, evitando así que –en la mayoría de los casos– se instrumentalice la posición de los menores y, por otra parte, se los convierta en el centro de imputación de responsabilidad en una toma de decisiones que, como hemos visto, no le corresponden. Quiebra así el principio axiológico de su intimidad y, en consecuencia, su natural, libre y necesario desarrollo de la personalidad.

3. CONCLUSIONES, SOLO PARCIALES.

Este extenso pronunciamiento solo puede llevarnos a conclusiones parciales.

La primera es que compete a ambos progenitores, como derecho-deber, la salvaguarda, defensa y promoción de la intimidad del menor, del mismo modo que la libertad religiosa, como trasunto del derecho al libre desarrollo de su personalidad. No se entiende bien, por tanto, que de modo muy reciente la Sala 1.^a del TS haya resuelto el recurso de casación presentado por el padre de una niña nacida en 2017 por el que demandaba a un medio de comunicación por la publicación de dos reportajes con imágenes de su hija sin haberlas previamente pixelado. El progenitor alegaba que estas publicaciones implicaban una intromisión en el derecho a la intimidad y a la propia imagen de la menor sin haber contado con su consentimiento previo⁵⁶ y la realidad

⁵⁶ STS (civil) de 14 febrero de 2023. El reportaje de elderecho.com cerraba así el contenido de la noticia jurídica, haciendo hincapié en el hecho de que en el primer reportaje se entrevistó a la madre durante el confinamiento, y se incluyeron imágenes de la niña proporcionadas por la madre. El segundo –publicado con motivo de la pérdida de la guarda y custodia por parte de la madre– mostró el enlace a la red social de ésta, donde aparecían fotos de la niña. Tanto el padre como la madre son personajes públicos, ya que han estado presentes en los medios de prensa de crónica social, han compartido el matrimonio, el nacimiento de su hija y la separación, además de publicar fotografías con su consentimiento.

La Audiencia Provincial ha desestimado la demanda presentada por el padre. Esto fue apoyado por el Ministerio Fiscal. La sala considera que, en casos de difusión de la imagen de menores en medios de comunicación, el consentimiento del menor no maduro o de sus representantes legales no es suficiente para legitimar la intromisión si existe el riesgo de dañar al interés del menor. De acuerdo con el artículo 156 del Código Civil, los actos realizados por los titulares de la patria potestad son válidos si se ajustan al uso social y a las circunstancias.

El padre no se dirigió a la página web para expresar su oposición a la publicación de las imágenes; en su lugar, presentó una acción judicial contra la demandada. Esta retiró

es que, aunque en otro ámbito, existe una implicación social conjunta con el desarrollo de la personalidad de los menores, sea una entidad privada –medio de comunicación– o sea una entidad pública –administración de justicia–⁵⁷. Al modo anglonorteamericano, la intimidad, entendida como paradigma de la no injerencia de los poderes públicos en el ámbito de las decisiones privadas –que es como nació este derecho–⁵⁸, no puede prescindir, sin embargo, de la necesidad forense de intervenir cuando se trata de la concreción del derecho a la libertad religiosa, «parte curricular»⁵⁹ del libre desarrollo de la personalidad de los menores.

La segunda es que, como decíamos al principio, en respetuoso desacuerdo con esta decisión, el derecho del menor a ser oído contiene también su contrario, o derecho del menor a no ser oído, evitando así que –en la mayoría de los casos– se instrumentalice la posición de los menores y, por otra parte, se los convierta en el centro de imputación de responsabilidad en una toma de decisiones que, como hemos visto, no les corresponden. Quiebra así el principio axiológico de su intimidad y, en consecuencia, su natural, libre y necesario desarrollo de la personalidad.

las imágenes cuando recibió la notificación de la demanda. El consentimiento de la madre, quien también ejercía la patria potestad sobre la niña, está acreditado.

En este contexto, la sala concluye que no ha habido violación de los derechos de la menor. Al analizar el primer informe, se tienen en cuenta las circunstancias en las que se realizaron dichas grabaciones, en pleno período de confinamiento, cuando se hizo un uso generalizado de esta práctica. El contenido no es contrario al bienestar de la menor ni afecta a su privacidad, ya que no se revelan datos íntimos. Por ello, se entiende que el uso social y las circunstancias amparaban el consentimiento otorgado por la madre y que el padre, al no haber objetado el medio, podía suponer de buena fe que la madre actuaba de acuerdo a su voluntad.

En cuanto al segundo reportaje, el medio acusado simplemente replicó el enlace a la red social de la madre, que era accesible y disponible públicamente en internet. Esta difusión es una consecuencia natural de la naturaleza accesible de estos datos e imágenes. Las fotos no resultan ser un peligro para identificar a la niña, y además no agregan nada a las publicadas en el reportaje anterior.

⁵⁷ No está aún desarrollada de forma adecuada, y procede derivarla al ámbito y momento correspondiente, una doctrina sobre la implicación y la responsabilidad de los entes sociales públicos y privados en ese derecho fundamental que se ha dado en llamar libre desarrollo de la personalidad, y que representa la base fundamental de la garantía de otros derechos.

⁵⁸ De próxima aparición, presumiblemente en el decurso de este año, *La intimidad actual; principio y fin*, PIZARRO MORENO, E.

⁵⁹ Diría el prof. CONTRERAS MAZARIO, cit.

Esta idea casa mal con la tendencia a considerar innegociable –dicho en tono jurídico y prosaico– el derecho del menor a ser oído, sobre todo si tiene 12 años –o más–⁶⁰.

Por ello la tercera conclusión quizá merezca pocas más consideraciones –y no son pocas– que sumarse a las que ya realizó en su voto particular el magistrado Ramón Sáez Valcárcel, a la analizada STC 5/2023, de 20 de febrero de 2023: «Pues bien, los jueces justificaron su decisión de adherir al menor a la religión de la madre –mediante el bautizo y la inscripción en la asignatura de religión católica, cuando no había sido bautizado y venía asistiendo a la clase de valores cívicos mientras sus progenitores vivieron juntos– en la consideración de que era mejor que la ausencia de creencias religiosas del padre. Y así, expresaron las razones de su decisión en que el «hecho religioso era positivo», valoración que extendía el juez de primera instancia a la educación «en la fe católica», que no suponía un perjuicio ni un peligro para «su formación integral», mientras que los jueces de la apelación afirmaron que «por autorización judicial el menor se encuentra bautizado» dato que estimaba como «una circunstancia religiosa que carece de trascendencia alguna en su estado» pues los valores religiosos «no atentan a la integridad del menor».

Esta argumentación parece olvidar que ausencia de creencia religiosa –que se le presupone al padre– no significa anticlericalismo⁶¹; se entiende bien ahora la razón de ser nominativa de este trabajo, el Derecho de familia atrapado en el derecho a la libertad religiosa. No se olvide tampoco que, como dijimos al principio, este derecho no es religioso, sino civil; civil-constitucional.

«La decisión de la que discrepo –termina el voto particular– no tiene en cuenta que han transcurrido cinco años y ahora el hijo cuenta trece, por lo que el ordenamiento jurídico le considera con suficientemente madurez para que sea escuchado en todo caso⁶². Pero ya no puede

⁶⁰ En contra, MORERA, cit., p. 1391, *in fine*, y 1392.

⁶¹ Parejo, cit, epígrafe de conclusiones.

⁶² En particular, creo que esta opinión trasciende el caso particular analizado. Está siendo una práctica habitual que las partes revisen de facto los convenios reguladores. La fijación de unas normas de actuación en relación con la patria potestad y el régimen de custodia, visitas y comunicación con los menores se vaya adaptando a su edad y crecimiento. Un convenio regulador es un acto jurídico establecido, permítase la expresión,

decidir libremente –al margen de la creencia que profese–; lo hizo la autoridad judicial en su lugar. Y de esa manera las resoluciones judiciales vulneraron la libertad de conciencia del menor, al no proteger su libertad de elección ni escucharle. Al tiempo que discriminaron irrazonablemente al padre que no estaba adherido a una creencia religiosa y quería que su hijo fuera educado en una concepción laica y que decidiera su plan de vida cuando alcanzara la madurez, otorgando preferencia a la religión católica. E infringieron el mandato constitucional de laicidad del Estado, del Derecho y de las instituciones judiciales, al promover una creencia religiosa desalentando concepciones no religiosas o indiferentes».

Son palabras de una contundencia atroz; desde luego, no estoy seguro –y es probable que ello sea debido a que se trata de cuestiones de una sensibilidad especial, capaces de disociar la mente– de que haya de atribuirse *solum* a la autoridad judicial la responsabilidad sobre la solución acogida. Lo que sí parece más claro, en la línea expresada por el voto particular, es que, normalmente, en aspectos que involucran derechos individuales subjetivos, con marchamo incluso de fundamentales o humanos, o de ambos, «entre todos lo matamos...», permítase la licencia, pues los derechos de la personalidad son prospectivos y axiológicos, y han de formarse de manera progresiva y autónoma para el sujeto titular, en un contexto familiar y social que no debe apropiarse de la decisión íntima del mismo sujeto, particularmente si es menor.

rebus sic stantibus, –como hemos dicho con anterioridad–, y no parece ni inteligente, ni razonable, ni útil, ni certero, dejar sus adaptaciones futuras a un inestable proceso de modificación de medidas. La propia naturaleza de las cosas va imponiendo su orden.