

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

RESUMEN

El menor de edad ocupa un lugar cada vez más destacado en la sociedad, y no sólo como merecedor de protección, que también, si no especialmente por su condición de sujeto de derechos; consideraciones que lógicamente han influido en la delimitación de los distintos ámbitos en los que el niño se desarrolla, reconociéndole una mayor autonomía.

En esta dirección, el derecho a la libertad de creencias y a la libre formación de la conciencia, dado su carácter fundamental y su estrecha vinculación a la dignidad humana, ostenta la más alta consideración en nuestro sistema, y es, por supuesto, reconocido al menor de edad en toda su plenitud. No obstante, y al mismo tiempo, el menor goza de una especial protección mientras no alcance el suficiente juicio para el ejercicio de dichos derechos, recogándose por nuestro ordenamiento una exigencia de cuidado que recae sobre los titulares de la patria potestad, y que se traduce en diversas facultades que les son otorgadas para el correcto desarrollo del deber asignado. Partiendo de tales premisas, y teniendo en cuenta que la actuación paterna puede incidir en el contenido de los derechos de los hijos, la presente investigación se centra en el análisis de una concreta facultad, el derecho de los padres a elegir la formación moral y religiosa de sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones, dada su aparente conflictividad con los derechos fundamentales del menor a su libertad de creencias y a la educación.

SUMMARY

The minor occupies an increasingly important place in society, not only as deserving of legal protection but also as a subject with rights. These considerations have influenced in the delineation of the different spheres in which the child develops, accompanied by a recognition of greater autonomy.

The right to freedom of belief and the free formation of the conscience, given their close relation to human dignity, are considered to be of the utmost importance in our system and are, of course, fully accorded the minor. Nevertheless, at the same

time, the minor enjoys a special protection whilst they lack the necessary judgement to fully exercise such rights. The legal system places a burden of care on those holding paternal authority, granting them the appropriate powers to correctly fulfil this duty. Taking into account that paternal action can impinge upon the rights of the child, and given the conflict with fundamental rights that this implies, this article analyses one particular aspect of parental authority: the right of parents to decide the moral and religious education of their children in accordance with the parents' own convictions.

I. INTRODUCCIÓN

La educación y la escuela constituyen, sin duda alguna y como es sabido, una de las instituciones más apreciadas para la transmisión de valores. Extremo éste, que, junto con la íntima conexión existente entre el derecho a la educación y el derecho a la libre formación de la conciencia, explica la constante atención que nuestra doctrina presta a la mencionada institución¹.

Partiendo de tales premisas es manifiesta la importancia que adquieren cuestiones tales como la consideración del menor como titular de derechos, y el ejercicio de éstos por su parte en el marco de la familia; uno de los principales ámbitos donde se desarrolla y va evolucionando como persona, y en donde se acentúan las finalidades de la educación.

Por un lado, el derecho a la libertad de creencias y a la libre formación de la conciencia, dado su carácter fundamental y su estrecha vinculación a la dignidad humana, ostenta la más alta consideración en nuestro sistema, y es, por supuesto, reconocido al menor de edad en toda su plenitud, al menos, y en relación a su ejercicio, desde que tiene la suficiente capacidad. No obstante, y por otro lado, mientras no se alcance el suficiente juicio, el menor goza de una especial protección, recogiendo por nuestro derecho una exigencia de cuidado que recae sobre los titulares de la patria potestad, y que se traduce en diversas facultades que les son otorgadas para el correcto desarrollo del deber asignado, por lo que, obviamente, la actuación paterna puede incidir en el contenido de los derechos de los hijos.

Delimitado así el marco general en el que nos movemos, el presente trabajo pretende analizar el derecho de los padres a elegir la formación moral y religiosa de sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones, con el objetivo de apuntar, lo que entendemos, su correcta interpretación. Cuestión que

1 De hecho, el tema de la educación ocupa, como es sabido, un destacado lugar en el panorama actual, debido especialmente a la polémica generada por la incardinación en el sistema de enseñanza de la asignatura de educación para la ciudadanía.

nos parece de trascendental importancia principalmente porque el derecho consagrado en el párrafo tercero del artículo 27 de nuestra Carta Magna, elevado, por tanto, a la categoría de fundamental, parece, al menos *a priori*, entrar en contradicción con la afirmación del menor como sujeto de derechos, por lo que una delimitación del mismo nos permitirá dar respuesta a posibles conflictos que puedan plantearse en el ámbito de la educación.

Lo dicho hasta ahora parece aconsejar la distribución de la investigación en tres concretos aspectos. En primer lugar, y como premisa de partida, nos parece necesario afirmar la nueva posición que el menor ocupa en nuestra sociedad, a través de los distintos instrumentos normativos que dan cobertura a su condición de sujeto de derechos, incidiendo especialmente, por su íntima vinculación con la educación, en la libertad de creencias, y más concretamente, en el ejercicio de la misma por parte del menor. Extremo, éste último, que se encuentra directamente vinculado con la capacidad del menor y, por supuesto, en el marco de las relaciones paterno-filiales, con la patria potestad; aspectos en los que nos centraremos, por ello, en un segundo momento. Y en último lugar, delimitadas las cuestiones mencionadas cuya precisión se torna indispensable para contextualizar la cuestión objeto de estudio, abordaremos el análisis e interpretación del precepto mencionado que constituye el núcleo de la presente investigación.

II. MINORÍA DE EDAD Y LIBERTAD DE CREENCIAS

II.1. *El menor como titular del derecho a la libertad de creencias*

El art. 16 de la Constitución española (CE) tutela y garantiza, como es de sobra conocido, «la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley». Del mismo modo, los textos internacionales más destacados sobre derechos humanos —que en virtud del mandato establecido en el art. 10.2 de la Carta Magna deben complementar las normas relativas a los derechos y libertades fundamentales que se reconocen en nuestro Ordenamiento—, predicán el derecho a la libertad de creencias² de «toda persona»³, sin realizar distinciones, como puede verse, en torno a la titularidad del mismo.

2 Como es sabido, y pese a la distinta terminología empleada tanto por la Constitución española como por las distintas Declaraciones Internacionales —libertad religiosa, de culto, ideológica, de conciencia...—, el objeto de protección de este derecho viene constituido por las creencias, sean éstas de naturaleza religiosa o secular. Especialmente significativa es, en este sentido, la sentencia del Tribunal

Puede afirmarse, por ello, que el menor de edad es titular del derecho referido⁴. Efectivamente, «si se dice ‘todos’, no se puede discriminar por razón

Constitucional (STC) 141/2000, de 29 de mayo, en la que defiende esta postura. Entre la doctrina y sin ánimo exhaustivo, puede verse: Javier Martínez Torrón «El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos» en: *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 2, 1986, págs. 422 y 426; Jose Antonio Souto Paz, *Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a las libertades públicas en el Derecho Comparado*, Madrid, 2003, págs. 246 y ss.

3 Sirvan como ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, en cuyo art. 18 podemos leer: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia»; el párrafo primero del art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado el 19 de diciembre de 1966: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza». (BOE de 30 de abril de 1977); igualmente, la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y de discriminación fundadas en la religión o las convicciones, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 25 de noviembre de 1981 [resolución 36/55], cuyo art. 1.1 señala: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza». En el ámbito europeo merece especial mención, obviamente, el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma en 1950, cuyo art. 9.1 dispone textualmente: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, la práctica y la observancia de los ritos». (BOE de 6 de mayo de 1950; rect. de 12 de junio de 1950); y el art. 10 de la Carta de los Derechos fundamentales de Niza, proclamada por primera vez en el año 2000 y adaptada en el año 2007, que con similares términos señala: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos». [Diario Oficial de la Comunidad Europea (DOCE) de 18 de diciembre de 2000].

4 La libertad de creencias del menor es una cuestión ampliamente estudiada y afirmada por la doctrina; en este sentido, y sin ánimo exhaustivo, puede verse: Carmen Serrano Postigo, «Libertad religiosa y minoría de edad en el ordenamiento jurídico español» en: AAVV, *Estudios de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*, Madrid 1983, 805-828; Josefina Alventosa del Río, «Notas sobre el derecho a la libertad religiosa del menor» en: AAVV, *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte*, Tomo 1, Castellón, 1999, pp. 33-38; M^a Teresa Areces Piñol, «Tutela del menor y libertad religiosa», *ibíd.*, pp. 39-50; Jaime Rosell Granados, «El derecho de libertad religiosa del menor en las leyes de libertad religiosa española, italiana y portuguesa» en: Adoración Castro Jover (Ed.), *Derecho de Familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho Comparado. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado (San Sebastián, 1-3 de junio de 2000)*, Bilbao 2001, 787-799; Manuel Alenda Salinas, «La libertad de creencias del menor y uso de signos de identidad religioso-culturales» en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, n^o 98, 2002, pp. 193-246; M^a Belén Rodrigo Lara, «La libertad religiosa del menor» en: *Base de Conocimiento Jurídico*, portal jurídico iustel.com. Merecen, además, especial mención las siguientes obras: Verónica Puente Alcubilla, *Minoría de edad, religión y derecho*, Madrid 2001; Isabel Lázaro González (Coord.), *Los menores en el Derecho español*, Madrid 2002, concretamente, en relación a la libertad de creencias, pp. 630 y ss; Benito Aláez Corral, *Minoría de edad*

de edad»⁵, por lo que, y apoyándonos en los textos destacados, resultaría del todo innecesario el reconocimiento expreso al menor de dicho derecho⁶, pues ya vendría reconocido por aquellos; sin embargo, como señala Alenda Salinas, no parece que ni nuestra Constitución, ni las Declaraciones Internacionales más originarias, tuvieran en cuenta, de modo directo, la proclamación y protección de los derechos de los menores, por lo que será posteriormente cuando, atendiendo al cambio producido en el status del niño⁷, se sentirá la necesidad de declarar expresamente tales derechos⁸. De este modo, el menor como sujeto del derecho a la libertad de creencias encontrará un reconocimiento expreso en los instrumentos más característicos del denominado Derecho de Menores.

Así, en el marco internacional, merece especial mención la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989⁹, cuyo art. 14 garantiza, en el

y derechos fundamentales, Madrid, 2003; Miguel Ángel Asensio Sánchez, *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Madrid 2006; María Moreno Antón, «Minoría de edad y libertad religiosa: estudio jurisprudencial» en: *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 19, 2009, pp. 1-37. Portal jurídico iustel.com.

5 Verónica Puente Alcubilla, *op. cit.*, p. 31.

6 *Vid.* Josefina Alventosa del Río, *op. cit.*, p. 34.

7 Podemos leer en el Preámbulo 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 (LOPJM): «Las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia. Este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos.» (BOE de 17 de enero de 1996).

8 Manuel Alenda Salinas, *op. cit.*, p. 196. En esta misma dirección se pronuncia Puente Alcubilla, afirmando, al referirse a la Convención Europea de Derechos Humanos, que «ni incluye derechos especiales para los niños, ni se hizo teniendo en mente los derechos de los niños, sino más bien los de sus padres». (Verónica Puente Alcubilla, *op. cit.*, p. 47). Rossell Granados señala, en consonancia con lo expuesto, que, efectivamente, de la expresión «todas las personas» debería deducirse que el menor había sido reconocido como titular del derecho a la libertad de creencias ya en los textos internacionales sobre derechos humanos, pero, sin embargo —apunta a continuación—, el reconocimiento normativo de dicha titularidad y su protección resultó ser mucho más complejo. (Jaime Rosell Granados, *op. cit.*, pp. 787-788).

9 Ratificada por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990 (BOE de 31 de diciembre de 1990). Ciertamente, la preocupación de la Comunidad Internacional por el menor de edad surge mucho antes; ya a principios del siglo XIX los niños son percibidos como una categoría distinta a la de los adultos, y dada su mayor vulnerabilidad se empieza a considerar la necesidad de dotarles de un amparo especial. Pese a ello las medidas internacionales para su protección no aparecen hasta el siglo XX, en el que surgen las Declaraciones de Ginebra, aprobada por unanimidad por la Asamblea de la Sociedad de Naciones en 1924, y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Sin embargo, ninguna de estas declaraciones tiene carácter obligatorio, de modo que será la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, a diferencia de aquellos, el primer documento de alcance universal que, al adoptar la forma de Tratado Internacional, tiene carácter obligatorio para los Estados Parte, que deberán adaptar su legislación interna al texto convencional. (José A. Paja Burgoa, *La Convención de los Derechos del Niño*, Madrid 1998, pp. 52-54 y 60; M^a Belén Rodrigo Lara, *op. cit.*). En esta dirección, como señala Rodrigo Lara, actual-

primer párrafo, «el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión». Y en el ámbito regional europeo destaca la Carta Europea de los Derechos del Niño, emitida por el Parlamento Europeo en el año 1992¹⁰, que con los mismos términos reconoce en su principio 18 al menor como titular de dicho derecho, garantizando, además, en su principio 19, el derecho de todo niño a gozar de su propia cultura y a practicar su propia religión o creencias.

Por lo que se refiere a la normativa específica sobre menores en el ámbito del derecho estatal debe destacarse la Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor (LOPJM), que dedica su Título I a los derechos de los menores, recogiendo una enumeración de los mismos en el Capítulo II. En este sentido, y en relación a la cuestión objeto de estudio, la libertad de creencias del menor encuentra protección a través de dos preceptos. Por un lado, el art. 3 de la citada ley, con el que se inicia dicho capítulo, que dispone textualmente: «Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social»; por otro lado, y de forma expresa, a través del art. 6 en el que se garantiza el derecho del menor a la libertad ideológica, de conciencia y religión, sin más limitaciones que las prescritas por la Ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Por último, en materia de menores, ocupa un lugar preeminente la legislación autonómica¹¹; efectivamente en virtud de las competencias asumidas en sus respectivos Estatutos, las Comunidades Autónomas han venido promulgando diversas leyes sobre protección del menor. En nuestro caso, la Generalitat promulgó la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de

mente puede hablarse de un Derecho de menores como verdadera área jurídica, que se inicia sobre todo a partir de dicha Convención, cuando los distintos ordenamientos jurídicos comienzan a regular la minoría de edad reconociendo y potenciando la figura del menor como sujeto de derechos. (M^a Belén Rodrigo Lara, *op. cit.*). Idea que coincide plenamente con el Preámbulo de la LOPJM, en donde expresamente se reconoce la Convención de Derechos del Niño como el instrumento que «marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo», y con la doctrina científica que ha abordado el estudio del texto citado; así, sirvan como ejemplo, Verónica Puente Alcubilla, *op. cit.*, pp. 47-69; Jaime Rosell Granados, *op. cit.*, pp. 789-792. Extremo, nos referimos al menor como sujeto de derechos, en el que profundizaremos más adelante.

10 DOCE de 21 de septiembre de 1992.

11 En general, las distintas Comunidades Autónomas se han basado en la regla 20^a del art. 148.1 de la Constitución, por la que se atribuye competencia a las mismas en materia de asistencia social, para dictar su regulación sobre protección del menor.

la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana¹², cuyo art. 7 realiza, con una fórmula similar a la utilizada por la LOPJM a la que antes nos referíamos, un reconocimiento genérico de los derechos fundamentales y libertades públicas del menor; garantizando, posteriormente y de modo expreso, en el territorio de la Comunidad, «el pleno reconocimiento de los derechos derivados de la libertad ideológica, conciencia y religión»¹³.

Ciertamente, nos encontramos en el plano de los derechos humanos, cuya titularidad se tiene, como es sabido, por el mero hecho de ser persona, por lo que el menor está dotado de capacidad jurídica desde su nacimiento, siendo, por ello, titular de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución¹⁴. Y así lo ha expresado el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones; en esta dirección, y con ocasión del análisis de la libertad de creencias, derecho que nos ocupa, señala en una de sus sentencias:

«Desde la perspectiva del art. 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 la 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 (...) 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»¹⁵.

II.2. *La libertad de creencias del menor en el marco de las relaciones paterno-filiales*

Apoyándonos en esta última premisa, y en Aláez Corral¹⁶, es obvio que el menor se ve afectado por su edad, que a su vez se encuentra relacionada con la adquisición progresiva de una serie de capacidades naturales y personales, lo que nos lleva directamente a la cuestión del ejercicio de los derechos por parte del niño, y concretamente del ejercicio de su libertad de creencias; extremo que, al mismo tiempo, está íntimamente ligado a la patria potestad y que analizamos a continuación.

12 Diario Oficial de la Comunidad Valenciana de 10 de julio de 2008. Además de la citada, actualmente se encuentran en vigor un importante número de leyes autonómicas que se dirigen específicamente a la protección del menor.

13 Art. 12.

14 *Vid.* la bibliografía citada en nota 4.

15 STC 141/2000, de 29 de mayo, F.J. 5º.

16 Benito Aláez Corral, *op. cit.*, pp. 103 y 107.

II.2.1. *La institución de la patria potestad*

Como es sabido, el menor de edad está sujeto, en términos generales¹⁷, a la patria potestad hasta que alcanza la mayoría de edad, cifrada en nuestro ordenamiento en los 18 años¹⁸.

Límite temporal mediante el cual se distinguen dos estados civiles¹⁹: uno, el de la mayoría de edad, que supone que la persona, a partir de los 18 años, alcanza la plena independencia y la plena capacidad de obrar; otro, el de la menor edad, estado que se caracteriza por la dependencia del menor de 18 años de las personas que ostentan oficios protectores, como lo es la patria potestad²⁰.

Efectivamente, nuestro derecho contempla al menor como persona a la que debe protegerse singularmente por su falta de madurez, como así se refleja en la normativa sobre derechos del niño que destacábamos líneas arriba²¹. Y a este respecto otorga a los padres, durante ese estado de menor edad, el cuidado de los hijos, así como la representación de los mismos, en cuanto que tienen limitada su capacidad de obrar.

La protección a la familia y a la infancia constituye precisamente uno de los principios rectores de la política social y económica, constitucionalizán-

17 Recordemos, no obstante, que el ordenamiento ha fijado edades por debajo de la mayoría de edad que capacitan al menor para realizar determinados actos jurídicos. Así, entre otros, podemos citar el art. 48 del Código Civil en el que se recoge la posibilidad de dispensar el impedimento de edad para contraer matrimonio a partir de los 14 años, y el art. 317 del mismo cuerpo legal en el que se establece como edad mínima para que tenga lugar la emancipación por concesión de quienes ejercen la patria potestad los 16 años cumplidos. Del mismo modo, la menor edad se ve condicionada en otros sectores, además del civil, como por ejemplo en el ámbito penal, en donde se establecen los 14 años como edad mínima para exigir responsabilidad (Art. 1 Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del menor, de 12 de enero de 2000, modificada por Ley orgánica 8/2006, de 4 de diciembre), y también en el laboral estableciéndose para el acceso al empleo como edad mínima los 16 años siempre y cuando se esté emancipado. (Arts. 6 y 7 Estatuto de los Trabajadores).

18 Dice el art. 12 de la Constitución: «Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años»; afirmación que reitera el Código Civil en su art. 315: «La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos».

19 La mayor y menor edad son considerados estados civiles porque —señalan Díez-Picazo y Gullón— «significan una diferente manera de inserción o del estar el individuo en la sociedad, un diferente ámbito de poder y responsabilidad». (Luís Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil, Volumen I*, Madrid 1992, p. 240).

20 *Ibid.*, p.240-241.

21 El Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, citando la Declaración de los Derechos del Niño, afirma textualmente: «el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento»; del mismo modo, la Carta Europea de los Derechos del Niño, considera a los menores como «una de las categorías más sensibles de la población, con unas necesidades específicas que hay que satisfacer y proteger»; y la LOPJM cuyo Preámbulo también señala la necesaria protección que los menores merecen por razón de su edad.

dose expresamente un mandato de cuidado dirigido a los padres; leemos en el párrafo 3 del art. 39 de nuestra norma fundamental: «Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda».

Mandato constitucional al que tratan de dar respuesta los arts 154 y siguientes del Código Civil, reguladores de las relaciones paterno-filiales. Concretamente dispone el art. 154 de dicho texto legal:

«Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre.

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades:

1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2º Representarlos y administrar sus bienes».

Este es, en suma, el contexto en el que debe entenderse la institución de la patria potestad hoy en día. Desde la reforma que, en materia de familia, operó la Ley de 13 de mayo de 1981 quedó superada la concepción romanista y patriarcal de la misma, donde el padre ostentaba un poder exclusivo, abriéndose paso un nuevo concepto en el que se pone un especial énfasis en la funcionalidad de dicha institución —pues no se ejerce en interés del padre sino siempre en beneficio del menor—, y en la esfera personal y de los derechos de la personalidad²². Concepción que es afirmada reiterada y pacíficamente por la doctrina jurisprudencial:

«La patria potestad (...) más que un poder actualmente se configura 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

22 Entre otros, respecto a la evolución y nueva consideración de la patria potestad, *vid.*, L. Mariano Cubillas Recio, «La enseñanza de la religión en el sistema español y su fundamentación en el derecho de los padres sobre la formación religiosa de sus hijos» en: *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, nº 2, diciembre 2002, pp. 205-208; Carmelo de Diego-Lora, «El menor centro de atribución de los derechos en las relaciones paterno-filiales» en: Pedro-Juan Viladrich (Dir.), *El derecho de visita de los menores en las crisis matrimoniales. Teoría y praxis*, Pamplona 1982, pp. 443-454, Luís Díez-Picazo y Antonio Gullón, *op. cit.*, Vol. IV, p.285; Mariano López Alarcón, «Adolescencia, familia y sus dimensiones jurídicas» en: *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, nº 11, 1991, pp. 7-70; Isidoro Martín Sánchez, «Patria potestad y libertad religiosa del menor en la jurisprudencia sobre el Convenio europeo de Derechos Humanos» en: Adoración Castro Jover (Ed.), *Derecho de Familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho Comparado. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado (San Sebastián, 1-3 de junio de 2000)*, Bilbao 2001, pp. 585-602.

rechazable todo ejercicio que entrañe beneficio exclusivo, o cuando en su ejercicio se prescindiera de la propia personalidad del menor.²³

Hoy se concibe como un derecho-función, por lo que «la especial naturaleza que les otorga su carácter social ..., hace que su ejercicio se constituya, no en meramente facultativo para su titular —como sucede en la generalidad de los derechos subjetivos— sino en obligatorio para quien lo ostenta»²⁴.

En otros términos, y reproduciendo las claras palabras de Díez-Picazo y Gullón en relación al sentido de la patria potestad:

«... hoy se considera como una función social y como un conjunto de poderes enderezados al cumplimiento de los deberes y de las obligaciones que la ley impone a los progenitores. Esos poderes no conforman en sentido técnico un derecho subjetivo, porque el derecho subjetivo es de libre ejercicio y se da en interés de quien lo ostenta, mientras que aquellos son instrumentales, enderezados al interés de otro y estrechamente ligados con el cumplimiento de deberes de sus titulares»²⁵.

En suma, los padres son contemplados como «órganos para el desempeño de una función: el cuidado y la capacitación del hijo»; lo que implica que son los hijos los que tienen un derecho a ser atendidos para poder desarrollar su personalidad de modo equilibrado y suficiente, mientras que los progenitores son los obligados a proporcionar ese ámbito adecuado para su evolución y que afecta, por ello, a toda la personalidad del menor alcanzando tanto sus necesidades físicas como morales²⁶.

Interpretación totalmente acorde con la nueva consideración del menor por parte de nuestro ordenamiento. Ahora, el niño es considerado sujeto de derechos, reconociéndole, por tanto, la titularidad de los mismos y la posibilidad de su ejercicio, como desarrollaremos inmediatamente. Este es, de hecho, el espíritu²⁷ que transmite el nuevo Derecho de menores como lo muestran los fines que persiguen las distintas normas sobre éstos; ciertamente, la protección del menor, a la que nos referíamos antes, es uno de los prin-

23 STS 31 de diciembre de 1996, F.J. 4.

24 STS 11 de octubre de 1991, F.J. 2.

25 Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *op. cit.*, Vol. IV, p. 285. También, Carmen Serrano Postigo, *op. cit.*, 821, quien afirma, en esta dirección, que «más que un derecho subjetivo hay ... un derecho objetivo, del que dimana una responsabilidad a cargo de las personas a quienes incumbe el ejercicio de esa función».

26 Carmelo de Diego-Lora, «El menor centro de atribución de los derechos en las relaciones paterno-filiales» en: Pedro-Juan Viladrich (Dir.), *El derecho de visita de los menores en las crisis matrimoniales. Teoría y praxis*, Pamplona 1982, pp. 443-444

27 Es especialmente significativa en este sentido la Recomendación 1286 del Consejo de Europa sobre una estrategia europea para los derechos del niño de 24 de enero de 1996, cuando establece como prioridad el reconocimiento del niño como sujeto de derechos, así como la necesidad de favorecer su participación en las decisiones que le conciernen.

cipios sobre los que descansa la regulación de la minoría de edad, pero no desde la óptica pasada, en la que el menor de edad era considerado un sujeto débil y, por ello, necesitado de protección, sino que esa protección se diseñaba actualmente apoyándose en el principio de autonomía, que ocupa un lugar preeminente²⁸. Textualmente leemos en el Preámbulo de la LOPJM:

«El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro».

El menor es considerado una realidad evolutiva²⁹, que tiende a la madurez, y es éste precisamente el marco en el que debe circunscribirse la protección ordenada por el ordenamiento; pues es su capacidad actual y potencial para participar en los procesos de comunicación social³⁰ y, de este modo, desarrollar progresivamente su personalidad lo que justifica el establecimiento de deberes de cuidado en beneficio del menor³¹. Como señala Rivero Hernández³², la consideración del menor como realidad humana en devenir obliga a pensar en su futuro tanto o más que en su presente, pues su personalidad de niño está constantemente en evolución y formación, y es su desarrollo para el futuro una necesidad actual que hay que garantizar, en aras de la consolidación de su propia identidad. El interés del menor, la idea de su beneficio constituye, en suma, la línea fundamental de la reforma.

28 Vid. Verónica Puente Alcubilla, *op. cit.*, p. 56; Jaime Rosell Granados, *op. cit.*, p. 789.

29 Preámbulo de la LOPJM. Así mismo este extremo es desarrollado por Benito Aláez Corral, *op. cit.*, pp. 60-69; también, Francisco Rivero Hernández, «Límites de la libertad religiosa y relaciones personales de un padre con sus hijos. (Comentario de la STC 141/2000, de 29 de mayo)» en: *Derecho Privado y Constitución*, num. 14, enero-diciembre 2000, pp.278-279; y, especialmente, su obra *El interés del menor*, Madrid 2000, pp. 113-116.

30 La consideración del menor como sujeto de comunicación social constituye —a juicio de Aláez Corral— uno de los pilares en los que se fundamenta el reconocimiento al menor de derechos fundamentales, pues el reconocimiento a la persona de los mismos y su ejercicio por parte de ella «es lo que le convierte en digno, pues le permite autoidentificarse como tal y, al mismo tiempo, desarrollar su personalidad participando en los procesos de comunicación social». (Benito Aláez Corral, *op. cit.*, p. 57).

31 *Ibid.* p. 64.

32 Francisco Rivero Hernández, *op. cit.*, p. 278. En el mismo sentido, subrayando la necesidad de tener presente la futura voluntad del menor y el futuro ejercicio de derechos por su parte a la hora de ejercer las facultades de guía y custodia que tienen atribuidas los padres, Verónica Puente Alcubilla, *op. cit.*, p. 42.

II.2.2. *El menor y el ejercicio de su derecho de libertad de creencias en el ámbito familiar*

La mayoría de edad supone, como es sabido, la plena capacidad de obrar, con lo que el mayor de 18 años no verá limitado el ejercicio de sus derechos más allá de los límites legales establecidos; en el caso del menor, y volviendo a la cuestión antes planteada, se trata de determinar si junto a la titularidad del derecho a la libertad de creencias —que, como señalábamos en páginas anteriores, es afirmada desde el nacimiento de la persona— se le reconoce el pleno ejercicio de la misma.

En este sentido, debemos traer a colación el art. 162 del Código Civil, en el que se recogen las excepciones a la representación legal por parte de los padres de los hijos menores no emancipados; y, concretamente quedan excluidos de la regla general de representación «los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo».

La representación paterna tiene su campo de actuación más frecuente en la esfera patrimonial³³ a diferencia de lo que ocurre en la esfera personal, en donde la tendencia es al reconocimiento de la autonomía. Se trata, efectivamente, de una esfera propia, de un ámbito personal, que el ordenamiento reconoce al individuo, «que comienza en su vida y en su cuerpo y se extiende a ciertos derechos y libertades que sirven al 'libre desarrollo de su personalidad'»³⁴.

Esfera a la que se ha referido la doctrina a través de los denominados derechos de la personalidad, esto es, «aquellos derechos supremos del hombre, los que le garantizan el goce de sus bienes personales: el goce de sí mismo, la actuación de sus propias fuerzas físicas y espirituales»³⁵; y que se trata, no obstante y como se ha señalado³⁶, de un conjunto de derechos que no puede considerarse una lista cerrada, pues la misma se va ampliando pro-

33 *Vid.* Miguel Ángel Asensio Sánchez, *op. cit.*, p 40; Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (Coord.), *Comentario del Código Civil, Tomo 2, Arts. 90 al 347*, Barcelona 2006, 465; M^a Belén Rodrigo Lara, *op. cit.*

34 Santiago Cavanillas Múgica, y Pedro Grimalt Servera, «Derechos de la personalidad en general» en: *Base de Conocimiento Jurídico*, portal jurídico iustel.com. Del mismo modo, en relación a los derechos de la personalidad, pueden verse entre otros, Miguel Ángel del Arco Torres y Manuel Pons González, *Diccionario de Derecho Civil*, Tomo primero (A-G), Navarra 1984, 495-497; José Ramón García Vicente, «La edad» en: *Base de Conocimiento Jurídico*, portal jurídico iustel.com; Luís Díez-Picazo y Antonio Gullón, *op. cit.*, Vol. I, p.336 y ss.; Verónica Puente Alcubilla, *op. cit.*, 40-42; Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (Coord.), *op. cit.*, pp. 464-466; M^a Belén Rodrigo Lara, *op. cit.*

35 Luís Díez-Picazo y Antonio Gullón, *op. cit.*, Vol. I, p.336.

36 Santiago Cavanillas Múgica, y Pedro Grimalt Servera, *op. cit.*

gresivamente, ni tampoco puede hablarse de un catálogo pacífico de derechos de la personalidad.

En relación a la libertad de creencias, como es sabido, la incardinación de la misma en el elenco que conforma los denominados derechos de la personalidad no ha sido una cuestión pacífica³⁷; sin embargo, a nuestro juicio, no puede dejar de afirmarse que nos encontramos ante una libertad esencial y de carácter personalísimo³⁸ atendiendo a la definición antes referida, por lo que, en consecuencia, debería reconocérsele, al menor, autonomía absoluta sobre este derecho. El ámbito de la conciencia es competencia exclusiva de la persona, y no cabe duda que el sentimiento religioso es un sentimiento íntimo y muy personal.

Con todo, y como regla general —señala Aláez Corral—, el menor puede ejercer por sí mismo todos los derechos fundamentales³⁹, es más, la posesión de lo que él denomina «capacidad de obrar iusfundamental»⁴⁰ por parte del menor debe ser afirmada desde un principio, pues sólo así se da satisfacción a la conjunción que debe existir entre su heteroprotección y su autoprotección⁴¹, esto es, al principio de protección del menor tal y como hoy se consagra por el ordenamiento, y que supone el establecimiento de medidas de heteroprotección dirigidas a lograr el libre desarrollo de su personalidad, impulsando su autonomía, en función de sus condiciones de madurez⁴². En esta dirección, coincidimos plenamente con la distinción que, en torno a la capacidad de obrar del menor, introduce Asensio Sánchez⁴³ según nos movamos en la esfera de Derecho Público o en la esfera de Derecho Privado, y que se traduce en una mayor capacidad de aquél en la esfera pública, puesto que la finalidad del Derecho público es, precisamente, potenciar el ejercicio de los derechos por parte del menor como medio para el desarrollo de su personalidad.

37 En este sentido, no sólo se ha discutido la incardinación de la libertad de creencias, sino que, en términos más generales, la relación de los derechos de la personalidad con los derechos fundamentales, no ha sido una cuestión pacífica entre los civilistas. *Vid.* entre otros, Miguel Ángel del Arco Torres y Manuel Pons González, *op. cit.*, 495-497; Luís Díez-Picazo y Antonio Gullón, *op. cit.*, Vol. I, pp.336 y ss; y, Verónica Puente Alcubilla, *op. cit.*, pp. 40-42.

38 Sin ánimo exhaustivo, la libertad de creencias es calificada expresamente como derecho de la personalidad por: Carmen Serrano Postigo, *op. cit.*, p. 814; Josefina Alventosa del Río, *op. cit.* p. 36; L. Mariano Cubillas Recio, *op.cit.*, pp. 209; Francisco Rivero Hernández, *op. cit.*, pp. 268-269.

39 Benito Aláez Corral, *op. cit.*, p. 126. Igualmente, Miguel Ángel Asensio Sánchez, *op. cit.* pp. 40-43.

40 Categoría que para Asensio Sánchez, al igual que «capacidad jurídica iusfundamental», es artificial y de dudosa utilidad. (Miguel Ángel Asensio Sánchez, *op. cit.* p. 35).

41 Benito Aláez Corral, *op. cit.*, p. 147. Como señala en otro lugar, el menor posee la capacidad de obrar iusfundamental desde su nacimiento y, por tanto, es adquirida simultáneamente con la titularidad del derecho. (*Ibid.*, pp. 128-129)

42 Miguel Ángel Asensio Sánchez, *op. cit.* p. 54.

43 *Ibid.*, pp. 42-43.

No obstante lo dicho, puede que el menor no posea la capacidad necesaria para el desarrollo de dichas facultades; efectivamente, y a diferencia de su titularidad, el ejercicio de los derechos fundamentales, «hace referencia a la capacidad actual del individuo para disfrutar del ámbito de libertad garantizado, por lo que la ausencia de ciertas cualidades naturales o legales puede condicionar la extensión de ese disfrute autónomo»⁴⁴.

En estos supuestos, y de acuerdo con lo establecido por nuestro ordenamiento, el criterio de la capacidad natural del menor, su concreta madurez, es la solución general a la cuestión del ejercicio de tales derechos⁴⁵. Efectivamente, el criterio de la edad legal no es aplicable a los derechos de libertad pues, teniendo en cuenta lo desarrollado hasta el momento, y como afirma Serrano Postigo⁴⁶, al ser la persona la primera y propia sede de la libertad jurídica, no caben limitaciones de capacidad en orden a dichas libertades; sino que únicamente puede verse condicionado, en orden a su ejercicio, por las limitaciones internas inherentes a la madurez. Extremo que se ve avalado a nuestro juicio por la figura del menor emancipado, al que se le permite regir sus bienes y persona como si fuera mayor⁴⁷; pues no creemos, coincidiendo plenamente con Asensio Sánchez⁴⁸, que la emancipación, por sí

44 Benito Aláez Corral, *op. cit.*, p. 120.

45 *Ibid.*, p. 150. También y sin ánimo exhaustivo, José María Contreras Mazario, «Derechos de los padres y libertades educativas» en: *Estudios en homenaje al profesor Martínez Valls*, Vol. I, Alicante 2000, pp. 135-136; M^a Teresa Areces Piñol, *op. cit.*, pp. 45-46; José Ramón García Vicente, *op. cit.*; Miguel Ángel Asensio Sánchez, *op. cit.*, p. 40; L. Mariano Cubillas Recio, *op. cit.*, pp. 210-217; y Verónica Puente Alcubilla, *op. cit.*, pp. 41-42. Concretamente, en relación a este extremo, la autora señala la poca claridad del texto legal —art. 162.1º del Código Civil— al no determinar si la necesaria madurez que se exige en último inciso del párrafo señalado se aplica a los derechos de la personalidad; cuestión a la que responde en sentido afirmativo —al que nos adherimos—, apoyándose en el tenor de otras normas sobre protección del menor (*Ibid.*, p. 41). Por otra parte, la madurez del menor como criterio para determinar la capacidad de obrar iusfundamental y, por tanto, el ejercicio autónomo de los derechos no es definida por nuestro ordenamiento, y en este sentido, a juicio de Aláez Corral, dicha madurez debe estar vinculada a la capacidad de entender y querer el significado de sus actos dentro de un proyecto vital propio, asumiendo, del mismo modo que los mayores de edad, el riesgo de errar en su decisión, pues entender que el menor sólo es maduro si es capaz de tomar decisiones como lo haría si fuese mayor de edad, es decir, con la racionalidad propia de un adulto, equivaldría a negarle la capacidad de autoprotección. (Benito Aláez Corral, *op. cit.*, pp. 153-155). En el mismo sentido, Miguel Ángel Asensio Sánchez, *op. cit.*, p. 36, quien equipara capacidad natural a madurez definiéndola como tradicionalmente se ha entendido aquella, esto es, la capacidad de entender y de querer.

46 Carmen Serrano Postigo, *op. cit.*, p. 816.

47 Así se señala en el art. 323 CC.

48 Miguel Ángel Asensio Sánchez, *op. cit.*, pp. 40-41. El autor recoge, además del citado, otros argumentos que avalan la capacidad natural como criterio para determinar la capacidad del menor sujeto a patria potestad para el ejercicio de sus derechos fundamentales: el primero, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, que exigen una interpretación amplia de la capacidad de obrar; en segundo lugar, el libre desarrollo de la personalidad en un Estado social y democrático de Derecho encuentra una de sus máximas expresiones el ejercicio de los derechos fundamentales, lo que implica, del mismo modo, una amplia flexibilidad en la capacidad para ejercerlos; y, por último, el hecho de que los derechos fundamentales no puedan ser objeto de representación exige también una interpretación amplia de dicha capacidad —cuestión, esta última, que trataremos inmediatamente—.

misma, implique un plus de capacidad en la esfera personal, de modo que un menor emancipado pueda ejercitar un derecho fundamental y, en cambio, un menor no emancipado, de igual o mayor edad y en las mismas condiciones de madurez, no pueda por no haber alcanzado la mayoría de edad legal.

Con todo, y cuando el menor carezca de la suficiente madurez, de acuerdo a lo prescrito por nuestro Código Civil⁴⁹ serán los padres quienes deban actuar por él; así se reconoce por la generalidad de la doctrina, discutiéndose, sin embargo, si la actuación paterna constituye, en estos casos, una auténtica representación legal o, por el contrario, se trata del cumplimiento de las funciones y deberes que les corresponden como titulares de la patria potestad⁵⁰.

Sin ánimo de entrar profundamente en la polémica, sí nos parece conveniente detenernos mínimamente pues, al igual que Asensio Sánchez, entendemos que dicha cuestión perfila, en último término, hasta dónde el ordenamiento garantiza y protege la autonomía como individuo del menor sujeto a patria potestad⁵¹.

Así, un determinado sector doctrinal entiende que se trata de una verdadera representación legal, afirmando de hecho que descartar el ejercicio por representación de tales derechos, por ser de naturaleza estrictamente personal, supondría encontrarnos con un derecho del que el menor ostenta su titularidad, pero un derecho vacío de contenido y eficacia⁵². En esta dirección, algunos autores como Aláez Corral⁵³, defienden la facultad de representación que ostentan los padres, incluso respecto de los derechos fundamentales, en toda aquella parte de su contenido en el que el ejercicio por representación sea posible, esto es, cuando el interés del menor pueda ser satisfecho a través de la actuación del tercero. Efectivamente, hay facultades —afirma el autor— que por su propia naturaleza sólo pueden ser ejercidas directamente, por el propio titular del derecho; así, por ejemplo, todas aquellas facultades iusfundamentales que consisten en actos naturales dirigidos a la realización de la libertad, como lo es el desarrollo de la propia conciencia, que protege el derecho de libertad de conciencia, y que sólo puede ser alcanzado si el sujeto, en este caso el menor, desarrolla en su interior, sin obstáculo alguno, sus ideas y convicciones; por lo que en estos casos, el interés constitucionalmente protegido por el derecho fundamental en cuestión únicamente se verá satisfecho si es el propio menor el que realiza las acciones

49 Arts. 154 y 162.

50 En relación a la citada polémica, *vid.* Josefina Alventosa del Río, *op. cit.*, p. 37; y, Miguel Ángel Asensio Sánchez, *op. cit.*, pp. 43-46.

51 Miguel Ángel Asensio Sánchez, *op. cit.*, p. 43.

52 José Ramón García Vicente, *op. cit.*

53 Benito Aláez Corral, *op. cit.*, pp. 126-147.

en que consiste. Pero fuera de ellos, el ordenamiento capacita a los padres de los menores a ejercer en su nombre algunas de las facultades que forman parte del contenido de sus derechos fundamentales.

Para otro sector, sin embargo, debido a la naturaleza personalísima de tales derechos no cabe sustitución de la voluntad del menor titular, esto es, no cabe el ejercicio por representación de tales derechos. No obstante, dentro de este sector, puede señalarse la existencia de dos corrientes. Una que niega en base al carácter personalísimo de tales derechos no sólo la representación, sino también la posibilidad de que los padres tomen decisiones resultantes del ejercicio de la patria potestad, pues la adopción de estas decisiones supondría, del mismo modo, un ejercicio ilícito y abusivo de un derecho que los padres no tienen. En este sentido, y en relación a la libertad objeto de estudio, hasta que el menor alcance la suficiente madurez y pueda ejercer personalmente sus opciones, los padres no deberán hacer nada, no deberán tomar decisión alguna sobre prácticas, vinculaciones religiosas o sentimientos de este tipo, debiendo dejarse en suspenso para que en su momento sea el mismo quien las asuma⁵⁴. Y otra que, igualmente, niega el ejercicio por representación, pero al mismo tiempo señala como en virtud del principio de protección, y en cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, los padres pueden tomar decisiones que afecten a la esfera personal del menor «pero nunca ejerciendo un derecho por representación»; o lo que es lo mismo, entre tanto el menor adquiere el suficiente juicio, la actuación paterna puede incidir sobre el contenido de los derechos personalísimos, pero dicha actuación no debe entenderse como ejercicio por parte de los padres de esos derechos de la personalidad, sino que se inserta en el ámbito de las funciones propias de la patria potestad, de modo que el menor nunca está desprotegido⁵⁵.

Esta última posición es la que, apoyándonos en el citado art. 162 del Código Civil, nos parece más acertada. Efectivamente, como coinciden los partidarios de ambas corrientes, es característica de los derechos de la personalidad la imposibilidad de su cesión, incluso a aquellos que ostentan la representación legal, de manera que los padres no pueden sustituir en este derecho a los menores, no pueden sustituir su voluntad; es a ellos a quienes corresponde la titularidad y el ejercicio de los mismos. Pero, como también se ha señalado, existen límites internos al propio derecho, directamente vinculados con la madurez de juicio, que condicionan su ejercicio, y en estos

⁵⁴ Francisco Rivero Hernández, *op. cit.*, pp. 268-269. En el mismo sentido, pues de hecho se apoya en el autor citado, L. Mariano Cubillas Recio, *op. cit.*, pp.216-217.

⁵⁵ Como partidarios de esta tesis y sin ánimo exhaustivo, Miguel Ángel Asensio Sánchez, *op. cit.*, p. 45; Carmen Serrano Postigo, *op. cit.*, p. 815 y ss; Josefina Alventosa del Río, *op. cit.*, p. 37; Manuel Alenda Salinas, *op. cit.*, p. 197.

casos tienen cabida las decisiones paternas resultantes del ejercicio de la patria potestad; obviamente hasta alcanzado el suficiente juicio, pues una vez adquirido será el menor el que ejercerá su derecho, incluso en contradicción con los criterios paternos. Afirmaciones que, en suma, resultan acordes con la función de guía que hoy cumple la institución de la patria potestad y que, como exponíamos más arriba, se dirige a procurar el desarrollo integral del menor, encontrándose subordinada al interés superior del mismo.

Por otro lado, los argumentos mantenidos por la primera corriente nos parecen, además, de difícil realización, pues los titulares de la patria potestad, de un modo u otro, terminan tomando decisiones que inciden en el contenido del derecho en cuestión. Concretamente, en materia religiosa, se califica de ilícito, por los partidarios de esta tesis, la decisión paterna de bautizar al niño⁵⁶, cuando en el marco del creyente, y concretamente del cristiano, la procuración de una educación cristiana al hijo se convierte en un derecho-deber para los padres⁵⁷, cuyo ejercicio-cumplimiento queda amparado en nuestro ordenamiento a través del derecho-obligación de los padres de procurar a los hijos una formación integral, y que a su vez, este derecho es parte fundamental del derecho de libertad religiosa de los padres y de los menores⁵⁸; es obvio, con ello, que esa pasividad defendida por esta corriente hasta que el menor pueda ejercer personalmente su opción no se concibe cuando hablamos de padres creyentes. Pero además esa pasividad implica, de por sí, una determinación ante lo religioso, concretamente de contenido negativo, pues de acuerdo con lo dicho, entendemos que esa ausencia de actuación será más factible en un marco agnóstico o ateo, y supondrá por ello mismo la proyección a los hijos de una determinada actitud vital, amparada, igualmente, por el derecho-obligación de los padres de procurar a los hijos una formación integral, y por el derecho de libertad religiosa de los padres y de los menores⁵⁹; el no hacer, en

⁵⁶ Francisco Rivero Hernández, *op. cit.*, p. 269.

⁵⁷ Se afirma en el can. 226.2º del Código de Derecho Canónico: «Por haber transmitido la vida a sus hijos, los padres tienen el gravísimo deber y el derecho de educarlos; por tanto, corresponde a los padres cristianos en primer lugar procurar la educación cristiana de sus hijos según la doctrina enseñada por la Iglesia». Y con términos muy similares se señala en el can. 1136: «Los padres tienen la obligación gravísima y el derecho primario de cuidar en la medida de sus fuerzas, de la educación de la prole, tanto física, social y cultural como moral y religiosa». *Vid.* en este sentido, Lourdes Ruano Espina, «Relevancia jurídico-civil del derecho-deber de los padres cristianos de procurar la educación cristiana de sus hijos. Particular referencia a los supuestos de nulidad, separación y divorcio» en: Adoración Castro Jover (Ed.), *Derecho de Familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho Comparado. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado (San Sebastián, 1-3 de junio de 2000)*, Bilbao 2001, pp. 801-826.

⁵⁸ Santiago Bueno Salinas y M^º. Jesús Gutiérrez del Moral, *Proselitismo religioso y Derecho*, Granada 2002, p. 203.

⁵⁹ Efectivamente, la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad religiosa, ampara y protege, en su art. 2, la ausencia de creencias religiosas dando cabida, por tanto, a las creencias ateas o agnósticas. Leemos textualmente en el precepto señalado: «La libertad religiosa y de culto garantizada

este caso, es un acto tan voluntario como el hacer, de modo que esa pasividad que se defiende provocará que las cosas tomen un determinado curso, lo que en definitiva, y en cierto modo, supone igualmente una decisión de los que ostentan la titularidad de la patria potestad⁶⁰.

En suma, y centrándonos en la libertad que nos ocupa, es obvio que el menor ostenta la titularidad de su derecho de libertad de creencias y el ejercicio del mismo⁶¹. Si bien la posibilidad efectiva de éste último, es decir, la autonomía del menor, su autoprotección, se determinará progresivamente en función del grado de madurez, siendo los que ostentan la patria potestad quienes deberán guiar el ejercicio de dicha libertad, mientras se carece del suficiente grado. Así se deduce de los distintos textos normativos que se dirigen a la protección del menor, los cuales, después de garantizar su libertad de creencias, recogen la labor de los padres de conducir al niño en el ejercicio de su derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, de acuerdo a la evolución de sus facultades⁶². La madurez de juicio constituye, por tanto, el único límite al ejercicio de la libertad de creencias por parte del menor y, a su vez, constituye un límite, a las potestades de guía que ostentan los padres; madurez y guía parental se presentan, en suma, como dos polos cuya relación es inversamente proporcional: a mayor madurez, menor guía paterna⁶³.

III. LAS POTESTADES DE GUARDA Y EDUCACIÓN: EL DERECHO DE LOS PADRES A ELEGIR LA FORMACIÓN RELIGIOSA Y MORAL DE LOS HIJOS

Lo expuesto hasta el momento parece, no obstante, entrar en contradicción⁶⁴ con el derecho que, en el ámbito educativo, asiste a los padres para que

por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a (...) manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas. [art. 2.1.a)].

60 En esta dirección, Llamazares Fernández parece adherirse a la corriente mencionada al señalar que para garantizar la formación de la conciencia del niño en libertad los padres deberán abstenerse de reproducir sus creencias en sus hijos; sin embargo, matiza su postura cuando al referirse a la transmisión de valores religiosos distingue entre el ámbito privado y el ámbito público, afirmando que en el círculo familiar la transmisión de aquellos está amparada constitucionalmente, entrando en juego la garantía estatal para que los padres hagan uso de su derecho de elección. (Dionisio Llamazares Fernández, *Derecho de la libertad de conciencia. Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad*, vol. II, Madrid 2007, pp. 58-60).

61 Especialmente significativa es, en relación a la posibilidad de su ejercicio por el menor, la lectura del principio 19 de la Carta Europea de los Derechos del Niño: «Todo niño tiene derecho a practicar su propia religión o creencias».

62 *Vid.* art. 14 de Convención sobre los Derechos del Niño, y con similares términos el art. 6.3 de la LOPJM.

63 En el mismo sentido, Verónica Puente Alcubilla, *op. cit.*, pp. 145-146.

64 Así se ha manifestado por un importante sector doctrinal, sin ánimo exhaustivo: Manuel Alenda Salinas, *op. cit.*, p. 195 y ss.; Miguel Ángel Asensio Sánchez, *op. cit.* pp. 78-79; José María

sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, garantizado por el art. 27.3 de nuestra Constitución⁶⁵; máxime si se tiene en cuenta la íntima vinculación entre educación y creencias; vinculación que destacamos a continuación, si bien muy brevemente, para desarrollar posteriormente lo que a nuestro juicio constituye la correcta interpretación del precepto objeto de estudio, atendiendo a la posición que actualmente ocupa el menor de edad en el ordenamiento jurídico.

III.1. *Libertad de creencias y derecho a la educación*

Centrándonos en el contenido de la libertad de creencias, no cabe duda que la libre formación de la propia conciencia se erige en parte esencial del mismo; y que dicha formación se encuentra inexorablemente ligada a la educación, pues ésta se presenta como elemento esencial para su consecución⁶⁶.

Contreras Mazario, «Derechos de los padres y libertades educativas», *op. cit.*, p. 132; Antonio Martínez Blanco, «El derecho de los padres a elegir el tipo de educación para sus hijos» en: *Estudios en homenaje al profesor Martínez Valls*, Vol. I, Alicante 2000, pp. 452-453; Verónica Puente Alcubilla, *op. cit.*, 269 y ss; Carmen Serrano Postigo, *op. cit.*, p. 817.

65 Derecho que igualmente es reconocido con alguna variación terminológica a nivel internacional. Leemos en el art. 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966: «Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales (...) de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones». De forma más extensa, se garantiza en el art. 5.1 y 2 de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones el derecho de los padres a «organizar la vida dentro de la familia de conformidad con su religión o sus convicciones y habida cuenta de la educación moral en que crean que de debe educarse al niño», así como el derecho de todo niño «a tener acceso a educación en materia de religión o convicciones conforme con los deseos de sus padres o, en su caso, sus tutores legales, y no se le obligará a instruirse en una religión o convicciones contra los deseos de sus padres o tutores legales, sirviendo de principio rector el interés superior del niño». En el ámbito europeo, el art. 2 del Protocolo Adicional al Convenio para la protección de los Derechos humanos y las libertades fundamentales, señala: «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». Y del mismo modo, la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea recoge en su art. 14. 3 «el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas».

66 Ramón Peralta, *Libertad de conciencia y Estado constitucional*, Madrid 2004, pp. 127 y ss. Señala el autor como el derecho a la formación de la propia conciencia, el derecho a la libertad de expresión de las ideas y creencias y, también, el derecho a comportarse de acuerdo a la propia conciencia, son derivación inmediata de la libertad de conciencia y de la libertad ideológica y religiosa. Y continúa más adelante, «Cuando hablamos del derecho a la formación de la conciencia (...) no podemos más que referirnos a una formación 'en' y 'para' la libertad. (...) Nuestro orden constitucional vigente reconoce la necesidad de esa formación de la conciencia en libertad y para la libertad cuando constitucionaliza el derecho a la educación (art. 27.1), el derecho a la información veraz (art. 20.2.d) y el derecho a la cultura (art. 44.1)». (pp.127 y 128). También, José M^a Contreras Mazario, *Laicidad del Estado y asistencia religiosa en centros docentes*, Madrid 2002, p. 127. Por su parte, el art. 2.1.c de la

Es más, como indica Salvador Tarodo, puede afirmarse que el derecho a la educación encuentra su fundamento y su razón de ser en la libertad de tener unas u otras creencias, ideas u opiniones⁶⁷.

El derecho fundamental a la educación, recogido en el párrafo primero del art. 27 de la Constitución española, se configura, de este modo, como elemento de trascendental importancia en el proceso de formación de la propia conciencia, y así se ha plasmado en nuestro Texto Constitucional al establecerse como objeto de la educación el libre desarrollo de la personalidad⁶⁸, esto es, en suma, la libre formación de la conciencia⁶⁹.

Por ello, todo ser humano, independientemente de su edad, raza o condición, por poseer dignidad de persona, tiene un derecho inalienable a una educación que responda al propio fin, al propio carácter, y que se acomode a la cultura y tradiciones del país y, al mismo tiempo, se abra a las relaciones con otros pueblos⁷⁰.

Así se ha reconocido expresamente por los Pactos y Declaraciones Internacionales más representativas que han sido ratificadas por España. Concretamente, el art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 reconoce, en primer lugar, el derecho de toda persona a la educación, señalando posteriormente como objetivos de la misma el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto de los derechos y libertades fundamentales, así como la promoción de la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las distintas naciones y grupos étnicos y religiosos; derecho y objetivos que igualmente fueron garantizados, con prácticamente idénticos términos, por el art. 13 del Pacto Internacional de 1966 para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, adoptado por las Naciones Unidas en desarrollo de aquella declaración.

Nos encontramos, por tanto, ante un derecho de naturaleza personal, cuya titularidad corresponde por ello al menor⁷¹, especialmente si tenemos en cuenta su íntima conexión con la libertad de creencias. Efectivamente, apoyándonos en lo expuesto hasta el momento, resulta patente el reconocimiento, al menor de edad, no sólo de la plena titularidad de su derecho de libertad creencias, sino también de su ejercicio, atendiendo, en este caso, a

Ley Orgánica de Libertad Religiosa reconoce el derecho a la formación religiosa como parte integrante del derecho a la libertad religiosa y de culto

67 Salvador Tarodo Soria, *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*, Bilbao 2005, p. 74.

68 Art. 27.2 Constitución española

69 Ramón Peralta, *op. cit.*, p. 133.

70 AAVV, «Educación» en: *Diccionario Jurídico Espasa*, Madrid 2005, 623.

71 Así se ha reconocido expresamente por el art. 28.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

la madurez de juicio; de modo que el menor con suficientes condiciones de madurez podrá ejercer su derecho a la libertad de creencias sin otras limitaciones que las establecidas por ley, incluyéndose, por tanto, en su ámbito de autonomía, la elección de su educación y formación.

Sin embargo, y como señalábamos anteriormente, tales afirmaciones parecen entrar en contradicción con el derecho de los padres a la elección de la educación moral y religiosa de los hijos. Contradicción de la que deja clara manifestación el texto del art. 2 de la LOLR, al reconocer, por un lado y como ya se ha señalado, la formación religiosa como parte del derecho matriz de libertad religiosa, y condicionar, por otro, la posibilidad de su elección a la emancipación o mayoría de edad⁷², olvidando el criterio de la madurez de juicio; criterio que según venimos afirmando debiera ser el aplicable al encontrarnos, en última instancia, en el ámbito de la libertad de creencias⁷³.

III.2. *El derecho fundamental a elegir la formación religiosa y moral: la cuestión de su titularidad*

Llegados hasta aquí, la formulación contenida en el párrafo 3 del artículo 27 de nuestra Constitución ha planteado, en lógica consecuencia y como es sabido, numerosas dificultades interpretativas; siendo la titularidad del referido derecho una de las cuestiones sometida a debate en nuestro panorama científico⁷⁴, quizás porque —como señala Lourdes Ruano— nos encon-

72 Textualmente dice el art. 2.1.c. de la LOLR: «La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a (...) recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito, o por cualquier otro procedimiento; elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

73 En el mismo sentido Antonio Martínez Blanco, *op. cit.*, 452.

74 Nos centramos como se ha dicho en la cuestión de la titularidad del derecho, si bien, aunque no es objeto del presente trabajo otro de los aspectos discutidos por nuestra doctrina es el referido al contenido de dicho derecho y la inclusión de la asignatura de religión en los contenidos escolares. Sin ánimo exhaustivo pueden verse en relación al precepto objeto de estudio: José María Contreras Mazarío, *La enseñanza de la religión en el sistema educativo*, Madrid 1992, pp. 55-64, Almudena Rodríguez Moya, *El Tribunal Supremo y la religión en la España democrática. Jurisprudencia 1975-2000*, Madrid 2001, pp. 158-179; Ana Isabel Ribes Suriol, «El derecho de los padres a la formación religiosa y moral de sus hijos: sentido y alcance» en: *Revista de Derecho*, Universidad de Valencia, nº 1, noviembre 2002, pp.1-12. Base de datos Dialnet; la misma, «Reflexiones sobre el art. 27.3 de la Constitución: perspectiva de futuro» en: *Biblioteca*, 2005, pp. 1-9. Base de datos tirantonline; Andrés Corsino Álvarez y Miguel Rodríguez Blanco (Coords), *La libertad religiosa en España. XXV años de vigencia de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 julio (Comentarios a su articulado)*, Granada 2006, pp. 73-78; M^a Jesús Gutiérrez del Moral, «Reflexiones sobre el derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral de sus hijos y la enseñanza de la religión en los centros públicos» en: *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 14, mayo 2007, pp.1-30. Portal jurídico ius-

tramos ante un derecho que por su compleja estructura podríamos calificar de «*poliédrico*» o «*multifacético*»⁷⁵. En esta dirección, y en relación a la última cuestión apuntada, esto es, a la titularidad del derecho, podemos distinguir al respecto tres corrientes.

Para un determinado sector doctrinal el derecho a elegir la formación religiosa y moral es un auténtico derecho de los padres. En esta dirección, Embid Irujo señala como derechos educativos de los padres el derecho de éstos a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos, el derecho de elección del tipo de educación que se encuentra ligado a la elección de centro docente, y el derecho a participar en el control y gestión de los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos⁷⁶; se trata de derechos que se atribuyen a los padres en propio interés de éstos y en defensa de la unidad familiar, y no derechos reflejo del derecho a la educación que serían ejercitados por los padres en virtud de una representación implícita⁷⁷. Del mismo modo, Llamazares Calzadilla otorga la titularidad del derecho a los padres, si bien lo configura como un derecho que deriva no del derecho a la educación, ni del derecho a la libertad de enseñanza, sino del derecho a la libertad religiosa⁷⁸.

Otro sector opina que en estos casos los padres no ejercen un derecho que les es propio. A este respecto para Martínez López-Muñiz «los derechos educativos de los menores se traducen en ciertos derechos de los padres, cuyo ejercicio se justifica en una traslación por vía de representación desde la esfera propia de sus mismos hijos»⁷⁹, lo que significa que se trata de auténticos derechos de los menores⁸⁰.

Existe, no obstante, un sector más reciente que, muy acertadamente a nuestro juicio, defiende una naturaleza mixta de la cuestión analizada, afir-

tel.com; Lourdes Ruano Espina «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» en: *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 19, mayo 2009, pp.1-58. Portal jurídico iustel.com; y la bibliografía citada en ellos.

75 Lourdes Ruano Espina, «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», *op. cit.*, p. 2.

76 Antonio Embid Irujo, *Las libertades en la enseñanza*, Madrid 1983, 210-213.

77 Idem, «El contenido del derecho a la educación» en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 31, 1981, pp. 673-674.

78 M^a Cruz Llamazares Calzadilla, «El derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos: la llamada enseñanza religiosa» en: Dionisio Llamazares, *Derecho de la Libertad de conciencia. Libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación*, vol. II, Madrid 1999, p. 102. Del mismo modo se pronuncia posteriormente en Dionisio Llamazares Fernández, *Derecho de la libertad de conciencia. Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad*, Madrid 2007, p. 139.

79 José Luis Martínez López-Muñiz, «La educación en la Constitución española. (Derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza» en: *Derecho y persona*, 1979, p. 245.

80 *Ibid.*, p. 251. En el mismo sentido se pronuncia Isabel de los Mozos Touya, *Educación en libertad y concierto escolar*, Madrid 1995, p. 177.

mando que es el único modo de conciliar el derecho de los padres reconocido en el art. 27.3 de la Constitución española y la nueva posición del menor. Según esta corriente nos encontramos ante un derecho-deber, de modo que en su dimensión de derecho se ejercería frente al Estado, y nunca frente a los hijos, respecto de los cuales se trataría de un auténtico deber que será ejercido siempre de acuerdo a los intereses de estos últimos⁸¹.

Posición con la que coincidimos plenamente y que —entendemos del mismo modo que sus defensores—, es la que resulta de los textos dirigidos a la protección de los derechos de los menores, a los que debemos acudir para una correcta interpretación de la cuestión objeto de estudio. En esta dirección, merecen especial mención la Convención sobre los Derechos del Niño y la LOPJM, en el ámbito estatal, textos en los que después de reconocer plenamente la libertad de creencias del menor, se señala textualmente en el primero: «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»⁸²; y en el segundo: «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»⁸³.

Particularmente ilustrativos resultan los términos «guiar» y «cooperar», de los que —junto con el espíritu al que responde el nuevo Derecho de meno-

81 Miguel Ángel Asensio Sánchez, *op. cit.*, p.79, en quien nos apoyamos para el desarrollo de este extremo. En el mismo sentido, afirmando la existencia de un derecho frente al Estado y de una obligación en relación a los hijos, parecen pronunciarse: Benito Aláez Corral, *op. cit.*, p. 230; Carmen Serrano Postigo, *op. cit.*, pp. 818-820; y, Verónica Puente Alcubilla, *op. cit.*, p.275. Lourdes Ruano Espina, «Objeción de conciencia a la educación para la ciudadanía» en: *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 17, 2008, p. 41. Portal jurídico iustel.com. Para L. Mariano Cubillas nos encontramos también ante un derecho de los padres frente al Estado, que éstos podrán ejercer siempre que exista concordancia con las convicciones de los hijos; si bien, recordemos que para el autor lo idóneo sería esperar a que el menor alcanzara la madurez suficiente para decidir libremente (L. Mariano Cubillas Recio, *op. cit.*, pp. 214-215). Contreras Mazarío, por su parte, afirma que nos encontramos ante un derecho atribuido de forma directa y originaria a los padres, de modo que en estos casos no ejercerían una función de representación a favor del hijo sino que ejercen un derecho que les es propio; si bien, aunque expresamente no señala la existencia de un deber respecto del niño, sí parece acercarse a esta posición al señalar que «no puede entenderse como el reconocimiento de un derecho absoluto a favor de los padres sobre los hijos por lo que a la materia mencionada se refiere, sino que el mismo encuentra su límite, ..., en el interés superior del niño». (José María Contreras Mazarío, «Derechos de los padres y libertades educativas», *op. cit.*, p. 152). No obstante, los autores que se han referido a la cuestión que nos ocupa ubican a Contreras Mazarío entre los que, contrariamente a lo señalado por nuestra parte, defienden que nos encontramos realmente ante un derecho de los hijos (Miguel Ángel Asensio Sánchez, *op. cit.*, p. 78; Verónica Puente Alcubilla, *op. cit.*, p. 274); por nuestra parte entendemos que el pronunciamiento del autor en el trabajo citado es bastante claro al respecto, sin embargo, es cierto que en su anterior obra sobre la enseñanza de la religión parece pronunciarse en el sentido indicado por los autores citados (*vid.* José María Contreras Mazarío, *op. cit.*, p. 61).

82 Art. 14. 2.

83 Art. 6.3.

res, y al que nos hemos referido en páginas anteriores, basado en un mayor reconocimiento del niño y del papel que éste desempeña en la sociedad— se deduce que la función de los padres es únicamente instrumental respecto del ejercicio del derecho de libertad de creencias del menor y de su derecho a la educación; efectivamente su función es la de cooperación, con el objetivo de hacer efectivos el ejercicio de tales derechos, cuya titularidad, volvemos a subrayar, la ostenta el menor, garantizándose así una vía para su progresiva maduración con el fin último de procurar su desarrollo integral⁸⁴.

Coincidimos con Aláez Corral en que una correcta interpretación del art. 27.3 de la Constitución será siempre la realizada al amparo de lo prescrito por el art. 39.3 del mismo cuerpo legal, pues aquél es una concreción del mandato de protección contenido en éste⁸⁵; dentro de las facultades y deberes que confiere nuestro ordenamiento a los titulares de la patria potestad se encuentra, como señala el art. 154 del Código Civil, la educativa, y es en este marco en el que debe entenderse la formulación objeto de estudio.

El derecho contenido en el art. 27.3 de nuestra Carta Magna es, en este sentido, un derecho que efectivamente pertenece a los padres frente al Estado; supone, por tanto, la constitucionalización de la garantía que asumen los poderes públicos frente a los titulares de las funciones de guarda de que sus hijos no reciban, en el ámbito educativo, una formación religiosa y moral que entre en contradicción con sus convicciones, dotándoles, de este modo, de las correspondientes acciones en caso de vulneración⁸⁶. En otros términos, y apoyándonos en las afirmaciones de Lourdes Ruano, el derecho fundamental de los padres a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones tiene como finalidad proteger a los padres de las enseñanzas con fines indoctrinadores, de donde se deriva, consecuentemente, la exigencia para el Estado de respetar las convicciones de los ciudadanos independientemente de la finalidad perseguida al organizar el sistema de enseñanza⁸⁷.

Ahora bien, respecto a los menores, es obvio que de lo dicho no puede deducirse, en modo alguno, el reconocimiento de un derecho propio sobre la formación de las conciencias de los hijos⁸⁸, de un derecho subjetivo de los

84 L. Mariano Cubillas Recio, *op. cit.*, p. 211.

85 Benito Aláez Corral, *op. cit.*, p. 168.

86 Miguel Ángel Asensio Sánchez, *op. cit.*, p.79; L. Mariano Cubillas Recio, *op. cit.*, p. 214; Benito Aláez Corral, *op. cit.*, p. 230; y, Verónica Puente Alcubilla, *op. cit.*, p. 275.

87 Lourdes Ruano Espina, «Objeción de conciencia a la educación para la ciudadanía» *op. cit.*, p. 41. Esta es la interpretación mantenida, además, por nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 5/1981, de 13 de febrero, FJ 9. *Vid.* también, Lourdes Ruano Espina «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», *op. cit.*, 1-59.

88 Benito Aláez Corral, *op. cit.*, p. 230.

titulares de la patria potestad, pues son los menores los titulares de los derechos educativos y del derecho a la libre formación de la conciencia, que de acuerdo a la naturaleza personal de los mismos quedan además excluidos de la representación legal, máxime en estos casos en los que nos encontramos ante un derecho de naturaleza mixta educativo-religiosa⁸⁹.

Este es además el sentido que, en nuestra opinión, se desprende de los debates parlamentarios. Pues, por un lado, éstos se centraron básicamente en el contenido de este derecho y no en la titularidad del mismo, de donde podemos concluir que no fue una cuestión discutida; y por otro lado, las afirmaciones de algunos parlamentarios parecen apuntar en el sentido expuesto, señalando a los padres como titulares frente al Estado del referido derecho, que es consecuencia del deber de educar a los hijos. Sirvan como ejemplo las palabras de D. Federico Silva Muñoz:

«El alumno, como destinatario y sujeto activo de la educación, debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su formación. [...] Consideramos que los padres son los primeros responsables en la educación de los hijos. Es éste un deber familiar ineludible que nace del derecho de los hijos a recibir enseñanza. Debe reconocerse expresamente el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, de acuerdo con los dictados de su conciencia y en cumplimiento de su indeclinable responsabilidad»⁹⁰.

Con todo, y en relación a los hijos, nos encontramos ante un auténtico deber de los padres, o si se quiere, ante un derecho objetivo que se les otorga con el fin de facilitarles el cumplimiento de sus deberes educacionales; esto es, ante un derecho que se les otorga para el cumplimiento de un deber⁹¹. En definitiva, se trataría de un derecho que, al derivar de tales deberes, participa de la naturaleza de función que define actualmente la institución de la patria potestad⁹², y que deberá ejercerse siempre en atención al interés del menor, y en tanto exista la presunción de que éste comparte dichas convicciones⁹³, pues de lo contrario se estarían vulnerando sus derechos más personales.

89 Razón que, como señala Miguel Ángel Asensio, constituye un argumento más a favor de la titularidad de los padres, pues impide interpretar este derecho como un ejercicio por representación del derecho a la educación del hijo (Miguel Ángel Asensio Sánchez, *op. cit.*, p.79).

90 Sesión nº 11 de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, de 23 de mayo de 1978, BOC «Diario de sesiones del Congreso de los Diputados», nº 72, p. 2598. En relación a los trabajos parlamentarios, *vid.*, Rosa Mª Satorras Fioretti, *La libertad de enseñanza en la Constitución española*, Madrid 1998.

91 Miguel Ángel Asensio Sánchez, *op. cit.*, p. 79.

92 *Ibid.*, 0. 79.

93 L. Mariano Cubillas Recio, *op. cit.*, p. 214.

En esta dirección nos parecen más que acertadas las palabras que al respecto escribiría Serrano Postigo y que reproducimos a continuación:

«La conflictividad entre función educativa y libertad religiosa del menor no puede ser resuelta, a nuestro juicio, sino a la luz del principio inspirador básico de los derechos y libertades constitucionales, que sitúa a la persona y su dignidad en el vértice de nuestro ordenamiento, en un sistema de libertad e igualdad, lo que, en coherencia, hacen de la función educativa, y de los poderes-deberes que en ella circulan, el medio idóneo para el desarrollo de la personalidad, contribuyendo así a formar personas libres y con capacidad responsable de elección. Si en el ejercicio de tal función se arriesgan los derechos fundamentales del menor, como el de libertad religiosa, es evidente que se está contradiciendo el propio principio constitucional y arriesgando el libre desarrollo de la personalidad»⁹⁴.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

En suma, y llegados hasta aquí, es obvio que el menor, cada vez más, ocupa un lugar destacado en la sociedad, y no sólo como merecedor de protección, que también, si no especialmente por su condición de sujeto de derechos; consideraciones que lógicamente han influido en la delineación de los distintos ámbitos en los que el niño se desarrolla, reconociéndole una mayor autonomía

En esta dirección, y en el ámbito paterno-filial —que goza de especial importancia cuando hablamos de menores—, la patria potestad sólo puede concebirse actualmente como una función, establecida además en interés y beneficio del menor, por lo que los padres deberán ejercerla teniendo siempre presente la personalidad del niño. Precisamente por ello, y por la gran trascendencia que reviste dicha institución para que esa realidad evolutiva que es el niño se convierta en actualidad, el ordenamiento ha otorgado a los padres amplias facultades para el cumplimiento de sus deberes de guarda y formación, encontrándose alguna de ellas constitucionalizada como es el caso del derecho de los padres a elegir la formación moral y religiosa de sus hijos.

Ahora bien, dicha formulación no puede interpretarse como un derecho subjetivo de aquellos, pues nos encontramos en el ámbito de la conciencia, o lo que es lo mismo, ante derechos estrechamente conectados a la dignidad humana, por lo que la titularidad y ejercicio de los mismos corresponden, por el hecho de ser persona, al menor. En modo alguno, por tanto, el derecho

⁹⁴ Carmen Serrano Postigo, *op. cit.*, p. 827-828.

paterno consagrado en el artículo 27.3 de la Constitución puede suponer un derecho a imponer un modelo ideológico al niño, ya que en estos casos nos encontraríamos ante una auténtica vulneración de su derecho de libertad de creencias.

Es por ello por lo que la citada fórmula jurídica puede ser entendida como derecho-deber: derecho frente al Estado, deber en relación a los hijos. Ciertamente, nos encontramos ante la constitucionalización de un derecho de los padres, pues así se desprende de la dicción del propio artículo, pero que sólo podrá ejercitarse frente al Estado, y nunca frente al menor, respecto del cual tienen un deber de cuidado.

Efectivamente dicho derecho supone una garantía de protección frente a enseñanzas inductivas por parte de los poderes públicos, y una exigencia para éstos de respeto a las convicciones de la sociedad. Pero se trata, en suma, de un derecho que se otorga a los padres porque es a ellos a quienes corresponde el deber de guarda mientras sus hijos no alcancen la capacidad necesaria para elegir; se trata de una facultad otorgada expresamente por el ordenamiento constitucional a los padres, con la finalidad de facilitar el cumplimiento de los deberes educativos que conlleva la patria potestad, y garantizar, como venimos afirmando, el libre desarrollo de la formación de la conciencia, en este caso, del menor, cuando no se encuentra en disposición de enfrentarse a injerencias externas por no haber alcanzado la capacidad suficiente.

En este sentido, el derecho de los padres a la elección de formación religiosa y moral de acuerdo con sus propias convicciones debe ser entendido como un derecho de naturaleza funcional al derivar de ese deber de cuidado que recae sobre ellos.

Precisamente, por este carácter instrumental, y en función de lo prescrito por el denominado Derecho de menores, el derecho referido deberá ejercerse por los padres siempre en función del interés del menor, pues su objetivo último es hacer efectivo su derecho a la educación y a la libre formación de su conciencia en tanto éste no haya alcanzado las suficientes condiciones de madurez para optar por sí mismo; condiciones que delimitarán, según vayan siendo adquiridas por el niño, las funciones de guía y cooperación que ostentan los padres respecto de la evolución de sus hijos.

M.^a Rosa García Vilardell

Universidad CEU Cardenal Herrera (Elche)