

LIMITES DE LA LIBERTAD RELIGIOSA
Y LAS RELACIONES PERSONALES
DE UN PADRE CON SUS HIJOS
(Comentario de la STC 141/2000, de 29 de mayo)

FRANCISCO RIVERO HERNANDEZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 141/2000, DE 29 DE MAYO. 1. *Antecedentes. La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia.* A) Fase jurisdiccional. B) Recurso de amparo. Posición jurídica de las partes personadas. 2. *Argumentación sustancial de la STC 141/2000.* III. PROBLEMAS PLANTEADOS POR LA SENTENCIA QUE COMENTO. CUESTIONES QUE PARECEN PERTINENTE ABORDAR AQUI. IV. EL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA Y SUS LIMITES. 1. *El derecho de libertad de creencia, en general. Sus límites.* 2. *El derecho de los menores a la libertad religiosa. Alcance y ejercicio.* 3. *¿Se ha salvaguardado el derecho de libertad religiosa de los menores en el caso de autos?* V. EL INTERES DEL MENOR, EN GENERAL, Y EN MATERIA DE LIBERTAD RELIGIOSA. 1. *Argumentación de la sentencia a este respecto.* 2. *El interés del menor, en general. Dificultad de su determinación.* 3. *En qué consiste, efectivamente, el interés de los menores.* 4. *Dificultad de la determinación in concreto del interés del menor.* 5. *El interés del menor en materia religiosa.* VI. LAS RELACIONES PERSONALES ENTRE PADRES E HIJOS. 1. *Fundamento y finalidad del derecho de visita y relaciones personales.* 2. *Naturaleza del derecho de visita.* 3. *Limitabilidad de las relaciones personales padres-hijos menores.* VII. A MODO DE CONCLUSION.

I. INTRODUCCION

Que todos los derechos son limitados, es evidente, casi una obviedad. El ámbito de *agere licere* que conceden a su titular no puede significar un uso o ejercicio irracional e indiscriminado; el alcance y extensión de aquel ámbito se hallan marcados por ciertas coordenadas que los delimitan, más visibles a la hora de su ejercicio.

La primera frontera que encuentran todos los derechos —incluidos los fundamentales, que son los que más interesan aquí—, la constituye el marco de su propia tipificación: el ámbito de poder (facultades, proyecciones) que comporta ese derecho, y no más allá. Pero, de otro lado, su ejercicio (la conversión de la potencia en acto) ha de realizarse no sólo por encima de unos mínimos de ética y lealtad, sino dentro del contexto funcional y teleológico de ese derecho; porque todo derecho corresponde a una finalidad, a una función económico-social, cuyo titular no podrá olvidarlas sin desviarlo de su propia justificación y razón de ser (1).

Todo derecho se halla, así, limitado *per se*, internamente, por su propio sentido y su vocación social. “En principio —dice K. LARENZ—, no cabe concebir un derecho que no esté limitado de alguna forma” (límites *intrínsecos*). Mas también puede quedar limitado el derecho desde fuera, por su encuentro o colisión con otros que aspiran al mismo ámbito de poder: se trata, en este segundo planteamiento, de lo que la doctrina llama *límites extrínsecos* del derecho.

También los derechos fundamentales tienen límites, he dicho. Y como a ellos se refiere, sustancialmente, la sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 mayo, que voy a comentar, merece la pena recordar la doctrina que en ese punto ha sentado dicho Alto Tribunal, bien resumida en su S. 120/1990, de 27 de junio, con cita de muchas otras:

“[...] como ya ha reiterado en diversas ocasiones este Tribunal, conviene tener presente, de una parte, que sólo ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho o ante

(1) “Los derechos —dijo la S. T.S. de 22 septiembre 1959—, productos sociales como el Derecho objetivo mismo, encuentran su origen en la comunidad de la cual obtienen su espíritu y finalidad, existen para ella y por ella; cada uno de ellos tiene su razón de ser y su misión que cumplir; cada uno de ellos es dirigido a un fin, y no atañe a su titular desviarlo del mismo; son elaborados por la sociedad y no la sociedad por ellos; su finalidad hállase fuera y por encima de ellos mismos; no son, pues, absolutos, sino relativos, deben ser ejercitados en el plano de la institución, conforme a su espíritu”.

los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, puedan ceder los derechos fundamentales (Ss. T.C. 11/1981, FJ. 7º; 2/1982, FJ. 5º; 110/1984, FJ. 5º), y de otra que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho 'más allá de lo razonable' (S. T.C. 53/1986, FJ. 3º), de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean 'necesarias para conseguir el fin perseguido' (Ss. T.C. 62/1982, FJ. 5º; 13/1985, FJ. 2º) y ha de atender a la 'proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquél a quien se le impone' (S. T.C. 37/1989, FJ. 7º) y, en todo caso, respetar su contenido esencial (Ss. T.C. 11/1981, FJ. 10º; 196/1987, FJ. 4º, 5º, 6º; 197/1987, FJ. 11), si tal derecho aun puede ejercerse".

De esa doctrina se infiere enseguida que el problema, delicado y grave en la práctica, de los límites de esos derechos (de todos, podría decirse) es, eminentemente, una cuestión de justificación objetiva y razonable de los mismos en cada caso, de proporcionalidad entre fines y medios, sobre todo: lo dice explícitamente alguna de las sentencias citadas (2), y se halla implícito en los términos "no más allá de lo razonable", en la necesidad de preservar otros derechos fundamentales, y demás visto.

Claro y comprensible todo eso inicial y teóricamente, es, sin embargo, mucho más complejo en la práctica, porque ello obliga a una valoración y comparación tanto del derecho limitable como de los elementos fácticos y jurídicos limitantes *in concreto*, y a hacer un juicio de valor que aprecie la proporcionalidad y racionalidad apuntadas. Aquella valoración y este juicio competen, en principio, al tribunal ordinario que conociendo alegaciones y pruebas (es decir, hechos relativos al caso concreto), ha de decidir si hubo lesión del derecho cuestionado, si hubo justificación razonable y aquella proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla la persona a quien se le impone. Es función jurisdiccional, pues, en primer lugar, la de valorar los hechos alegados y las pruebas aportadas por las partes, para decidir en consecuencia y según los principios y normas procesales pertinentes.

Mas, cuando el asunto llega en vía de amparo al Tribunal Constitu-

(2) Apela al principio de proporcionalidad con frecuencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un ejemplo de ello lo encontraremos en el *caso Hoffmann*, a que me referiré más adelante, con las citas precisas.

cional, porque un ciudadano estima que los tribunales ordinarios no han protegido suficientemente alguno de sus derechos fundamentales, que él estima lesionado, ¿qué margen tiene dicho Alto Tribunal para conocer de los hechos y las pruebas aportadas por las partes sin convertirse en una nueva instancia jurisdiccional?. Cuestión debatida, más ante casos concretos que como cuestión de principio —donde las cosas están bastante más claras—, como pudiera ser un extremo que deberé examinar en relación con la sentencia que comento, me parece oportuno dejar constancia ya de lo que al respecto tiene dicho el propio Tribunal Constitucional desde hace tiempo en una sentencia relativa precisamente al mismo derecho que el ahora cuestionado, el del art. 16.1 C.E., la S. 20/1990, de 12 febrero: “[...] La función de este Tribunal en el recurso de amparo constitucional es la de revisar, respetando los hechos que los órganos judiciales estiman probados y que no ofrecen duda en este caso por tratarse de un texto escrito unido a las actuaciones, si la ponderación entre los derechos fundamentales en juego se ha realizado en forma que la Constitución tolera; o si, por el contrario, se ha producido un desequilibrio entre los mismos del que resulta que la protección de uno (el derecho al honor) ha lesionado de forma evidente y desproporcionada las garantías que a la libertad ideológica y de expresión consagra la Constitución en los arts. 16.1 y 20.1”.

En términos igualmente contundentes y claros se ha pronunciado después la S. T.C. (Sala 1ª) 13/1995, de 24 de enero: “Este Tribunal Constitucional no está concebido como una última instancia ni ejerce funciones casacionales, que se mueven en el plano de la legalidad y para su salvaguarda. Por ello, no le corresponde terciar en favor de cualquiera de las dos interpretaciones contradictorias (las de sendas instancias judiciales), ambas admisibles a la luz de la Constitución, que son parejamente razonables y fueron suficientemente razonadas en las dos sentencias sucesivas”.

Tomo nota desde ahora de estos pronunciamientos a los efectos y consideraciones que haré.

Por lo demás, la buena inteligencia de cuanto tengo dicho hasta aquí y, sobre todo, de lo que diré, exige traer inmediatamente a escena los hechos que motivaron el recurso de amparo y las líneas fundamentales del razonamiento de la sentencia que comento.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 141/2000, DE 29 DE MAYO

1. *Antecedentes. La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia*

A) Fase jurisdiccional

Doña C.G.R. formuló demanda de separación matrimonial contra don P.C.C., en la que señalaba que desde la incorporación de su esposo al denominado "Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España", había hecho dejación de sus obligaciones familiares, "presionado" a aquélla para que se adhiriera a dicha organización e incluso abandonado el hogar conyugal; e interesaba la restricción del régimen de visitas del Sr. C. a los dos hijos del matrimonio, de 5 y 12 años, como consecuencia de su pertenencia a dicho movimiento y por el proselitismo que de su ideario hacía, resultando conveniente —añadía—, "mantener a los menores al margen de cualquier tipo de adoctrinamiento que les pueda acarrear perjuicios en su desarrollo psicológico y en su educación".

El demandado Sr. C. se opuso a las restricciones al régimen de visitas solicitadas, argumentando que de ningún modo había hecho proselitismo de sus creencias en el seno de su familia, y que su conducta en todo caso resultaba amparada por el ejercicio de la libertad religiosa garantizada en el art. 16 CE.; aportó copia de los estatutos del citado "Movimiento Gnóstico", inscrito en el Registro de Asociaciones y un folleto explicativo del fin social y las actividades de dicha asociación.

En el proceso civil se aportó un informe del equipo psicosocial en el cual se concluía que aunque el Sr. C. no ha supuesto una influencia negativa para la educación y socialización de los menores, sí se han advertido síntomas de alteración emocional o pérdida de capacidad de percepción de la realidad; también constataba que no se habían apreciado razones en contra para que la relación paterno-filial se desarrollase mediante un régimen ordinario de visitas.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Valencia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda y declarando la separación matrimonial y las siguientes medidas sobre los hijos menores: atribuir su guarda y custodia a la esposa, compartiendo ambos progenitores la patria potestad, y estableciendo como régimen de visitas a favor del padre los fines de semana alternos desde las 20 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo, la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa, Fallas y de verano, añadiendo —quiero destacarlo—

“con prohibición expresa al padre de hacer partícipe a sus hijos de sus creencias religiosas así como la asistencia de los menores a cualquier tipo de acto que tenga relación con aquéllas”.

La Sra. G.R. apeló la sentencia de instancia y lo relativo a las medidas adoptadas para preservar a los menores de las creencias y actividades de su padre al tenerlas por insuficientes, invocando a tal efecto el art. 27.3 CE. Por su parte, el Ministerio Fiscal y el apelado Sr. C. solicitaron la confirmación íntegra de la sentencia apelada.

La Audiencia Provincial de Valencia, Sección Séptima, ante el conflicto planteado entre las partes —el apelado invocó el art. 16 C.E. al considerar que la restricción del régimen de visitas por razón de su profesión en la mentada asociación vulneraría su libertad ideológica y religiosa, y la apelante arguyó que el régimen de visitas estipulado en la instancia resultaba insuficiente al poder producirse en su desarrollo la lesión de su derecho garantizado en el art. 27.3 C.E.— dictó sentencia estimando parcialmente el recurso de apelación (3), acordando respecto del régimen de visitas su limitación a fines de semana alternos desde las 10 horas hasta las 20 horas, sábados y domingos, “sin pernoctar en domicilio del apelado, suprimiendo todos los períodos vacacionales, confirmando la sentencia de instancia en el resto de sus pronunciamientos”.

(3) “A la vista del conjunto de actuaciones —dice esa sentencia de apelación—, y de la causa inmediata de la separación, cese de la convivencia por incompatibilidad ideológica-religiosa con la apelante, sin que haya existido posibilidad de continuar en la convivencia pese a esa dualidad de creencias, este órgano debe tutelar el derecho de los menores de que su formación, religiosa y moral, continúe desarrollándose en la forma que ambos progenitores decidieron de común acuerdo, precisando que no pueden ser sometidos los menores a dos tipos de formación moral, totalmente incompatibles entre sí, más como este órgano ha formado una convicción de que el apelado no separa en su relación con los menores sus vivencias en el referido Movimiento Gnóstico Cristiano Universal, y que el contenido ideológico del mismo, puede afectar psíquicamente a los dos hijos menores, dada la invocación a planteamientos ideológicos esotéricos (oculto, solo perceptible para iniciados), el desdoblamiento Astral en una quinta dimensión, el culto desmesurado al Fundador, la teoría sobre las relaciones sexuales como algo nocivo, etc., debe imponerse una restricción superior a la establecida en la sentencia de instancia, de forma tal que no exista la posibilidad de asistencia y participación de los menores en el Movimiento, y que la apelante, a quien se le atribuido la guarda y custodia, pueda tener una continua comunicación con los menores, de ahí que se supriman todos los períodos vacacionales, y que los fines de semana alternos se desarrollaran a elección del apelado, desde las 10 horas hasta las 20 horas del sábado y domingo, sin que pernocten en el domicilio del apelado, por lo que debe estimarse en parte el recurso en este particular”.

B) Recurso de amparo. Posición jurídica
de las partes personadas

a) El *recurrente en amparo*, Sr. C., impugnó la sentencia de la Audiencia Provincial por entender que la misma había vulnerado su derecho a la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE) al restringir su régimen de visitas a sus hijos menores con motivo de su pertenencia al Movimiento Gnóstico. El art. 94 C.c. permite la limitación del derecho de visita sólo en el caso de que concurran circunstancias reales de suma gravedad que puedan afectar a aquel desarrollo adecuado de la personalidad del menor; por ello, es indispensable que se produzca semejante perjuicio y que éste interfiera en el desarrollo personal del menor para fundar la limitación del derecho de visita. Aducía el recurrente que no se ha probado en las actuaciones que hubiese acuerdo entre los cónyuges sobre el mantenimiento de la formación religiosa inicial de los hijos y que la educación elegida hubiese sido la cristiana, y que la diversidad de creencias de los padres puede aumentar la riqueza de la formación de los menores, por lo que no es conforme a la Constitución limitar el contacto paterno-filial por mostrar un criterio ideológico y religioso diverso al de la madre. No se ha probado tampoco la existencia de hechos graves que entorpezcan o menoscaben el adecuado desarrollo personal de los menores, ni se ha acreditado que la pertenencia del recurrente al Movimiento Gnóstico citado haya perjudicado o impedido dicho desarrollo. Por todo ello, la Audiencia Provincial habría vulnerado su libertad ideológica y de religión.

b) *La Sra. G.R.* interesó la desestimación del recurso de amparo, razonando que la sentencia de la Audiencia no vulneraba la libertad ideológica y religiosa del demandante de amparo, sino que se limitaba a adoptar las medidas pertinentes, con arreglo a lo dispuesto en el art. 94 C.c., en interés de los menores, con el objeto de preservarles de los graves perjuicios que a su desarrollo personal pudiere irrogarle la influencia de las creencias que profesa su padre.

c) El *Ministerio Fiscal* solicitó la estimación del amparo, razonando que en el caso no se ha acreditado la concurrencia de las graves circunstancias que autorizan al Juez para la limitar la relación paterno-filial, lo que supuso también la infracción del art. 16 CE al acordar un poder público la limitación al régimen de visitas con ocasión de la ideología del recurrente. Invocaba la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la libertad ideológica del art. 16 CE y que esta norma opera como una cláusula de indemnidad frente a los actos de los poderes públicos, y concluía señalando que los órganos judiciales no han hecho

sino sancionar al ahora demandante de amparo con ocasión de sus creencias religiosas, sin que dicha restricción a su libertad ideológica y religiosa se funde en la acreditación de un daño realmente existente para el desarrollo personal de los menores, sino que parte del riesgo de un daño potencial en su formación.

2. Argumentación sustancial de la S.T.C. 141/2000

En su fundamentación jurídica, tras aludir el Tribunal Constitucional a lo dicho por los órganos judiciales que conocieron del proceso de separación de los cónyuges contendientes (4), comienza fijando la posición jurídica de cada parte y razones en que se apoya ante el de amparo: “El Sr. Carrasco invoca frente a dicha Sentencia de apelación el art. 16.1 CE, aduciendo que su libertad, que en unos casos el recurrente identifica con la ideológica y en otros con la religiosa, ha sido vulnerada porque la única razón sobre la que se sustenta aquella resolución judicial, y más en concreto, la severa restricción de sus derechos de visita a sus hijos menores consiste, justamente, en las creencias que profesa como miembro y practicante del Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España, sin que se haya probado ni que sus creencias sean efectivamente peligrosas o perjudiciales para el desarrollo

(4) “En el presente recurso —dice—, el Sr. Carrasco solicita nuestro amparo frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia que, estimando el recurso de apelación promovido por su esposa en los autos de su proceso de mutua separación, no se limitó a confirmar las medidas acordadas por el Juez de Primera Instancia, sino que además restringió el régimen de visitas dispuesto en la instancia privándole de las que le correspondían en las vacaciones de verano, Navidad, Semana Santa y las Fallas, y reduciendo las visitas de fin de semana alternos desde las 10 horas hasta las 20 horas del sábado y el domingo, con expresa prohibición de que los menores pernoctasen con su padre. La Audiencia Provincial adoptó semejantes medidas como una forma de resolver el conflicto entre la libertad ideológica y religiosa del padre (art. 16.1 CE) y el derecho que asiste a los padres de que sus hijos reciban una formación religiosa y moral conforme a sus convicciones (art. 27.3 CE). El órgano judicial fundó su resolución principalmente en el Informe Psicosocial que constaba en las actuaciones, de cuyas conclusiones se subrayó la circunstancia de que el citado movimiento podía ser una secta destructiva, aconsejando la adopción de medidas que impidiesen al padre hacer partícipe a sus hijos de las creencias profesadas por él como miembro de aquella, habida cuenta de la corta edad de los menores (12 y 4 años) y su vulnerabilidad. La apelación, en aplicación de lo dispuesto en el art. 94 CC, consideró que en el caso concurrían graves circunstancias que aconsejaban la alteración del régimen ordinario de visitas con el objeto de prevenir el riesgo de que los menores pudiesen ver alterado su desarrollo personal, considerando a tal efecto insuficientes las medidas acordadas por el Juez de Primera Instancia”.

personal de sus hijos, ni que hubiese acuerdo alguno entre los cónyuges, padres de dichos menores, por el cual la formación religiosa y moral que debieran recibir fuese la profesada por la madre. En opinión del recurrente, la Audiencia Provincial ha presumido de su pertenencia a dicho movimiento la existencia de graves riesgos para el desarrollo personal de sus hijos, de hacerles partícipes de sus creencias, imponiéndole la prueba de que no existía semejante riesgo grave”.

Acota luego la S. T.C. 141/2000 en qué consiste la aducida lesión de la genérica libertad de creencias del Sr. C.: “[...] el recurrente Sr. C. considera que la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial ha vulnerado su libertad de creencias, sean éstas de índole religioso o secular, determinación que resulta irrelevante para la adecuada resolución del caso, como se desprende de las Ss. T.C. 292/1993, de 18 octubre, FJ 5, y 173/1995, de 21 noviembre, FJ 1, que cita en su demanda, dado que, como puntualiza ulteriormente, con cita de la STC 20/1990, de 28 febrero, no debe olvidarse que este Tribunal ha afirmado que la libertad de creencias garantizada en el art. 16.1 CE protege frente a cualquier clase de compulsión externa de un poder público en materia de conciencia que impida o sancione a una persona por creer en lo que desea (dimensión interna) y hacer manifiesta su creencia si así lo quiere (dimensión externa)” (5).

Recuerda de nuevo nuestra S. T.C. 141/2000 lo que decidieron los tribunales de primera instancia y de apelación (6), para concluir a ese

(5) “Esta, justamente —concreta—, es la queja vertida por el demandante de amparo: que la Audiencia Provincial ha presumido que sus convicciones personales son gravemente dañinas para el libre desarrollo de sus hijos, restringiendo, en consecuencia, sin justificación alguna los derechos civiles que le corresponden en su condición de padre y, por consiguiente, discriminándole por aquéllas. De esta forma, sostiene el Sr. Carrasco, un poder público ha conculcado la garantía de indemnidad que contiene el art. 16.1 C.E.”.

(6) “El Juez de Primera Instancia atendió a la pretensión de la madre de que se impidiese al esposo, y padre de los menores, que hiciese partícipes a éstos de sus creencias, las cuales, a juicio de la madre, fueron la causa de la crisis matrimonial y profesadas por una “secta destructiva”, en opinión, una vez más, de la madre. Con tal motivo, y con la documentación aportada por el ahora recurrente en amparo sobre el ideario del Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España, y el Informe Psicosocial del que se ha hecho mérito en los antecedentes, acordó prohibir al padre hacer partícipes a sus hijos de sus creencias y su asistencia a cualquier acto de manifestación de las mismas. Esta fue la única medida adoptada, pues ni privó al padre de la patria potestad sobre sus hijos, compartida con la esposa quien conservaba la guarda y custodia (extremo en ningún momento discutido en este amparo ni anudado a la eventual lesión de la libertad de creencias del padre), ni alteró sustancialmente el régimen de visitas con arreglo a lo dispuesto en el art. 94 CC, y habitualmente acordado por los tribunales de justicia. Así pues, la medida judicial afectaba no al régimen y tratamiento jurídico de

respecto: "A la vista de los autos, tan indiscutible es que la libertad de creencias del Sr. Carrasco, padre de los menores, se ha visto concernida por las resoluciones judiciales, como que tanto una resolución del Juzgado, no impugnada, como la de la Audiencia, que es objeto de este recurso de amparo, representan limitaciones a la libertad de creencias del padre, constriñéndose la cuestión litigiosa a examinar si el recurrente, dado su *agere licere* constitucionalmente garantizado por el art. 16.1 CE, debe soportar las limitaciones que el Tribunal de apelación le ha impuesto, que no inciden directamente en sus convicciones, pero sí lo hacen en el estatuto jurídico que de las mismas deriva".

A partir de ahí, construye la sentencia 141/2000 su razonamiento jurídico reiterando su doctrina sobre la libertad de creencias y su protección constitucional (7), prestando especial atención a la proyección

las relaciones paterno-filiales, sino al uso que el progenitor podía dar al tiempo de disfrute y convivencia con sus hijos, sin que se le impida cualquier otro tipo de actividad. Por el contrario, la Audiencia Provincial, ante la queja de la madre de los menores acerca de la insuficiencia de las medidas adoptadas en la instancia, y sin que conste la práctica de nuevas pruebas, decide extender la medida reduciendo de forma drástica el régimen de visitas acordado inicialmente, privando al padre de los períodos vacacionales y reduciendo las visitas de fines de semana, impidiendo que los menores pernocten con su padre. Es patente, en fin, que la Audiencia Provincial ha adoptado una medida (que no es cautelar, pues forma parte del régimen del matrimonio disuelto, sin perjuicio de su revisibilidad, de darse las condiciones del art. 91 CC) cualitativamente distinta a la adoptada por el Juez de Primera Instancia, pues no sólo veda la posibilidad de que el padre haga uso del tiempo de visita y de contacto con sus hijos para hacer proselitismo de sus creencias, sino también restringe de forma harto severa el régimen de las mismas" (FJ. 3).

(7) "La libertad de creencias, sea cual sea su naturaleza, religiosa o secular, representa el reconocimiento de un ámbito de actuación constitucionalmente inmune a la coacción estatal garantizado por el art. 16 CE, "sin más limitación, en sus manifestaciones, que las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley". Ampara, pues, un *agere licere* consistente, por lo que ahora importa, en profesar las creencias que se desee y conducirse de acuerdo con ellas, así como mantenerlas frente a terceros y poder hacer proselitismo de las mismas. Esa facultad constitucional tiene una particular manifestación en el derecho a no ser discriminado por razón de credo o religión, de modo que las diferentes creencias no pueden sustentar diferencias de trato jurídico (SSTC 1/1981, de 26 de enero, FJ 5; AATC 271/1984, de 9 de mayo; 180/1986, de 21 de febrero; 480/1989, de 2 de octubre; 40/1999, de 22 de febrero; STEDH caso *Hoffmann*, §§ 33 y 36, por remisión del § 38), posee una distinta intensidad según se proyecte sobre la propia conducta y la disposición que sobre la misma haga cada cual, o bien lo haga sobre la repercusión que esa conducta conforme con las propias creencias tenga en terceros, sean éstos el propio Estado o los particulares, bien pretendiendo de ellos la observancia de un deber de abstenerse de interferir en nuestra libertad de creencias o bien pretendiendo que se constituyan en objeto y destinatarios de esas mismas creencias. Cuando el art. 16.1 CE se invoca para el amparo de la propia conducta, sin incidencia directa sobre la ajena, la libertad de creencias dispensa una protección

externa de dicha libertad, en busca de sus límites, el punto más controvertido:

“Desde el momento en que sus convicciones y la adecuación de su conducta a las mismas se hace externa, y no se constriñe a su esfera privada e individual, haciéndose manifiesta a terceros hasta el punto de afectarles, el creyente no puede pretender, amparado en la libertad de creencias del art. 16.1 CE, que todo límite a ese comportamiento constituya sin más una restricción de su libertad infractora del precepto constitucional citado; ni alterar con el sólo sustento de su libertad de creencias el tráfico jurídico privado o la obligatoriedad misma de los mandatos legales con ocasión del ejercicio de dicha libertad, so pena de relativizarlos hasta un punto intolerable para la subsistencia del propio Estado democrático de Derecho del que también es principio jurídico fundamental la seguridad jurídica (Ss.T.C. 160/1987, de 27 octubre, FJ 3, 20/1990, FFJJ 3 y 4). El derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente; pero el derecho a manifestar sus creencias frente a terceros mediante su profesión pública, y el proselitismo de las mismas, suma a los primeros los límites indispensables para mantener el orden público protegido por la Ley. Los poderes públicos conculcarán dicha libertad, por tanto, si la restringen al margen o con infracción de los límites que la Constitución ha previsto; o, aun cuando amparen sus actos en dichos límites, si perturban o impiden de algún modo la adopción, el mantenimiento o la expresión de determinadas creencias cuando exista un nexo causal entre la actuación de los poderes públicos y dichas restricciones y éstas resulten de todo punto desproporcionadas” (FJ. 4).

“La libertad de creencias encuentra, por otra parte —continúa—, su límite más evidente en esa misma libertad, en su manifestación negativa, esto es, en el derecho del tercero afectado a no creer o a no compartir o a no soportar los actos de proselitismo ajenos [...]; así como también resulta un evidente límite de esa libertad de creencias la

plena que únicamente vendrá delimitada por la coexistencia de dicha libertad con otros derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Sin embargo, cuando esa misma protección se reclama para efectuar manifestaciones externas de creencias, esto es, no para defenderse frente a las inmisiones de terceros en la libertad de creer o no creer, sino para reivindicar el derecho a hacerles partícipes de un modo u otro de las propias convicciones e incidir o condicionar el comportamiento ajeno en función de las mismas, la cuestión es bien distinta” (FJ. 4).

integridad moral (art. 15 CE) de quien sufra las manifestaciones externas de su profesión, pues bien pudiere conllevar las mismas una cierta intimidación moral, en incluso tratos inhumanos o degradantes" (y cita numerosas sentencias).

Como los más directamente afectados por el ejercicio de la libertad de creencias del recurrente son sus hijos, pasa la sentencia 141/2000 a examinar los derechos de éstos (8), en cuanto van a constituir el límite más importante a aquella libertad:

(8) "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 su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 CC o el art. 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Así pues, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el "superior" del niño (SSTC 215/1994, de 14 de julio; 260/1994, de 3 de octubre; 60/1995, de 17 de marzo; 134/1999, de 15 de julio; STEDH de 23 de junio de 1993, caso *Hoffmann*). [...] Tratándose, como se trata en el caso de autos, de la supuesta afectación de dos menores de edad por las prácticas de su padre de conformidad con sus creencias, no deben dejar de ser tenidas en cuenta las normas internacionales de protección de la infancia, que son de aplicación en España. Y, entre ellas, muy en particular, la Convención de la Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990) y la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta Europea de los Derechos del Niño (Resolución A 3-0172/92 de 8 de julio), que conforman junto con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, vigente al tiempo de la Sentencia de apelación, el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el art. 39 CE, y muy en particular, en su apartado 4. A estos efectos, el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos, que constituye un legítimo límite a la libertad de manifestación de las propias creencias mediante su exposición a terceros, incluso de sus progenitores. Así, el art. 14 de la Convención de Derechos del Niño dispone que "los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión". Añadiendo en sus apartados 2 y 3 que "los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades" y "la libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás" (apartados 25 y 27 del § 8 de la Resolución relativa a la Carta Europea)" (FJ. 5).

“En resumen —dice—, frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el “interés superior” de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE). [...]. Por lo tanto, ha de concluirse que el sacrificio de su libertad de creencias impuesto al recurrente por la Sentencia de la Audiencia Provincial que aquí se impugna, obedeció a una finalidad constitucionalmente legítima. Estamos ante una limitación de la libertad de creencias de un padre, consistente en una restricción adicional del régimen de visitas que, al hallarse dirigida a tutelar un interés que constitucionalmente le está supraordenado no resulta, desde la perspectiva de su finalidad, discriminatoria” (FJ. 5).

A partir de aquí analiza de nuevo las sentencias judiciales para contrastar si las medidas adoptadas en las mismas son desproporcionadas, y así las considera, efectivamente (9), por no haber quedado suficientemente probado en las actuaciones judiciales que los hijos menores del recurrente en amparo hayan corrido un riesgo especial en razón de las creencias de éste que justifique las restricciones suplementarias impuestas por la Audiencia Provincial al régimen de visitas y relaciones personales entre padre e hijos (10), por lo que concluía que

(9) “Esto sentado, debe decirse desde ahora que la desproporción de las medidas adoptadas por la Audiencia Provincial conduce directamente a la conclusión contraria, esto es, a afirmar que el recurrente ha sido discriminado en virtud de sus creencias y, por lo tanto, a la estimación del amparo. Esa desproporción se pone en evidencia con sólo comprobar que, como ha aducido el demandante de amparo, falta toda justificación de la necesidad de las medidas restrictivas adicionales adoptadas por la Audiencia Provincial, habida cuenta de que los riesgos que para los menores pudieran dimanar de sus creencias habían sido ya prevenidos con la prohibición, adoptada en instancia, de hacer partícipes de ellas a sus hijos, sin que conste en absoluto que tal prohibición hubiese sido violada, ni siquiera que hubiese riesgo de que lo fuese. Por lo tanto, y dado el canon estricto a que deben someterse las restricciones de la libertad de creencias, que comporta la atribución, a los poderes públicos que las impongan, de la carga de justificarlas, ha de concluirse, a falta de tal justificación, que la restricción del régimen de visitas impuesta por la Audiencia Provincial constriñe indebidamente la libertad de creencias del recurrente” (FJ. 6).

(10) “En efecto, la Sentencia de apelación ha supuesto un cambio cualitativo en la

“con la sentencia de apelación impugnada, la Audiencia Provincial ha dispensado al recurrente un trato jurídico desfavorable a causa de sus creencias personales, lesionando así su libertad ideológica, por lo que no cabe sino estimar el amparo solicitado”.

III. PROBLEMAS PLANTEADOS POR LA SENTENCIA QUE COMENTO. CUESTIONES QUE PARECEN PERTINENTE ABORDAR AQUI

La S. T.C. 141/2000, de 29 de mayo, trata varias cuestiones muy sugerentes jurídicamente, amén de importantes, relacionadas entre sí y en el marco más amplio del derecho fundamental supuestamente violado y del recurso de amparo, aunque no presta a todas ellas idéntica

restricción de la libertad de creencias sufrida por el demandante de amparo, que ha excedido los contenidos términos a los que la constriñó el Juez de Primera Instancia, para extenderla más allá de lo probado y argumentado como exigible en el caso de autos, representando, por tanto, una injerencia grave en la libertad de creencias del recurrente. Y ello es así porque la inicial restricción impuesta a una manifestación de la libertad de creencias del Sr. Carrasco respecto de sus hijos menores de edad, se ha transformado, lisa y llanamente, por la Audiencia Provincial en la adopción, frente al demandante de amparo, de una restricción de derechos justificada únicamente en su pertenencia a cierto movimiento espiritual, que la Audiencia Provincial ha presumido peligroso; sin que se haya acreditado que exista un riesgo adicional, no conjurado previamente por la prohibición de hacer partícipe a los hijos de sus creencias y llevarlos a cualquier tipo de acto que tenga relación con ellas impuesta en instancia. En apelación no se ha practicado prueba distinta a la que ya obraba en las actuaciones ante el Juez de Primera Instancia, y ésta consistió en las declaraciones de la madre de los menores, la abundante documentación aportada por el recurrente sobre el Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España y el Informe del Equipo Psicosocial. Ninguna de ellas arroja resultados que permitan afirmar la mayor intensidad del riesgo en cuestión. No hay en la causa datos objetivos que lo acrediten, deduciéndose el mismo por el órgano judicial a partir de meras conjeturas sobre las características de las creencias profesadas por dicho movimiento, que ni siquiera son desgranadas en la Sentencia de apelación. Tampoco se ha probado en forma alguna que los menores hayan participado en actos de dicha organización o sufrido género alguno de adoctrinamiento o intimidación por su padre o por el movimiento al que pertenece, ni que hayan padecido alteración alguna de su carácter o conducta. La Audiencia Provincial, pese a la gravedad de la cuestión sometida a su conocimiento, no expresa en momento alguno de su Sentencia en qué hechos funda su convicción de la necesidad de extender las medidas limitativas acordadas en la instancia. Ni siquiera trata de razonar los motivos por los que considera adecuadas al caso las restricciones temporales del derecho de visita del recurrente, ni la relevancia e incidencia que pueda tener el que los menores no pernecten con su padre los fines de semana correspondientes o no disfruten con él de los períodos vacacionales, a los efectos de evitar el grave riesgo que semejante contacto pudiese acarrear para el desarrollo personal de sus hijos” (FJ. 7).

atención ni las considera con la misma fortuna y acierto, en mi opinión.

La cuestión central e inicialmente abordada por la sentencia, en cuanto argumento principal del recurso de amparo, es el de la libertad religiosa en nuestra Constitución y particularmente el de sus límites, de los que estudia con especial atención los de la llamada esfera externa, donde encuentra, en la colisión con los derechos de los hijos del recurrente, el fundamento principal de la limitabilidad de aquel derecho fundamental del padre. Alude, así, al interés de los hijos menores tanto en general cuanto en materia de creencias y en lo que respecta a la relación personal de aquéllos con su padre, cercenada en gran medida por la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, lo que motivó el amparo solicitado. De esa forma vienen a ser tratadas en la sentencia que comento el estatuto jurídico de los menores y la delicada cuestión del *interés del menor*, que constituye la segunda gran cuestión abordada argumentalmente.

Finalmente, tiene el Tribunal Constitucional que referir todo ello, en particular el ejercicio del derecho de libertad de creencias del recurrente en amparo, a las relaciones personales padre-hijos para comprobar hasta qué punto la forma en que las mismas se venían desarrollando antes pudieran haber afectado negativamente a los hijos menores y constituir una causa no ya genérica de limitabilidad, sino de efectiva limitación cuantitativa y cualitativa de aquellas relaciones (que es lo que hizo la Audiencia Provincial).

Devienen tales relaciones personales, de esta forma, la tercera importante cuestión necesitada de estudio, más que detenidamente tratada en la sentencia 141/2000, por cuanto contempladas sólo desde el punto de vista fáctico (lo ocurrido), pero no en cuanto un *quid* jurídico (derecho, función) limitado gravemente por un tribunal, y sin estudiar hasta qué punto era limitable ese derecho de visita y relaciones personales padre-hijos en consideración al fundamento y finalidad de las mismas e interés de los hijos en ellas. (A este último extremo aludía veladamente más arriba cuando apunté que no todas las cuestiones estaban tratadas con el mismo acierto).

Con lo dicho queda ya sugerido el esquema y *cuestiones que trataré* yo en este comentario. Me voy a referir, pues, sustancialmente, a

a) *el derecho constitucional de libertad religiosa*, en general, y referido al padre y a los hijos del caso de autos, y *sus límites respectivos*; intentaré mostrar hasta qué punto ha sido (o dejado de ser) salvaguardado aquel derecho que corresponde a los menores;

b) *el interés de los menores* como límite al mismo derecho del padre,

y en qué consiste ese interés en relación con el derecho de los hijos de libertad religiosa propia;

c) *las relaciones personales entre un padre y sus hijos*, y justificación de su limitación *in concreto*. Me vuelve a preocupar aquí si los tribunales han salvaguardado el interés de los menores en orden a su derecho a mantener unas correctas relaciones personales con su padre, de acuerdo con la finalidad que las justifica.

En todo caso, mis consideraciones no se limitarán exclusivamente a lo que es objeto del recurso de amparo, que circunscribe el ámbito de conocimiento del Tribunal Constitucional, sino que extenderé mi comentario a ciertos extremos de las sentencias del Juzgado y de la Audiencia Provincial en lo que afecta a la protección de los derechos de los menores implicados en este asunto (que, en cambio, el Tribunal Constitucional ha debido abordar más limitadamente): me parecen cuestiones importantes y graves que no pueden quedar desatendidas aquí.

IV. EL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA Y SUS LIMITES

1. *El derecho de libertad de creencia, en general. Sus límites*

No es la primera vez, ni mucho menos, que el Tribunal Constitucional se ocupa de esta cuestión. Si en otras ocasiones y sentencias suyas que lo estudiaron el derecho de libertad de creencias entró en conflicto unas veces con ciertos derechos fundamentales, o con derechos laborales otras, y aun en el marco de nuevas situaciones, incluso administrativas, en este caso y sentencia 141/2000 la discutida lesión de aquel derecho y libertad se produce en el ámbito de relaciones civiles puras, por colisión con derechos civiles importantes que afectan a menores (su derecho a mantener relaciones personales con su padre), lo que le da una dimensión y alcance particular, y permite contemplar perspectivas nuevas (y pronunciamientos interesantes del Tribunal Constitucional) no vistos —que yo recuerde— hasta ahora.

La sentencia que vengo comentando sigue en este punto la doctrina e interpretación que dicho Tribunal ha sentado sobre la libertad de creencias, religiosa o secular, en conocidas sentencias anteriores, a que se remite y a veces reproduce en lo menester (11). Me refiero, sus-

(11) Cfr. Ss. T.C. 24/1982, de 13 de mayo; 66/1985, de 23 de mayo (FJ. 2); 19/1985 (FJ. 2); 292/1993, de 18 de octubre; 173/1995, de 21 de noviembre; 166/1996 (FJ. 2) y 177/1996 (FJ. 9), entre otras.

tancialmente, a la concepción de la libertad de creencias como reconocimiento de un ámbito de actuación constitucionalmente inmune a la coacción estatal garantizado por el art. 16 C.E., “sin más limitación, en sus manifestaciones, que las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. “Ampara, pues —dice esta sentencia—, un *agere licere* consistente, por lo que ahora importa, en profesar las creencias que se desee y conducirse de acuerdo con ellas, así como mantenerlas frente a terceros y poder hacer proselitismo de las mismas”.

Distingue el Tribunal, en esa línea, la diferente intensidad de esta facultad constitucional según se proyecte sobre la propia conducta y la disposición que sobre la misma haga cada cual, de lo que haga y repercusión de esa conducta respecto de terceros. Y si en el primer aspecto el problema principal radica en garantizar al individuo el disfrute de aquel derecho fundamental, en el segundo aspecto (proyección externa del mismo) la cuestión jurídica más relevante —y también por lo que concierne a este caso— es la de sus límites y hasta dónde pueden llegar éstos. “Cuando el art. 16.1 CE se invoca para el amparo de la propia conducta, sin incidencia directa sobre la ajena —añade la sentencia—, la libertad de creencias dispensa una protección plena que únicamente vendrá delimitada por la coexistencia de dicha libertad con otros derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Sin embargo, cuando esa misma protección se reclama para efectuar manifestaciones externas de creencias, esto es, no para defenderse frente a las inmisiones de terceros en la libertad de creer o no creer, sino para reivindicar el derecho a hacerles partícipes de un modo u otro de las propias convicciones e incidir o condicionar el comportamiento ajeno en función de las mismas, la cuestión es bien distinta” (FJ. 4).

Como puede observarse, repite esta sentencia, fundamentalmente, la conocida doctrina y distinción de los estudiosos de la materia (12), que viene a coincidir, salvo cuestiones de matiz y opiniones puntuales

(12) Véase, por ejemplo, CALVO ALVAREZ, J., *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, Pamplona, 1983; IBAN, I.C., “Contenido del derecho de libertad religiosa en el Derecho español”, rev. *La Ley*, 1983-3, p. 1038 ss.; CIAURRIZ, M.J., *La libertad religiosa en el Derecho español*, Madrid (Tecnos), 1984; AMOROS, J.J., *La libertad religiosa en la Constitución española de 1978*, Madrid, 1984; BASTERRA MONTSERRAT, D., *El derecho a la libertad religiosa y su tutela jurídica*, Madrid (Civitas), 1989; COMBALLA, Z., “Los límites del derecho de libertad religiosa”, en AA.VV., *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Pamplona (Eunsa), 1994, p. 471 ss.; MANTECON SANCHO, J., *El derecho fundamental de libertad religiosa*, Pamplona (Eunsa), 1996.

en algunos casos, con lo que establece desde hace tiempo la L.O. 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, la cual, en su importante art. 3.1 dispone que “el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y su culto tiene como único límite la protección de los derechos de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”.

No difiere, realmente, nuestra legalidad de lo que dicen y establecen los grandes Convenios internacionales y Declaraciones universales —algunos, Derecho interno español, tras su ratificación por nuestro Parlamento y su publicación en el B.O.E. (art. 1.5 C.c.)—: así, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Nueva York, NN.UU., 10 diciembre 1948), el Convenio Europeo para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades fundamentales (4 noviembre 1950), el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos (Nueva York, 19 diciembre 1966), la Convención de los Derechos del Niño (NN.UU., 20 noviembre 1989) (13).

(13) El art. 18 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* dice: “Toda persona tiene derecho a la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica o la observancia”. El *Convenio Europeo para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales* dice en su art. 9: “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 individual y colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos”. El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* se expresa: art. 18: “1. 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. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moralidad públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. 4. [...]”. El art. 14 de la *Convención de los Derechos del Niño* dice: “1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. 2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades. 3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

Lo mismo cabe decir de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la que me permito recordar, por su parecido con el que aquí estudiamos, el *caso Hoffmann* (contra Austria: sentencia TEDH. de 23 junio 1993) (14), en el que, ante la reclamación de una mujer que creyó vulnerado su derecho a la libertad de conciencia y de religión y discriminada por pertenecer a la de los Testigos de Jehová, dijo aquel Tribunal: “[...] Por ello, ha habido diferencia de trato y se refiere a la religión; conclusión reforzada por el tono y el contenido de los considerandos del Tribunal Supremo [de Austria] relativos a las consecuencias prácticas de la religión de la recurrente. Tal diferencia de trato es discriminatoria en ausencia de “justificación objetiva y razonable”, es decir, si no se apoya en un “fin legítimo” y si no hay “relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido” (15).

(14) La demandante contrajo matrimonio en 1980, época en que ambos cónyuges eran católicos. Los dos hijos que tuvieron fueron bautizados en el rito católico. Posteriormente, la actora se unió a los Testigos de Jehová; su esposo y los hijos siguieron siendo católicos. En agosto de 1984, fracasado el matrimonio, la esposa dejó el domicilio conyugal con los hijos; el divorcio quedó formalizado en junio de 1986. En el procedimiento de divorcio ambos padres reclamaron la custodia de los hijos; el padre se oponía a que le fuera concedida a su esposa basándose en su pertenencia a los Testigos de Jehová y en los principios prácticos de éstos. El tribunal de distrito de Innsbruck resolvió a favor de la esposa; y el recurso interpuesto por el marido fue rechazado en apelación. Sin embargo, el Tribunal Supremo admitió el recurso del marido basándose en que las resoluciones de los tribunales inferiores eran manifiestamente ilegales, destacando que, en el caso concreto, la educación de los niños de acuerdo con los principios de los Testigos de Jehová violaba las disposiciones de la ley sobre educación religiosa; los intereses de los niños también habían sido desconocidos por las jurisdicciones inferiores, y su vida podía verse comprometida por una negativa de la madre a una transfusión de sangre.

(15) “34. El Tribunal Supremo —continúa la sentencia del TEDH.— perseguía un fin legítimo: proteger la salud y los derechos de los niños. Queda por investigar si la segunda condición [la de la proporcionalidad entre medios y fines] concurre también.

35. Puede hacerse referencia aquí al art. 5 del Protocolo nº 7, entrado en vigor para Austria el 1 noviembre 1988. No invocado en este caso, prevé sin embargo la igualdad fundamental de los esposos, particularmente en cuanto a los derechos de patria potestad, y precisa que el interés de los menores debe prevalecer en tales cuestiones.

36. En la medida en que el Tribunal Supremo de Austria no se fundó sólo en la ley federal citada, apreció los hechos de manera distinta que las jurisdicciones inferiores, que en sus fundamentos se apoyaban sobre todo en las pericias psicológicas. No obstante cualquier argumento contrario posible, no se puede tolerar una discriminación dictada esencialmente por consideraciones de religión. En consecuencia, este Tribunal no puede llegar a la conclusión de la existencia de una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido; por tanto, ha habido una violación del art. 8 combinado con el art. 14 (art. 14+8) [del Convenio Europeo de Derechos Humanos]”.

Volviendo a la cuestión de los límites del derecho de libertad religiosa, declino entrar a estudiar el límite más sutil y controvertido, el del "orden público" —del que se han ocupado ampliamente personas más autorizadas (16)—, porque aquí no es relevante, en función de los hechos enjuiciados.

Mayor trascendencia tiene en este caso el límite de "la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales" (art. 3.1 L.O. 7/1980, de libertad religiosa), al que alude directamente la S. 141/2000 en términos claros y contundentes: "Desde el momento en que sus convicciones y la adecuación de su conducta a las mismas se hace externa, y no se constriñe a su esfera privada e individual, haciéndose manifiesta a terceros hasta el punto de afectarles, el creyente no puede pretender, amparado en la libertad de creencias del art. 16.1 C.E., que todo límite a ese comportamiento constituya sin más una restricción de su libertad infractora del precepto constitucional citado; ni alterar con el sólo sustento de su libertad de creencias el tráfico jurídico privado o la obligatoriedad misma de los mandatos legales con ocasión del ejercicio de dicha libertad, so pena de relativizarlos hasta un punto intolerable para la subsistencia del propio Estado democrático de Derecho del que también es principio jurídico fundamental la seguridad jurídica (Ss. T.C. 160/1987, de 27 de octubre, FJ 3, 20/1990, FFJJ 3 y 4). El derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente; pero el derecho a manifestar sus creencias frente a terceros mediante su profesión pública, y el proselitismo de las mismas, suma a los primeros los límites indispensables para mantener el orden público protegido por la Ley" (FJ. 4).

Y luego concreta más: "La libertad de creencias encuentra, por otra parte, su límite más evidente en esa misma libertad, en su manifestación negativa, esto es, en el derecho del tercero afectado a no creer o a no compartir o a no soportar los actos de proselitismo ajenos".

A ello hay que añadir —porque es relevante aquí— que todo límite a un derecho fundamental, por razonable y justificado que sea, debe ser interpretado restrictivamente y aplicado en consecuencia y con la

(16) Cfr., entre otros, CALVO ALVAREZ, obra citada (la más específica sobre esa cuestión); también, CIAURRIZ, cit., p. 117 y ss.; BASTERRA MONTSERRAT, obra citada, p. 320 y ss..

máxima prudencia: es jurisprudencia constitucional bien asentada (17) y lo señala (como no podía ser menos) la propia sentencia que comento: “[...] como ha dicho este Tribunal, los límites a la libertad de creencias están sometidos a una interpretación estricta y restringida” (FJ. 3, *in fine*). Una vez más esta cuestión de límites, incluso en su interpretación, se traduce y concreta en una cuestión de proporcionalidad, la más delicada y difícil, sin duda, en la práctica y a la hora de aplicar las citadas normas y principios a los casos reales.

A partir de ahí pasa la Sentencia 141/2000 a estudiar el conflicto de la libertad de creencias del padre y la de los hijos, donde encuentra aquélla, como cabe adivinar, su límite más importante aquí. Ello tiene una particular problemática, sobre todo en cuanto a ésta última, que requiere atención y estudio separado.

2. *El derecho de los menores a la libertad religiosa. Alcance y ejercicio*

En nuestro ordenamiento jurídico se garantiza la libertad ideológica y religiosa a todas las personas, sin distinción (art. 16.1 C.E.). Por tanto, también a los menores de edad. Lo recuerda el Tribunal Constitucional en esta sentencia (FJ. 5) en los términos vistos. Esa libertad de creencias que compete a toda persona comprende —para el menor también, insisto—: en el aspecto positivo, la de elegir su fe religiosa o no profesar ninguna, el cambiarla o abandonarla, vivirla como bien lo entienda y practicarla externamente, incluso participarla a terceros dentro de los límites conocidos; y en el aspecto negativo, su derecho a no declarar sobre sus creencias, a no ser obligado a prácticas religiosas ni a recibir asistencia contraria a sus convicciones —cfr. art. 2, a) y b) L.O. 7/1980—. A su vez, y también para los menores, cabría distinguir la dimensión interna de tal derecho de la externa (relación con “los otros”), de que hablé poco ha, que no ofrece aquí para ellos particularidades relevantes.

También aluden a dicho derecho otras normas de rango inferior, que nos interesan ahora en cuanto afectan a los menores y ejercicio del mismo: además de la ya aludida L.O. 7/1980, de libertad religiosa (de la que importan aquí sus arts. 1.1, 2.1-c y 3.1), la L.O. 8/1985, de 3 julio, reguladora del derecho a la educación [LODE] (art. 6), la L.O. 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor (art. 6.1); igual-

(17) Véase, por ejemplo, las Ss. T.C. 20/1990, de 15 de febrero (FJ. 4-d), 120/1990, de 27 de junio (FJ. 7 y 10) y 137/1990 (FJ. 8), entre otras.

mente, los Convenios internacionales antes citados, no sólo porque proporcionan criterios de interpretación de nuestra Constitución y otras normas (arts. 10.2 y 39.4 C.E.), sino porque, como ya anticipé, ellos mismos se han incorporado a nuestro Derecho interno.

La cuestión más relevante para lo que aquí concierne —discusión que no es de ahora, ciertamente— radica en quién y cómo se hace efectivo y ejercita ese derecho de los menores de edad, lo que aquí importa en cuanto que la esposa del recurrente en amparo objeta las relaciones personales de los hijos con su padre por los supuestos riesgos que para los mismos —dice ella, y a veces dicen otros— supone la religión de éste último. Eso comporta, implícitamente, que pretende reservarse ella cierto (quizá total) control sobre la religión de sus hijos, siquiera sea negativamente —pretendiendo que no participen de la religión y creencias de su padre—; y no olvidemos que no consta en las actuaciones judiciales que hubiere habido ningún acuerdo anterior entre los progenitores sobre la religión de los hijos.

¿Hasta qué punto puede invocar esa madre el hipotético hecho de que perjudica a los hijos más la religión del padre que la suya?; por cierto: ¿qué es perjudicar una religión a unos menores, o más una que otra religión?. ¿Puede exigir ella el decidir, como titular de la sola guarda (la patria potestad es compartida) tras la separación conyugal, o imponer a los hijos menores, qué es bueno o malo, qué les conviene más, en materia de creencias y prácticas religiosas?. ¿Quién puede controlar el ejercicio de la libertad religiosa de los menores, la efectiva vivencia práctica de unas ciertas creencias?. Ese es el problema principal, en mi opinión, y por lo que ahora nos interesa, porque su vertiente teórica (la existencia y la garantía constitucional y judicial de tal derecho) no ofrece duda en nuestro sistema jurídico.

Un precepto de alto rango normativo podría interferir en esta materia: es el art. 27.3 C.E. (que la esposa invoca en su apoyo), en cuanto garantiza también el derecho que asiste a los padres “para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. Dejando aparte otras consideraciones al respecto que no son de este lugar, pienso que una interpretación racional y sistemática de esa norma en relación con los arts. 16.1 y 14 de la Constitución, a la luz de los principios constitucionales del art. 10.1 de la misma (dignidad de la persona, derechos inviolables que le son inherentes, libre desarrollo de la personalidad), referidos a los menores —no menos personas que los adultos, y más necesitados de protección que éstos—, obligan a entender y limitar el alcance del art. 27.3 C.E. a la sola *educación y formación* religiosa y moral, no más, y ello en el sen-

tido que señala hoy el art. 6 LODE, que garantiza a los menores, en tanto que alumnos, su derecho a recibir una formación que asegure el pleno desarrollo de su personalidad, el derecho al *respeto de su libertad de conciencia y sus convicciones religiosas y morales*, y el respeto de su integridad y dignidad personales; dígase lo mismo del art. 6 de la L.O. 1/1996 (desarrollo, en nuestro ordenamiento interno, de la importante Convención de los Derechos del Niño, de 1989).

Por tanto, ha de entenderse excluido el control y ejercicio por los padres del derecho de libertad religiosa *stricto sensu* de los hijos y la elección por aquéllos de la religión o creencias de éstos (lejos, pues, de las previsiones del art. 27.3 C.E.).

El derecho fundamental de libertad de creencias que compete a los menores, como personas que son, es sólo y exclusivo suyo, sencillamente, y está excluido de la gestión y ejercicio por representación por los titulares de la patria potestad (art. 162-1º C.c.). No cabe invocar aquí las normas generales sobre capacidad de obrar (18), construidas conceptual y legalmente alrededor de la idea y del ejercicio de los derechos patrimoniales, ámbito donde sólo interesan y se toma en consideración las facultades intelectivas y volitivas de la persona, que a ciertas edades (en la infancia) tienen poco desarrolladas los menores y por ello las suplen sus representantes legales.

El ejercicio de ciertos derechos muy ceñidos a la persona, y de forma señalada aquéllos que tienen incorporadas en su vivencia efectiva y ejercicio elementos, componentes no racionales, como ocurre con las creencias y prácticas religiosas —sobre todo a esa edad, en que tienen más de sentimiento que de racionalidad—, no puede quedar subordinado a los datos cronológicos y jurídicos de la oposición minoría-mayoría de edad, porque algunos de ellos son tan personales (personalísimos, suele decirse) que sólo el titular, de acuerdo con su conciencia y sentimientos, puede ejercitarlos y nadie que no sea el propio afectado puede sustituirle (19) ni ingerirse en tal ejercicio, que es

(18) He aquí una muestra de cómo se pronuncian otros ordenamientos prestigiosos, al margen de sus propias normas sobre capacidad de obrar en otros ámbitos: El art. 303.3 del C.c. suizo establece que “el hijo de dieciseis años cumplidos tiene el derecho de elegir él mismo su confesión [religiosa]”. La Ley alemana sobre educación religiosa de los niños, de 1921 (creo que todavía en vigor) dispone en su § 5 que “a partir de los catorce años corresponde al hijo decidir qué confesión religiosa desea profesar. Si el hijo ha cumplido doce años no puede ser educado contra su voluntad en una confesión distinta a la practicada con anterioridad”. Esa misma norma rige en Auntria, según su ley federal de 1985 sobre educación religiosa de los niños (*Bundesgesetzblatt*, 1985/155, nueva publicación de la ley alemana del mismo nombre de 15 julio 1921).

(19) Cfr. SERRANO POSTIGO, C., “Libertad religiosa y minoría de edad en el

—insisto— vivencia personal, exclusiva y excluyente. ¿Quién podría decir o imponer a otra persona, ni siquiera a un menor, en un país y ambiente de libertad ideológica y de creencias, cómo tiene que pensar y sentir en materia religiosa, en lo que atañe a un Dios y a una trascendencia *post mortem* (no unívocos uno y otra, por cierto)? (20).

Por ello, me atrevo a ir un poco más lejos de lo que dice la sentencia 141/2000 (“... sin que el ejercicio de los mismos [derechos fundamentales de los menores] y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar”). Pienso que en cuanto a creencias y libertad religiosa en sentido estricto —es decir, art. 16.1, no el 27.3 C.E.— nadie puede ejercer tal derecho (en su contenido y alcance positivo y negativo) por y para el menor, ni tomar decisiones en su nombre y representación, lo que podría significar imponerle creencias, vivencias o prácticas religiosas contrarias a sus convicciones y sentimientos (lo cual es, como sabemos, inconstitucional). Excluye aquel ejercicio por representación claramente el art. 162.1, excepción 1ª, C.c.; es contrario al art. 6 L.O. 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (que creo innecesario transcribir); y es contrario, sobre todo, a los principios del art. 10.1 C.E.

No se trata ya, sólo, de que en el ejercicio de la patria potestad el padre o madre tome decisiones a aquel respecto interpretando lo que más conviene al hijo menor de edad y de acuerdo con (lo que aquél entiende que es) su personalidad (art. 154-2º C.c.). Es que no puede ni debe hacerlo, porque le está vedado legalmente. Y si lo hace, es un ejercicio, más que abusivo (21), ilícito, en cuanto prohibido, de un derecho y una legitimación que no tiene (art. 162-1º C.c.), de una potestad que no le compete en esta materia. Creo, con el debido respeto —y añadido esto para no herir susceptibilidades: hablo en un estricto plano intelectual y jurídico—, que cabe calificar en ese sentido y términos (ilícito, más incluso que abusivo) la adopción de decisiones

ordenamiento jurídico español”, en *Estudios de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico en homenaje al prof. Maldonado*, Madrid (Universidad Complutense), 1983, p. 818.

(20) Cfr. ROCA TRIAS, E., *Familia y cambio social*, Madrid (Ed. Civitas), 1999, p. 234-236, quien creo que no está muy alejada de cuanto digo en el texto, si bien enfoca estas cuestiones desde la óptica y en el marco del art. 27.3 más que el del 16.1 C.E.

(21) De abuso de derecho y de exceso de poder habla, a este respecto, SERRANO POSTIGO, *op. loc. cit.*, p. 825.

que pueden tener cierta trascendencia religiosa (para los creyentes, claro), como puede ser la de bautizar o circuncidar a un niño, u otros actos vinculantes, antes de que éste tenga un discernimiento mínimo para ser consciente de ello y su alcance. Estamos en un Estado aconfesional (art. 15.3 C.E.) que garantiza a los ciudadanos (sin exclusión alguna) la libertad de creencias, interpretada hoy legalmente, en cuanto a los menores, en el sentido del art. 6 L.O. 1/1996: hay que respetarla y atenerse a esa legalidad.

¿Qué hacer, entonces, hasta la llegada del menor a cierto grado de madurez y discernimiento que le permita ejercer personalmente las opciones y tomar las decisiones pertinentes en materia religiosa? —y hablo en esos términos porque en realidad no hay minoría sino minorías de edad: en poco se parece, a este respecto, un niño de tres años a otro de quince—. Pues, sencillamente, nada: no debe tomar nadie (representante legal) decisión alguna sobre prácticas, vinculaciones religiosas o sentimientos de esta clase relativos a un menor sin madurez suficiente, y débese dejarlo en suspenso para que, en su momento, pueda él mismo, aun aconsejado o instruido en lo menester, asumirlas sentida y conscientemente como propias.

3. *¿Se ha salvaguardado el derecho de libertad religiosa de los menores en el caso de autos?*

Como consecuencia de todo lo anterior, puede afirmarse que ninguno de los dos, padre ni madre, tiene más ni mejor derecho a controlar, dirigir o influir en la vida religiosa y creencias de sus hijos menores, cuya libertad individual de creencias y la ineptitud (falta de legitimación) de aquéllos para ejercitar en nombre de los hijos las manifestaciones concretas de tal derecho, obligan a dejar a salvo y a favor de éstos, únicos titulares, cualquier decisión positiva o negativa en esa materia.

El derecho fundamental de los hijos al respeto y salvaguarda de su libertad de creencias no sólo constituye en nuestro caso un límite a idéntico derecho de su padre —única perspectiva desde la que ha sido considerado por la sentencia que comento—, sino también frente a su madre, que no puede arrogarse, como titular de la sola guarda y custodia de esos menores tras la crisis matrimonial, no ya sólo ningún derecho más enérgico o de mejor categoría a ese respecto que el padre, sino tampoco facultad alguna para ingerirse en las creencias y vivencias (prácticas) religiosas de sus hijos. (No se olvide que no me refiero al

ámbito del art. 27.3 C.E., donde los padres tienen otras facultades, aun limitadas, sino al del art. 16.1: la madre pretendía que se evitara a sus hijos conversaciones relativas a religión con su padre y la asistencia a ciertas prácticas religiosas). Tras la alegación por aquélla de que las creencias del padre y su pertenencia al “Movimiento Gnóstico” podrían perjudicar a los menores (no demostrado, por otra parte, dice la sentencia 141/2000) hay una velada e intolerable pretensión de que las creencias de ella y aun la inicial religión de los niños (la católica, al parecer) sean de mejor calidad —por decirlo de alguna manera— que las de aquél: lo cual debe ser rechazado *a limine* y explícitamente, en el plano racional y jurídico en que aquí estamos situados.

El derecho de libertad religiosa que compete a los hijos menores no sólo constituye un límite a idéntico derecho del padre (aquí cuestionado) sino límite también —insisto, pues es poco frecuente leerlo— a la potestad y facultades de la madre en cuanto titular de su guarda y custodia, que no comprende la gestión de aquel derecho de los hijos ni la representación en su ejercicio.

Aunque el centro de gravedad del debate judicial y ante el Tribunal Constitucional se ha situado en si la religión y creencias del padre podrían perjudicar a los hijos menores, no debe perderse la perspectiva de que, con las pretensiones de la madre y, sobre todo —y esto es más grave y preocupante—, con las medidas y limitaciones acordadas por los tribunales ordinarios (que alcanzaban tanto o más a los hijos que al padre), se ha visto afectado, siquiera sea indirectamente, el derecho fundamental de los menores a su libertad de creencias, que comprende, igual que para los adultos, tanto la libertad de elegir, profesar, cambiar o abandonar su religión inicial (si tenían o sentían alguna), como la de no ser prohibidos ni obligados a prácticas religiosas ni a recibir asistencia o influencia religiosa contraria a su voluntad o convicciones. Y ese derecho fundamental y libertad, con estos contenidos y manifestaciones, es tan protegible (quizá más necesitado) en los menores que en su padre, y creo que no lo ha sido por los tribunales ordinarios —en cuanto que el Juzgado se permitió dictar “prohibición expresa al padre de hacer partícipe a sus hijos de sus creencias religiosas así como la asistencia de los menores a cualquier tipo de acto que tenga relación con aquéllas”, y la Audiencia Provincial confirmó ese extremo, entre otras restricciones a las relaciones personales padre-hijos—, ni tampoco tomado en consideración por el Tribunal Constitucional —en este caso, más comprensible por las limitaciones que impone el recurso de amparo en su conocimiento del caso—.

Creo, sin embargo, y de todas formas, que debe quedar constancia

de todo ello por su importancia objetiva y en el caso concreto *de quo* para los menores afectados.

V. EL INTERES DEL MENOR, EN GENERAL, Y EN MATERIA DE LIBERTAD RELIGIOSA

1. Argumentación de la sentencia a este respecto

La sentencia que me ocupa encuentra en el *interés del menor*, en el “*interés superior del niño*” la justificación del límite del derecho de libertad religiosa del padre. Merece la pena recordar brevemente la argumentación de la sentencia, porque dice cosas muy interesantes.

Comienza hablando de cómo los niños son también titulares de derechos fundamentales necesitados de especial protección, con un delicado control judicial de lo que hagan al respecto los representantes legales de los menores: “Desde la perspectiva del art. 16 C.E. los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquéllos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, ...” (FJ.5) (22).

“Frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos —dice más adelante—, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal”. Y en caso de conflicto de idéntico derecho de unos y otros titulares, “deberán ser ponderados teniendo siempre presente el ‘interés superior’ de los menores de edad (arts. 15 y 16 en relación con el art. 39 C.E.)” (*ibidem*).

Aún apela luego a las normas internacionales de protección de la infancia (que menciona), las cuales, con la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, constituyen “el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional”,

(22) Cfr. nota 8, con cita más completa.

estatuto que es “sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos, que constituye un legítimo límite a la libertad de manifestación de las propias creencias mediante su exposición a terceros, incluso de sus progenitores” (FJ. 5) (23).

Estoy totalmente de acuerdo con todas esas afirmaciones de la sentencia y, sobre todo, con que el interés de los menores constituye el límite más claro, por la especial protección que se le dispensa en caso de conflicto con otros, a ciertos derechos de los adultos, no sólo como límite general a derechos e intereses ajenos en caso de conflicto, sino dentro de las relaciones familiares y en el ejercicio de la patria potestad, que queda, así, teñida de una especial coloración tanto en su concepción de *officium iuris* (su centro de gravedad es la protección del hijo, protagonista principal, y no las facultades del padre o madre) como en la interpretación de las normas que lo rigen.

Mas ¿qué es ese *interés del menor*?; ¿en qué consiste, en general, y qué alcance y sentido tiene en materia religiosa, que ahora nos concierne?

2. *El interés del menor, en general. Dificultad de su determinación*

El *interés del menor* es uno de los numerosos conceptos jurídicos indeterminados que maneja nuestro legislador —cada vez más en tiempos recientes, a veces inevitablemente, porque la realidad jurídica a que se refieren apenas admite una determinación más precisa—. Por medio de ellos la ley se refiere a una realidad cuyos límites no precisa con exactitud, pero con lo que intenta definir o delimitar un supuesto concreto que permite que sea precisado luego en el momento de su aplicación. Se trata, en este caso como en otros en que el legislador recurre a estos *standards* (la buena fe, la negligencia, la diligencia de un buen padre de familia), de conceptos de valor o de experiencia referidos a realidades que inicialmente no permiten una mayor concreción, pero que, trasladadas a situaciones específicas, a supuestos determinados, su aplicación conduce a una solución y no otras. El hallazgo de esa solución, la única adecuada, sólo es posible al trasladar el concepto indeterminado, en la aplicación de la ley, a la realidad y circunstancias concretas del caso (cfr. S. T.S. de 28 abril 1964).

(23) Véase más ampliamente sobre el estatuto jurídico del menor en RIVERO HERNANDEZ, F., *El interés del menor*, Madrid (Ed. Dykinson), 2000, capítulo I, apart. 3.

La elección de esa técnica legislativa tiene importantes consecuencias, porque ella va a comportar y requerir una forma especial de aplicación de la norma que incorpora tales conceptos —exige una doble labor: precisar el significado y contenido del concepto (aquí, en qué consiste el *interés del menor*), y luego, comprobar en qué situación y circunstancias concretas de las posibles se da el valor que ha pretendido captar la norma (lo que más conviene a un niño determinado)—, y, sobre todo, va a dar relevancia inusitada a los datos y circunstancias del caso concreto, porque éstos son los que van a permitir encontrar la solución dentro del “ámbito de apreciación” o zona de variabilidad del concepto jurídico indeterminado (24).

Dicho en otros términos: esa técnica legislativa de la cláusula general se traduce, en la realidad jurídica y por lo que aquí respecta (interés del menor), en la necesidad de trasladar a cada caso específico de la vida corriente la determinación *in concreto* de cuál es o en qué consiste su mejor interés, lo que más le conviene (variable, a su vez, según el momento vital del menor, que está, además, en continuo cambio y evolución). Y no sólo eso, que en principio es razonable e inevitable, sino que tal determinación y concreción la van a hacer, con el mismo abanico de hipótesis, de valoraciones y de respuestas, distintas personas (en última instancia, jueces, que a veces pueden ser más de uno para el mismo caso), verosíblemente con diferentes criterios personales de valoración —que dependerán de sus respectivas ideologías, sensibilidades, concepción del mundo y de la vida, etc.—, y que se traducirán en decisiones probablemente muy variables y, lo que es peor, sin garantía de un trato igualitario (en detrimento del principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley): unas veces, con soluciones distintas para supuestos de hecho idénticos; otras, con respuestas iguales para casos y datos diferentes. Son los conocidos riesgos (a veces, inevitables, ciertamente) del arbitrio judicial, aquí multiplicados por mor de aquellas variables (25).

Las posibles respuestas, en términos generales, a qué es o dónde

(24) Sobre esta técnica legislativa, ventajas e inconvenientes del uso de los conceptos jurídicos indeterminados, y otros extremos que afectan al interés de los menores, véase mi libro ya citado *El interés del menor*, capítulo II, apart. 1.2.2, y cap. V, apart. 1.1.

(25) Las consecuencias de todo eso son múltiples y preocupantes: desde cierta injusticia subjetiva y objetiva (tratamiento distinto de los iguales, o idéntico trato para lo no igual) y gran inseguridad jurídica (ya apuntada), hasta maniobras procesales —que las hay en la realidad forense— en busca de un juez determinado cuyos criterios ideológicos, jurídicos y sociales son conocidos o para eludir otro que correspondería. Huelgan comentarios.

reside el interés del menor, dependen de múltiples presupuestos y datos, inicialmente, y luego, aun bajo idéntica concepción de qué sea o en qué consista ese interés, de las muchas respuestas o soluciones posibles según los diferentes menores y su circunstancia personal (edad, familia, salud, carácter, psicología, ...); amén de la distinta valoración por quien deba decidir de que puede ser objeto cada una de las soluciones o respuestas adoptadas en cada caso (26).

De otro lado, junto a la indeterminación, quiero subrayar la falibilidad, amén de relativismo subjetivo (respecto del menor), de los criterios presentados como grandes valores —por ejemplo, en nuestro caso, el de la religión, y cuál es mejor—, con pretensión de objetivos, que se aducen con frecuencia a la hora de especular con el interés del menor. En realidad, más que generales o sociales, son criterios y valores personales, individuales (casi siempre) de quien toma la decisión correspondiente (representante legal, juez) por y para el menor, y en nombre y (supuestamente) en interés de éste: derivan de sus convicciones ideológicas, religiosas, sociales, de su propia *Weltanschauung*, de lo que aquéllos entienden por educación, o sobre la afectividad, la sensibilidad, la honorabilidad, el trabajo; del presente y el futuro del niño y del adulto, de todo lo que influye en las decisiones humanas (incluidos los prejuicios y complejos subconscientes de todo tipo), a lo que no son ajenas, entre muchas componentes y variables, las de tipo cultural, porque las diferentes concepciones acerca del interés del menor están fuertemente enraizadas en la propia consideración de cada cultura.

No hay, por tanto, verdaderas ideas o valoraciones generales (o muy pocas), con validez presuntamente objetiva y universal del interés del menor, pues es evidente que en la mayor parte de los casos difieren según la persona llamada a pronunciarse. Los valores éticos y

(26) ¿Qué conviene, en caso de separación de sus padres, a un niño?. ¿A qué niño?, hay que añadir enseguida. Y concretada ya la persona afectada (niño X, de cinco años, sano pero caprichoso, con tres hermanos más,...; o muchacha Z, de trece años, hija única, mala estudiante,...), ¿en qué consiste su interés?, ¿de qué tipo de bienestar, de felicidad, hablamos: la actual, o la de dentro de diez años?; ¿qué interesa más, cómo lo valoramos: su salud física o psíquica, su preparación intelectual, artística, religiosa, ..?; ¿una educación liberal o otra más o menos rígida?; ¿pensamos en su preparación para su éxito profesional futuro en una sociedad que es cada día más competitiva, o es preferible una niñez feliz y despreocupada, y hasta qué edad?. Como cabe adivinar, esas preguntas, que comportan, a su vez, múltiples respuestas posibles, podrían multiplicarse por diez, quizá por cien. Detrás de todo ello hay toda una concepción del mundo y de la vida, un complejo esquema de valores (los trascendentes y otros). Conclusión inevitable: ese *standard interés del menor* es indeterminado, casi indeterminable a priori en términos generales y abstractos.

los principios universales (incluidos los jurídicos) son muy pocos, y el del interés del menor no es uno de ellos por los múltiples condicionamientos que tiene y componentes que lo informan. Todo esto es olvidado con frecuencia a la hora de su aplicación, no obstante ser de una trascendencia muy superior a la que aparenta.

3. En qué consiste, efectivamente, el interés de los menores

Pienso que son premisas iniciales de cualquier consideración sobre el interés del menor, por lo que aquí interesa, las siguientes:

a) el menor es, ante todo, *persona*, en su acepción más esencial y trascendente;

b) además, es una *realidad humana en devenir*, porque para él es tanto o más importante este devenir (su futuro) que su mera realidad actual. Si todo, y toda persona, cambia, ello es más notorio y, sobre todo, más importante en el menor, para el que cada día que vive y pasa le aproxima más a dejar de serlo, a su mayoría de edad y plenitud jurídica a que aspira.

Veámoslos breve y separadamente (27).

A) *El menor es, ante todo, persona*. En este primer aspecto, su aparente obviedad nos conduce, sin embargo, a una afirmación fundamental: el interés eminente del menor consiste en proteger su ser o esencia de *persona* (en ésta importa más el ser que el tener), que, traducido en términos jurídicos, supone la protección y salvaguarda, en primer lugar, de los derechos fundamentales de la persona, los derechos de su propia personalidad; luego, como consecuencia de aquéllos, los demás derechos que le están reconocidos en el Ordenamiento jurídico. Pero el principio del interés del menor se refiere, primera y sustancialmente, a la protección y salvaguarda de sus derechos fundamentales como persona: es ahí donde tiene plena y mejor vigencia.

En el fondo, esa protección y consideración no es otra cosa que asegurar al menor la protección que merece todo ciudadano en el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo como persona singular y como integrante de los grupos sociales en que se mueve, y en el deber de los poderes públicos de promover su goce efectivo (art. 9.2 C.E.) y de remover todo obstáculo que se oponga al completo y armónico desarrollo de su personalidad. La relevancia actual del inte-

(27) Me veo obligado a remitirme de nuevo a mi libro, ya citado, *El interés del menor*, cap. III, 1.5, donde trato más ampliamente esta cuestión.

rés del menor no es sino una reconsideración (y nueva valoración) de éste en su calidad de persona, aunque con específica circunstancia (minoría) y, por ende, necesidades.

En cuanto persona que es, no parece que sea necesario justificar detenidamente o insistir mucho en que el interés primordial del menor consiste en la garantía de sus derechos fundamentales: la dignidad de su persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad (arts. 10 y 27.2 C.E.), y los tipificados en los arts. 15 y ss C.E., más los otros derechos de ellos derivados. De aquéllos (los del art. 10) sólo quiero recordar el valor que tienen esos derechos y principios, como fundamento de nuestro orden político y jurídico, en la interpretación y aplicación de cuantas normas atañen a otros derechos y libertades que corresponden al menor.

La inteligencia y contenido o ejercicio de tales derechos, aun siendo en principio comunes para todo ciudadano, pueden ser distintos aquí, para el menor, en muchos casos respecto de los que corresponden a la persona adulta (piénsese, por ejemplo, en ciertas libertades públicas). Algunos merecen incluso una atención particular del legislador si referidos a un menor: véase art. 162.1 C.c., art. 3 L.O. 5 mayo 1982 de protección del honor, intimidad e imagen; y los arts. 4 a 8 de la L.O. 1/1996, de protección jurídica del menor, en relación con el derecho al honor, intimidad y a la propia imagen, derecho a la información, libertad ideológica y de creencias, etc.

Nuestro ordenamiento (Constitución, Código civil, otras leyes) pretende garantizar a toda persona los derechos que son inalienables de todo ciudadano (los del art. 10.1 CE.), reservando al menor una posición destacada por mor de su particular situación (edad) y necesidades, y una protección específica orientada, entre otros extremos, a que pueda adquirir conciencia de sí mismo (él solo, y él en sociedad) y, al ir madurando, adquiera conciencia también de los derechos que le corresponden, que pasará a gestionar directa y personalmente al llegar a la mayoría de edad, para lo cual debe irse preparando progresivamente. De ahí el protagonismo activo que se le concede aun *in potestate*, la necesidad de respetar su personalidad sin ser coartado, la concesión al menor de audiencia en ciertos casos, la posibilidad de que actúe él en relación con ciertos bienes y derechos durante su minoría, etc.: sencillamente, porque no sería sano el no poder hacer hoy nada y mañana todo (28).

(28) Así, también, la jurisprudencia: la S. T.S. de 17 septiembre 1996, a la hora de justificar en el interés del menor la concesión de cierto régimen de relaciones persona-

Si desde un punto de vista jurídico-formal puede bastar inicialmente el identificar el interés del menor con la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad y demás derechos fundamentales, en cuanto que su respeto garantiza una protección (jurídica) suficiente al menor, desde un punto de vista personal y humano —especialmente relevante aquí y tratándose de un niño— parece que no pueda limitarse el interés o mayor beneficio de un niño a esa instancia formal o plano puramente legal, ni deba prescindirse de alguna referencia a una mínima felicidad incluso inmediata y bienestar personal de ese menor; porque la persona, el ser humano, es algo mucho más rico y complejo y necesitado de más de lo que esas dimensiones jurídico-formales pueden ofrecerle (29). Llévase esta idea a la situación de los dos menores del caso aquí contemplado, en medio de las disputas sobre creencias de sus padres, por cuya culpa se limitan seriamente sus relaciones personales con su padre.

les entre un menor y sus abuelos, se refiere al “interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con él, [...] con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social, ...”.

(29) Estoy pensando en la necesidad (que el Derecho no puede ignorar) de una vida del niño exenta de tensiones y problemas que le exceden, con un equilibrio emocional y afectivo —en lo que ponen especial acento algunos, que tanto pueden contribuir a la formación y desarrollo de su personalidad, positiva y negativamente (frustraciones, complejos): porque ni el interés (del menor) ni la personalidad son algo abstracto o aséptico, sino que se refieren a una realidad humana enormemente rica y compleja, tangible y pluridimensional, donde junto a las libertades públicas y otros valores importan su salud y su bienestar psíquico, su afectividad comprendida, amén de otros aspectos de tipo material, aunque sea con subordinación de éstos a aquéllos.

Por esta razón, la sentencia de la *Cour d'Appel* de París de 14 febrero 1957 (que volveré a citar), en un caso relativo a la educación y práctica religiosa de una niña de doce años, decidió la contienda teniendo en cuenta la incidencia emocional, psíquica, que se produciría en la misma en caso de atender la petición de su padre (de cambio de guarda y custodia para subsanar el cambio de religión): “Considerando [...] que estaba muy ligada a la religión (católica) de su abuela; que las voces más autorizadas de la Iglesia reformada, aun lamentando que la madre haya dejado establecer tal orientación, expresan la opinión muy clara de que no debería ser ahora modificada porque un cambio de influencias religiosas no podría ser más que perjudicial espiritual y moralmente; y considerando que en esas condiciones todo cambio en el modo de vida y de educación de una joven [de doce años] que todo el mundo está de acuerdo en que es muy sensible, emotiva y escrupulosa, arriesgaría el arrastrarla a una crisis psicológica dolorosa que su padre debe comprender cuán nefasta le sería, ...”.

B) *El menor como realidad humana en devenir*. Este segundo aspecto obliga a pensar en el futuro del menor tanto o más que en su presente, y a concretar esos derechos fundamentales en el importantísimo (para él) del libre *desarrollo de su personalidad* (arts. 10.1 y 27.2 C.E.) en su proyección multidimensional, precisamente porque su personalidad de niño o adolescente está continuamente en evolución y formación, y es su desarrollo para el futuro una necesidad actual que hay que garantizar, en aras de la formación y consolidación de su propia identidad. Alrededor del desarrollo de la personalidad como exigencia y manifestación de la dignidad humana —que no deja de tener el menor por razón de su edad—, gira la idea de la “autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”, de que ha hablado el Tribunal Constitucional (S. 53/1985), idea perfectamente aplicable en esa proyección hacia el futuro que aquí tomo en consideración en la determinación del interés del menor.

La personalidad humana que poco a poco se va forjando el menor —a lo que el Derecho, en su vigencia instrumental y finalista, debe contribuir— busca su realización por medio de distintos caminos y concepciones sin dejar de ser uno mismo (la personalidad que a cada uno corresponde, la propia identidad) en la vida y dimensión social. En ese desarrollo de la personalidad del menor está directamente implicado, con protagonismo activo (en particular, a partir de cierta edad), él mismo, porque es consustancial al ser humano el configurar su propia vida, realización existencial de su personalidad, mediante el ejercicio de su libertad, de las opciones que la propia vida le presenta, inteligentes o no, acertadas o erradas: pero son suyas, y la personalidad, como el camino, se va haciendo al andar (30).

(30) El art. 26 de la Convención de los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas (1989) —hoy, ley interna, una vez ratificada por España y publicada en el BOE.—, le garantiza “el derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, espiritual, moral y social”, y el art. 29 “el derecho al desarrollo de sus propias aptitudes y a prepararlo para una vida responsable” —cfr. también art. 5 de la Ley catalana de atención y protección de los niños y adolescentes, de 27 julio 1995: “los niños y los adolescentes tienen derecho a una crianza y una formación que les garantice el desarrollo libre, integral y armónico de su personalidad”—, lo que prueba que los menores tienen derechos que pueden considerarse como instrumentales para atender los intereses del futuro adulto tanto como del niño actual. Derechos que desde esa perspectiva han sido llamados “derechos para el desarrollo” (*developmental rights*) (cfr. EEKELAAR, J., “The Emergence of Children’s Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 6 (1986), p. 170 ss.), y que presuponen la identidad (de personalidad) de niño y adulto, y donde importan más los intereses de esa persona, futuro adulto, que los de la sociedad; mas en ningún caso pueden ignorar otras necesidades actuales del menor (sus sentimientos, su felicidad, su derecho a reír y a jugar) ni subordinar totalmente sus intereses actuales a los de la persona futura.

Es, pues, desde esa perspectiva (interés actual en un correcto desarrollo de su personalidad en formación) bajo la que hay que considerar el futuro del menor en el marco de su interés: su necesidad de y derecho a su identidad, que no es otra cosa que la coincidencia de su persona de adulto futuro con la actual persona que es, de forma que, preservando tal identidad esencial, no se frustren en ese adulto que será las expectativas (de felicidad, éxito, perfección,...) que razonablemente cabe concebir desde su realidad humana actual (de niño) (31).

4. *Dificultad de la determinación in concreto del interés del menor*

Lo propio de estos conceptos de valor o de experiencia, como es éste del interés del menor, es que su aplicación —la subsunción en una categoría legal o general, configurada normativamente según límites imprecisos, de unos hechos y circunstancias reales concretas— sólo permite una solución razonable y justa entre varias opciones. El hallazgo de esta solución —para nosotros, lo que más conviene a un menor concreto en situación y circunstancias determinadas— comporta la realización de un juicio de valor de tal situación real desde la perspectiva de aquel concepto indeterminado y de su subsunción en la norma correspondiente en que éste se inserta.

En la realidad diaria esa labor la va a realizar la persona u órgano

(31) Mas todo ello (orientar el interés del menor pensando en su futuro más que en su presente) es cuestión plagada de dificultades. En primer lugar, el propio concepto de futuro (en su consideración existencial, no cronológica), realidad potencial llena de interrogantes, tanto en general como para una persona concreta, el menor X o Z. ¿De cuántas variables depende el futuro de una persona, vista desde su infancia?; ¿cuántas componentes lo integran y lo condicionan?. Tenemos que referirnos, claro está, a su vida futura de ser humano, prescindiendo de otras consideraciones (supuestamente más) trascendentes. Y aun desde esa perspectiva y esa dimensión limitada, ¿qué es el futuro y qué es lo que importa de él?; ¿la felicidad (qué es eso?), el triunfo social, el éxito profesional, el llegar a ser un probo ciudadano, un nuevo Catón moderno?; ¿quizá el conjunto de todo ello, o la media aritmética o la resultante de esas componentes?. Como puede adivinarse, caben muchas otras preguntas, que ahorro por mi parte y dejo a la imaginación de quien leyere. Por otro lado, no menos dificultad a ese respecto puede haber en encontrar un razonable equilibrio entre el respeto de la personalidad actual del menor y esa consideración eminente de su futuro personal, de manera que no se sacrifiquen en interés de éste último (conseguir que encuentre la felicidad, hacerle un buen ciudadano adulto, prepararle para el éxito profesional y humano del adulto que será) sus necesidades actuales y derechos de niño (de jugar, de una niñez feliz, de crecer sin un excesivo stress derivado de una exigente educación y estudios). (Cfr. mi citado libro *El interés del menor*, capítulo III, de donde provienen algunas de estas ideas).

al que el ordenamiento jurídico confía la función de actuar en interés del menor (por ejemplo, a los padres, en el art. 154-2 C.c.; al juez, en el 92-2º), cuya valoración hará, en general, y en línea de principio, con cierto margen de discrecionalidad. Mas, como en todo caso de interpretación y aplicación de la ley, que ha creado tales conceptos indeterminados, queda sujeta aquella operación de subsunción a un posible control judicial, que valorará, en su caso, si la solución a que se ha llegado es la única solución razonable y justa que la ley permite en su previsión normativa (actuar precisamente en interés del menor), o si cabría otra más favorable.

Esa labor no es, sin embargo, fácil por muchos motivos. El primero proviene de la propia estructura del concepto jurídico indeterminado y su funcionamiento en el esquema legal en que se inserta (32). Hay, luego, otra dificultad específica, propia de la aplicación de las normas que incorporan dicho conceptos. Si cuando se trata de conceptos determinados (por ejemplo: la mayoría de edad se obtiene a los diez y ocho años) basta la constatación del dato vinculado al concepto (la fecha del nacimiento) para la aplicación del mismo y la producción del efecto jurídico, en los conceptos indeterminados la premisa mayor del silogismo típico de la subsunción legal la ha de formar la persona u órgano que ha de aplicar dicho concepto, lo que comporta una doble

(32) La doctrina alemana, y la española que lo ha estudiado, distinguen, en la estructura de dicho concepto: a) un núcleo fijo (*Begriffskern*), también llamado "zona de certeza" positiva, configurado por unos datos seguros a modo de presupuesto o condicionamiento inicial mínimo (por ejemplo, al menor le interesa ante todo preservar su integridad física y moral); b) una "zona de certeza negativa", igualmente segura en el sentido de que a partir de ahí desaparece el valor implícito en el concepto (en nuestro caso, deja de haber "interés del menor"): por ejemplo, un niño de cinco años no puede ser confiado a una persona depravada y violenta: es el límite inferior del interés del menor); y c) una zona intermedia, de variación o de incertidumbre (*Begriffshof*, "halo conceptual"), donde caben opciones varias dentro de márgenes relativos e imprecisos —volviendo a nuestro caso y ejemplo del niño, cabría confiar su guarda a su madre, aunque no tenga buena salud, o a alguna de sus dos tías, personas honorables y en buenas condiciones personales de atenderlo—; zona ésta de ambigüedad tanto más amplia a medida que el concepto deja de ser técnico o especializado y se inserta en lo cultural y valorativo. Como bien se infiere de ese planteamiento esquemático, el *interés del menor* sólo puede ser razonablemente atendido en el último caso y ejemplo de los presentados, es decir, dentro de la llamada zona de opciones razonables a partir de unos mínimos, y luego de excluida la "zona de certeza negativa". Ahí reside, precisamente, la dificultad de elección y decisión, en el espacio o "halo conceptual" antes aludido, en el "ámbito de apreciación", en el que debe moverse quien tenga que aplicar la ley y decidir en interés del menor, y en esa zona de opciones razonables debe concentrarse el juicio de experiencia o de valor referido a los hechos y circunstancias concretos de la realidad enjuiciada.

labor: precisar el significado y contenido del concepto (qué es o en qué consiste el interés del menor), y después, comprobar en qué situación y circunstancias concretas de las posibles se da lo que más conviene a un niño determinado. En los del primer tipo la determinación del significado y contenido del concepto la hace la ley; en el segundo se hace en el momento de su aplicación. Por ello, en éste último (en los indeterminados), esa labor comprende una particular valoración, un *plus* axiológico (y mayor complejidad) respecto de lo que ocurre en otros casos (conceptos determinados).

Tratándose de aquéllos —y aquí, del *interés del menor*—, en su aplicación la persona que lo haga no interpreta el único sentido de la norma, sino que elige, ante las circunstancias del caso y previa su valoración concreta (en los términos apuntados), cuál sea el sentido más oportuno o adecuado entre los varios posibles —para el caso del interés del menor de que se trate, lo que más le convenga—.

El problema de la valoración —el *plus* axiológico a que aludía— es tanto más necesario y complejo cuando el concepto indeterminado que maneja la ley es de tipo cualitativo, cultural y con una fuerte carga personalista, humana (piénsese en nuestro caso). En tal supuesto, la interpretación de la norma (claramente finalista) requiere una particular ponderación de su sentido y valoración prudente de las circunstancias del caso para contrastar en qué medida aquel concepto se corresponde con los valores o realidades que la norma ha pretendido acotar. Valoración, en general, de todas las circunstancias que pueden ser necesarias para integrar el concepto, pero con particular atención de las que puedan resultar esenciales —las que sirvan, en cada caso— de lo que se ha llamado “nucleo fijo” o “nucleo de sentido” del mismo, y en función de éste.

Al juez compete la función y labor más difícil de cuanto en estos casos se debate, no sólo por la dificultad natural de la función judicial —decidir sobre una cuestión y hechos que no conoce directamente, sino que le llega siempre mediatizada por una subjetiva presentación fáctica (por las partes interesadas) y pruebas que otras personas directa o indirectamente proporcionan—, sino porque ha de ponderar hechos, datos, circunstancias y ajenos juicios de valor (de los padres, de los peritos), y valorar él mismo, además de la ley que debe aplicar, cosas tan sutiles como el discernimiento o madurez de juicio del menor, lo que éste ha expresado al ser oído y lo que opina o desea, lo que más le conviene en relación con sus padres, su salud, educación, prácticas religiosas, etc. etc. El suyo (del juez) es el juicio de valor más importante, último y decisivo para y en la interpretación del interés del menor.

Remitirse a la valoración y decisión judicial del interés del menor como idea o principio rector no parece que resuelva todos nuestros problemas. Porque ¿qué criterios deberá manejar el Juez para su valoración y decisión?. En algunos ordenamientos hay ciertos criterios indicativos, pero no en el nuestro, salvo para cuestiones concretas y en preceptos determinados (arts. 172.4 y 234 C.c., 1829 LEC'1881., y poco más).

En relación con esos *criterios de valoración* a que deba atenerse el Juez, tres ideas fundamentales —creo que es lo único que puede decirse ahora—, me permito apuntar:

a) En la ponderación del interés del menor, en sí mismo (por ejemplo, a la hora de aprobar una adopción o decidir sobre la educación religiosa o laica) o en conflicto con otros intereses y personas, el Juez no debe regirse tanto por sus convicciones personales (ideológicas, sociales, jurídicas) cuanto por criterios de valoración generales y bien asentados en la sociedad —una sociedad pluralista: art. 1.1 C.E.— en el lugar y momento en que se demanda su decisión. Quiero decir que el Juez deberá prescindir —hasta donde sea posible, porque en esta materia nada es incoloro o aséptico— de sus principios (ideológicos y otros) personales más o menos conservadores o liberales, de sus convicciones políticas, religiosas o educacionales, su concepción autoritaria o liberal de la familia, los hijos o su formación, a la hora de apreciar el interés del menor, y, declinando de tales opiniones subjetivas, decidir de acuerdo con los principios y valores preponderantes en el sistema constitucional y en la sociedad y momento en que ha de pronunciarse.

b) Pienso que no deberá bastar al juez el hacer una aplicación jurídico-formal de la protección de los derechos fundamentales del menor, por muy correcta que sea en estricta técnica jurídica, ni una fría lectura o interpretación de los mismos; ni aun cifrar sólo en éstos, en su estricto valor legal, el interés del menor. Una decisión sobre el interés del menor de las que el juez debe adoptar a veces tiene, inexorablemente, una fuerte carga humana y metajurídica, que desborda holgadamente ciertas perspectivas legalistas, formalistas, de los derechos fundamentales (y de los otros), y que aquél no puede ignorar.

Hay importantes componentes extrajurídicas, relacionadas con el mundo del subconsciente y de los sentimientos de la persona en el interés del menor, cuya felicidad (a veces, poco más que el sentirse amado por su entorno personal) tiene notable trascendencia en su personalidad y en su futuro y, por tanto, en su bienestar y su interés. ¿En qué derecho fundamental, *stricto sensu*, habría de fijarse el juez para

decidir que un niño a los seis años necesita jugar más que ninguna otra cosa, y estar cerca de quien le acaricie y le haga reír, en vez de llevarle a un colegio elegante en que le hablan de usted y le enseñan a multiplicar en inglés?.

c) El criterio y valoración judicial de los datos de que disponga y del interés del menor son discrecionales (cuestión pacífica entre juristas), en tanto que no vienen reglados ni regulados en nuestro Ordenamiento. Discrecionalidad es libertad de elección entre alternativas igualmente razonables y justas (entre indiferentes jurídicos, se ha dicho, porque la opción y decisión efectiva se fundamenta eminentemente en criterios extrajurídicos); es decir, autonomía decisoria razonable vinculada (aquí) a la búsqueda del interés del menor, solo o en conflicto con otros (33).

Mas ello no quiere decir, obviamente, que el Juez pueda manejar de cualquier forma la autonomía o arbitrio que la ley le concede. Es decir, se trata de una apreciación discrecional y razonable, que no arbitraria. Discrecionalidad y arbitrariedad son conceptos antagónicos (S. T.S. de 21 noviembre 1985), que no se pueden confundir. La diferencia entre una y otra radica precisamente en la racionalidad del juicio de valor que haga el juzgador a partir de los datos y circunstancias del caso concreto, la sensata ponderación de los hechos, la equilibrada valoración de lo que convenga al menor, sus beneficios y riesgos, las ventajas e inconvenientes de cada opción posible.

Actuar de otra manera —valoración irracional o contraria a las reglas de la sana crítica de datos o circunstancias, decisión desproporcionada o no prudente— no comporta ni es el criterio discrecional que tanto la doctrina como la jurisprudencia (34) asignan al órgano jurisdiccional en este caso, y, por tanto, rechazable, no sólo por el tribunal

(33) De discrecionalidad del juzgador hablan el Auto T.C. 127/1986, de 12 febrero y la Sent. T.S. de 17 julio 1995 (se refiere esta sentencia, sobre la discrecionalidad en la determinación del régimen de visitas, a la "facultad discrecional del Juez [...] sólo limitada por aquellas circunstancias que demuestren un perjuicio evidente y grave para la educación, el cuidado, el desarrollo físico y mental y la estabilidad emocional del menor"), sin otro límite que el del interés del menor.

(34) La S. T.C. (Sala 1ª) 13/1982 de 1 abril, en relación con la asignación de la guarda y custodia de hijos en pleitos de separación matrimonial —que el Tribunal ordinario había confiado a la madre, no obstante conocer su conducta desordenada, en consideración a un supuesto defecto de homosexualidad del padre, "defecto que no está probado pero tampoco contradicho en autos"—, dice que la discrecionalidad que el ordenamiento permite al Juez para adoptar la resolución que entienda mas adecuada y beneficiosa para la protección de todos los derechos en conflicto, "tiene sus límites, entre los cuáles figura la observancia de la Constitución y, por tanto, de los principios generales contenidos en la misma como es el de presunción de inocencia".

superior en caso de apelación (en que es siempre posible) sino que revisable en casación —pienso, tanto en el plano intelectual como en el de justicia— en los casos en que pueda llegarse a ella (35), y, en algún supuesto (cuando lesione un derecho fundamental), accesible al recurso de amparo (cfr. S. T.C. 13/1982, de 1 abril, Sala 1^a) (36).

5. *El interés del menor en materia religiosa*

Todo lo anterior está dicho pensando en nuestro caso y en esta cuestión, donde cabe hacerse muchas preguntas: ¿Dónde está el interés del menor en esta materia?; ¿qué pensar al respecto, cuando no cabe decir que sea mejor una religión que otra (en abstracto ni en concreto, referida a persona determinada), máxime en un Estado aconfesional cuya Constitución garantiza la libertad religiosa (art. 16.1 y 3)?

¿Cómo se resolverían estos conflictos?; ¿qué juego puede dar aquí el interés del menor, invocable e invocado a ese respecto?. Se trata de materia compleja y difícil por las muchas componentes metajurídicas incorporadas al fenómeno religioso, y más aún si referido a menores —poco estudiado, por cierto, desde el punto de vista jurídico y en ese

(35) La S. T.S. de 17 julio 1995 dice que al tratarse de una facultad puramente discrecional del juzgador “no cabe impugnación casacional de la misma, a menos que en las actuaciones figuren esas “graves circunstancias que aconsejen otra cosa”. Es ése, ciertamente el criterio que en esta materia —como en la de responsabilidad civil por daño moral y valoración de los perjuicios— sigue nuestro Tribunal Suupremo. Sin embargo, una jurisprudencia bien consolidada a partir de los últimos años 80 de las Salas 1^a y 2^a T.S. pone como límite de la discrecionalidad del juzgador la racionalidad en la apreciación de los datos y bases de la regulación de la indemnización (cfr. S. T.S. Sala 1^a de 22 abril 1989), y considera revisable en casación la cuantificación de los perjuicios cuando se aprecie falta de prudencia o elemental racionalidad en la determinación de la indemnización a partir de unos datos concretos o bases de regulación (cfr. Ss. Sala 2^a de 19 abril 1988, 21 abril 1989 y 10 junio 1987). Lo mismo ha dicho el Tribunal Supremo en materia de responsabilidad *ex art.* 1591 C.c., donde, aun bien asentado que la calificación de los vicios de la construcción como ruínógenos corresponde al tribunal de instancia, que es quien tiene la soberanía (*sic* en alguna sentencia) para dicha estimación, ha exceptuado los casos en que resulte ilógica, contraria a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica (Ss. 15 noviembre 1997, 10 marzo, 15 abril y 15 junio 1998, entre las recientes). En materia más próxima a la que aquí se estudia, la S. 22 mayo 1993 (sobre derecho de visita y relaciones personales) ha dicho que “sin que contra lo resuelto por los tribunales de apelación quepa la casación, *a menos que se haga patente el error de hecho o de derecho cometido, ...*”. Creo que esta doctrina, perfectamente razonable y justa, es aplicable a las cuestiones aquí tratadas, y que en esa línea parece estar la S. T.S. de 17 julio 1995, arriba citada.

(36) Por lo que respecta al recurso de amparo, cfr. S. T.C. 260/1994, de 3 octubre, sobre la no revisabilidad en amparo de las cuestiones de hecho.

ámbito concreto en nuestro país (37), quizá por menos frecuentes sus problemas prácticos que en otros; pero cada día serán mayores—.

¿Con qué criterios cabría abordar en nuestro país y sistema jurídico esta cuestión del interés del menor en caso de conflicto de orden religioso?

En este punto, salvo la S. T.C. 141/2000, de 29 mayo, que aquí estudio, no conozco ninguna sentencia de tribunales ordinarios españoles sobre esta delicada materia, pero puedo presentar algunas de tribunales extranjeros, muy interesantes y valiosas aquí, donde carecemos de esos precedentes judiciales, según creo (yo no los conozco, insisto), porque los esquemas mentales y jurídicos, como las situaciones y problemas concretos subyacentes, son universales y las soluciones no difieren demasiado (más por el denominador común de lo humano que por lo jurídico-formal). Por otro lado, esa cuestión sólo nos interesa aquí bajo el prisma del interés del menor (legalidades estrictas aparte en ese punto).

He aquí algunas de esas sentencias:

a) *La Sentencia de la Cour d'Appel de Paris de 14 febrero 1957*: relativa a un caso de divorcio en que un padre reclamaba la guarda de la hija, confiada inicialmente a la madre, basándose en que ésta educaba a la hija en la religión católica cuando la niña y la propia madre pertenecían a la Iglesia reformada (38). La sentencia —que abordaba, entre otras cuestiones, el alcance de la patria potestad del padre no custodio— rechazó la pretensión del padre razonando que la niña, sin

(37) La única excepción que conozco en nuestra doctrina es el trabajo de Carmen SERRANO POSTIGO, *Libertad religiosa y minoría de edad en el ordenamiento jurídico español*, lugar citado (cfr. nota 19). Más estudiados, en cambio, en Francia y en los países anglosajones. En cuanto al primero sólo (a título de ejemplo, meramente indicativo), además de los interesantes comentarios de CARBONNIER y MALAURIE que cito en las notas siguientes, puede verse Jean-Denis BREDIN, "La religion de l'enfant", *Dalloz*, 1960, *Chronique*, p. 73 ss.; Pierre BARBIER, "La religion de l'enfant et l'exercice de la puissance paternelle", *Gazette du Palais*, 1957 (2° Sem.), *Doctr.*, p. 52 ss.; y "L'enfant, la religion et le droit", *ibidem*, 1960 (1r sem.), *Doctr.*, p. 72 ss.; E. MICHELET, "L'intervention du juge dans les conflits familiaux en matière de vocation religieuse", *Dalloz*, 1971, *Chron.*, p. 233 ss.

(38) *Dalloz*, 1957, p. 214-215. En su demanda se quejaba el padre de que la madre había consentido que su hija, Catherine, de doce años, fuera bautizada en la religión católica cuando ambos progenitores lo estaban en la Iglesia reformada; y que ésa era una de las ocasiones buscadas para fomentar los problemas y desfase entre padre e hija. Por la prueba practicada no constaba que se hubiera ejercido ninguna presión sobre la niña, y a ésta no faltaba ningún cuidado material ni moral. La relación de la hija con el padre era normal y afectuosa. La demanda fue rechazada en primera instancia por el Tribunal civil de la Seine.

influencia de la madre, "estaba muy ligada a la religión (católica) de su abuela; que las voces más autorizadas de la Iglesia reformada, aun lamentando que la madre haya dejado establecer tal orientación, expresan la opinión muy clara de que no debería ser ahora modificada porque un cambio de influencias religiosas no podría ser más que perjudicial espiritual y moralmente; y considerando que en esas condiciones todo cambio en el modo de vida y de educación de una joven [de doce años] que todo el mundo está de acuerdo en que es muy sensible, emotiva y escrupulosa, arriesgaría el arrastrarla a una crisis psicológica dolorosa que su padre debe comprender cuán nefasta le sería, ..."; y terminaba desestimando la petición de éste.

Obsérvese cómo en este caso el interés del menor fue encontrado en la conveniencia de no herir su sensibilidad y evitarle una crisis psicológica y males derivados, lo que resultó suficiente para respetar la situación y religión de la hija y desestimar la pretensión del padre.

b) La *Sentencia del Tribunal de Grande Instance de Versailles, de 24 septembre 1962* (39). Se trataba de una menor, A.G., de diez y seis años, bautizada en la religión católica, que era la inicial de sus padres, quienes cuando la niña tenía ocho años se convirtieron e ingresaron en la Iglesia reformada (protestante). La menor solicitó y salió del hogar familiar, siendo ingresada en un internado católico, en el que se respetó su libertad religiosa y ejercicio de la misma. Los padres alegaron que la religión que el hijo tiene de sus padres constituye un elemento de su estado civil y que, en consecuencia, la práctica de la religión protestante por ellos adoptada de común acuerdo debía ser impuesta a su hija.

En esta sentencia se desestimó la pretensión de esos padres, razonando alrededor de la idea del interés de la menor de la siguiente forma: "Considerando que la patria potestad no es un derecho absoluto, discrecional, sino que debe ejercerse en primer lugar en interés del hijo teniendo por finalidad asegurar el desarrollo armonioso de su personalidad; que ningún atributo esencial de la personalidad del hijo escapa en caso de conflicto al control del juez, competente para apreciar cuál es el verdadero interés del menor; [...] que la menor ha vivido

(39) *Recueil Dalloz*, 1963, Jurisprudence, p. 52, con un importante comentario de Jean CARBONNIER (que no está, por cierto, de acuerdo con la solución del tribunal, aplaudida, en cambio, por la mayor parte de la doctrina posterior). Esa sentencia fue confirmada por la de la Cour d'Appel de Paris de 31 enero 1963 (cfr. *J.C.P.*.. 1963.II.13236), y, recurrida en casación, mantenida por la S. Cour Cass., Chambre civil, de 7 abril 1965 (*Dalloz-Sirey*, 1965, Jur., p. 704, de nuevo con nota crítica de CARBONNIER).

en el hogar paterno bajo un régimen de presión moral de autoritarismo y de severidad excesiva, fuente de conflictos intrapsíquicos; que de diversos exámenes médico-psicológicos resulta que A.G. ha sufrido al vivir en ese clima familiar violentamente "contraignant" y que ha sido víctima de frustraciones repetidas que han traspasado el umbral normal de su resistencia emocional de adolescente; que a pesar de la separación [salida del hogar] ocurrida en febrero de 1962, presenta todavía hoy un estado de angustia e inseguridad afectiva, ligada al comportamiento de sus padres hacia ella, que ésta rechaza en bloque, no sólo a sus padres, sino los elementos confesionales que formaban parte del marco de una vida familiar traumatizante".

"Considerando [...] —continúa— que se trata en este caso, a falta de mayoría de edad religiosa, de buscar su interés [de la menor] no desde un punto de vista religioso, sino adoptando únicamente un criterio psicológico; que el interés de A.G. está, pues, en ponerla al abrigo de toda presión religiosa u otra en la que ella viera necesariamente la prueba de la continuación de una ingerencia paterna abusiva que sentiría como un nuevo traumatismo perjudicial para su equilibrio mental; ...". Y concluía que "en consecuencia, no ha lugar a imponer a la menor A.G. la práctica de la religión reformada", y rechazaba la demanda de los padres de referencia (40).

c) *Caso y sentencia del Tribunal de Menores de Génova, de 9 febrero 1959* (41). Se trataba de una muchacha de diez y siete años, bautizada cató-

(40) Varias otras resoluciones judiciales sobre cambio de religión de tribunales franceses han adquirido notoriedad en ese país. Entre ellas, la S. Cour Cass. de 11 junio 1991 (*Dalloz-Sirey*, 1991, p. 521, con comentario crítico de Ph. MALAURIE). Se trataba de lo siguiente: Mme. X demandó a su marido porque la hija común, Catherine, menor de edad, católica como sus padres, pretendía recibir el bautismo de los Testigos de Jehovah, con la aprobación de su padre, a lo que la madre se oponía. La hija manifestó ante el juez de tutelas que se trataba de una opción personal, describiendo las actividades religiosas de ese movimiento, en las que participaba. Se debatía si una menor de edad podía cambiar de religión sin el consentimiento de sus padres. La Cour d'Appel había entendido que no; el recurso de casación imputaba a la sentencia recurrida, entre otras cosas, que no había tomado en consideración el interés de la hija. La sent. Cour Cass. mencionada concluía: "Considerando que es en el ejercicio de un poder soberano de apreciación de la oportunidad de hacer proceder inmediatamente al bautismo de Catherine X cómo la Sala de instancia ("les juges de fond"), que ha establecido que ésta había nacido de padres católicos y había sido bautizada en esa religión, ha estimado que convenía esperar que aquélla llegue a la mayoría de edad para ejercitar su elección"; y desestimando el recurso venía a denegar a la muchacha el bautismo pretendido.

(41) Véase en *Giur. costit.*, 1959, p. 1275 ss.. No obstante su relativa antigüedad, sigue citándose en la doctrina italiana como caso representativo en esta materia. Cfr. Paolo IANNI, "Potestà dei genitori e libertà dei figli", *Dir. Fam. Pers.*, 1977, p. 865 ss.

lica, maltratada sin razón (*sic*) por su padre, de religión judía. Aquélla marchó de su casa, y fue ingresada provisionalmente en un centro católico. El padre reclamó su devolución. El tribunal decidió que la joven continuara fuera de casa, basándose sólo en que el padre no estaba "en condiciones de poder educar convenientemente a su hija" y que su conducta "resultaba perjudicial para la menor". Y razonaba que aunque compete al padre "la facultad de guiar al hijo hacia la fe religiosa que estime más oportuna", sin embargo, "la elección de la propia religión es una cuestión tan delicada y personal que nadie puede ni debe constreñir [al hijo] para influenciar o modificarla. Ni siquiera a los padres está permitido usar medios coercitivos para inducir a los hijos a practicar o seguir una fe religiosa no querida por ellos. Podrán emplear medios de persuasión y de convicción, pero el uso de la violencia física o moral no está permitida. Ello daría lugar a un exceso de poder y no tendría ninguna justificación en la hipótesis en que el menor haya elegido libremente, con pleno conocimiento, una religión que no es contraria a la moral y a las buenas costumbres".

d) Caso (británico) *Re T (minors) (custody: religious upbringing)* (42). El Tribunal de apelación, después de advertir que un tribunal no debía juzgar acerca de las creencias de un padre cuando están socialmente aceptadas y están de acuerdo con una vida decente y respetable, dijo que no era necesariamente malo ni contrario al bienestar de los hijos (*welfare of children*) el que fueran educados en un régimen de vida más estrecho y sujetos a una disciplina religiosa más estricta que la que disfrutaría la mayor parte de las personas; y que el adoctrinamiento en las creencias y dogmas de los Testigos de Jehovah no es por sí mismo indicativo de perjuicio para el niño, con tal que haya un padre o madre juicioso a cargo del menor. Añadía luego que el tribunal puede exigir garantías para proteger el bienestar del menor, por ejemplo, seguridades del padre o madre de que permitirá transfusiones de sangre si fuere preciso para la vida o salud del hijo, o que consienta que éste pueda relacionarse con un pariente que no sea testigo de Jehovah en vacaciones o fiestas familiares, etc. (43).

(42) [1981] 2 FLR 239, CA: caso relativo a educación de los hijos por un padre Testigo de Jehovah.

(43) Sobre la influencia del interés del menor en la educación religiosa y asignación de su custodia a uno de los padres en la jurisprudencia británica, véase también los casos *Re C (Minors)*, [1978] Fam. 105, [1978] All ER 730, CA (relativo a Testigos de Jehovah), y *Re B and G (Minors) (Custody)*, [1985] FLR 493, [1985] Fam Law 127, CA (en el que fue decisivo para privar a un padre y madrastra de la custodia de niños que habían tenido durante cinco años, el hecho de que pertenecieran a la secta de la Cienciología,

Hecho ese recorrido por la jurisprudencia foránea, donde se han vivido problemas relativamente próximos a los de la sentencia que comento, pienso que se puede llegar a las siguientes conclusiones, por lo que afecta al interés del menor en esta materia:

Creo que hay que distinguir, porque son cosas jurídicamente distintas, derecho de libertad religiosa de los menores, e interés de los mismos en cuanto al ejercicio de aquel derecho y la correspondiente vivencia religiosa. Y dejando aparte la cuestión ya tratada de la exclusiva titularidad y ejercicio de aquella libertad de creencias, pienso que el *interés del menor en esta materia* —cuya protección está a otro nivel pero es no menos importante para el propio menor— no está tanto en que el niño siga una u otra religión (¿cuál es mejor?), sino en evitar un impacto negativo emocional de nuevas influencias; ese interés reside eminentemente en el pacífico goce de sus opciones religiosas, sin presiones ni tensiones, con exquisito respeto de su sensibilidad (la vivencia religiosa es sentimiento más que razón) y tratando de evitarle a toda costa cualquier tipo de crisis psicológica, a que fácilmente puede inducir en un espíritu y sensibilidad joven las discusiones, presiones o tensiones propias y ajenas en ese ámbito, sobre esa materia religiosa (cargada casi siempre de pasión y calor que nubla la razón).

Obsérvese que en ese sentido —evitar a una niña una crisis psicológica en caso de ser inducida a cambiar de religión— se orientaba ya hace más de cuarenta años la sentencia de la *Cour d'Appel* de París de febrero de 1957, y no se alejan mucho de esa orientación las otras sentencias extranjeras vistas poco ha.

El bienestar del menor, a edades como las de los dos niños del caso de autos (de cinco y doce años) reside sobre todo en llevar una vida exenta de tensiones y problemas que puedan venirle de fuera, necesita de un equilibrio emocional y afectivo para la formación y desarrollo de su personalidad que nada debe perturbar. Las tensiones religiosas en su entorno más próximo pueden afectarle negativamente, y deben ser evitadas a toda costa. Compete a todos los encargados de la dirección de su vida el cuidar ese interés de los menores y, en última instan-

considerada como “inmoral y odiosa”). En cambio, en el caso *Hewison v. Hewison*, [1977] 7 Fam Law 207 CA, influyó en la decisión judicial para conceder la custodia del hijo al padre que no profesaba esas creencias el riesgo de que el pertenecer a los “Hermanos Exclusivos” (*Exclusive Brethren*) habría privado al hijo de los normales contactos sociales y limitado sus oportunidades en materia educativa. En atención al interés del menor, en el caso *J v. C* (1970, AC 668; 1969, All ER 788 HL) se ordenó a los padres adoptivos, protestantes, continuar la educación del menor, católico (hijo de padres católicos españoles), según la religión católica.

cia, si aquellos no saben o no quieren hacerlo, compete a los tribunales, valedores principales de todos los derechos e intereses en riesgo y, en particular, de los más necesitados de protección. Una pregunta no puedo evitar: ¿lo hicieron así los tribunales de la jurisdicción ordinario que conocieron de todos estos problemas?

VI. LAS RELACIONES PERSONALES ENTRE PADRE E HIJOS

La sentencia 141/2000 que comento alude raramente, y sólo al final, a las relaciones personales entre el padre recurrente y sus hijos menores de edad: apenas sólo para decir que ha sido restringido en exceso el derecho de dicho padre a las mismas sin haberse acreditado suficientemente que ellas hayan perjudicado a los menores, y que “la Audiencia Provincial, pese a la gravedad de la cuestión sometida a su conocimiento, no expresa en momento alguno de su sentencia en qué hechos funda su convicción de la necesidad de extender las medidas limitativas acordadas en la instancia. Ni siquiera trata de razonar los motivos por los que considera adecuadas al caso las restricciones temporales del derecho de visita del recurrente, ni la relevancia e incidencia que pueda tener el que los menores no pernocten con su padre los fines de semana correspondientes o no disfruten con él de los períodos vacacionales, a los efectos de evitar el grave riesgo que semejante contacto pudiera acarrear para el desarrollo personal de sus hijos” (FJ. 7, *in fine*).

La Audiencia Provincial tampoco tuvo en cuenta en ningún momento qué significan las relaciones personales de unos hijos con su padre para los menores, su necesidad de las mismas, y demás; sólo atendió al impacto o influencia de la religión del padre en los niños, vista como negativa, y ello en términos insatisfactorios para el Tribunal Constitucional. Pienso, por mi parte, que uno y otro tribunal han dejado de considerar en su argumentación respectiva el lado más interesante de aquellas relaciones personales, el que afecta a los menores, que tienen en ellas un especial protagonismo y un interés más relevante en disfrutarlas: es mucho más un derecho suyo que un derecho del padre, y al restringirlas la Audiencia Provincial cuantitativa y cualitativamente se ha perjudicado mucho más a los niños que al padre. Es eso lo que no han visto ambas sentencias, y a lo que creo que debo prestar ahora alguna atención, empezando por analizar cuál sea el fundamento, la finalidad de tales relaciones, y naturaleza del derecho a disfrutarlas, como premisa del razonamiento y conclusiones que sigan.

1. *Fundamento y finalidad del derecho de visita y relaciones personales*

Para los padres el derecho de visita no es tanto un derecho cuanto un deber, o mejor, un derecho-deber; y las relaciones personales entre padres e hijos encuentran su fundamento profundo en la propia relación de filiación que les une (como ocurre con otros derechos-deberes que no desaparecen con la crisis matrimonial: art. 92.1 C.c.), por lo que subsisten aunque los progenitores no ejerzan la patria potestad (art. 110); y jurídicamente, para nuestro ordenamiento, fúndase en el mandato constitucional de protección integral de los hijos y deber de asistencia que compete a los padres (art. 39.2 y 3 C.E.), que no se limita a lo material (alimentos, incluso en sentido amplio) sino que tiene una proyección espiritual muy señalada: contribuir al mejor desarrollo de su personalidad, en cuyo contexto y a cuyo fin están llamadas particularmente las relaciones personales.

Por otro lado, guarda también íntima relación con la obligación de los padres de velar por los hijos menores (arts. 110 y 154-1º C.c.), pues para poder velar por éstos, sutilísima y compleja tarea, deben mantener algún tipo de contacto y relación los padres con ellos para poder comprobar su estado de salud física y psíquica, sus preocupaciones y problemas, etc.. Por ello, todo parece indicar que el derecho-deber de relacionarse los padres con sus hijos es un medio imprescindible para cumplir con esa obligación de vela.

Al traer causa y justificación en el deber constitucional mencionado se comprende bien su carácter de indisponible y de *ius cogens* que subraya la jurisprudencia (como todo el estatuto jurídico del menor, que en su momento cité), y el estar presidido todo su régimen por el principio del *favor filii* (S. T.S. de 5 mayo 1983, y Ss. A.T. Burgos de 10 diciembre 1985 y Cáceres de 16 febrero 1987, entre decenas) (44).

En todas las situaciones en que ha lugar a relaciones personales de un menor con otras personas (además de los padres, con "otros parientes y allegados": art. 160 C.c.), hay un denominador común pre-

(44) Aluden al art. 39 C.E. como fundamento de este Derecho la S. A.T. de Valencia de 16 enero 1988, que cita a la de la A.T. de Baleares (*sic*) de 15 julio 1982. La S. A.T. de Bilbao de 13 junio 1984 dice que es un derecho inherente a la relación paternofamiliar y que su ejercicio se halla subordinado al interés de los hijos. Más recientemente, la S. A.P. de Palma de Mallorca (Sección 3ª) de 11 enero 1993 dice directamente que "este derecho tiene su fundamento en el art. 39.3 C.E. ya que es un instrumento idóneo para el cumplimiento del deber de asistencia impuesto por dicho precepto a los padres para con los hijos"; de ello deduce que los caracteres del mismo sólo pueden ser explicados de acuerdo con la noción de orden público familiar y otras consecuencias.

sidido por la propia personalidad del menor, eje y centro de gravedad de la relación de visita y su alcance, y son consecuencia de ello: a) el derecho innegable del menor al libre y correcto desarrollo de su personalidad (y a todo cuanto contribuya a ello), y la necesidad de proporcionarle (por ser su interés preminente) un haz de relaciones y vivencias, un entorno humano y afectivo, que trasciende lo puramente individual y de simple relación jurídica o biológica, relaciones y entorno que no deben interrumpirse en situaciones excepcionales o de crisis familiar, ni ceder ante actitudes egoístas o estrechas de quienes pretenden monopolizar el mundo relacional del menor basándose en un pretendido derecho (patria potestad) o relación preferente sobre o con el menor; b) la relación afectiva que en todos esos casos une al beneficiario con el menor, y que esta institución, y esas relaciones a que da lugar, pretende salvar y proteger en circunstancias adversas para aquélla; c) luego, la propia naturaleza de "animal social" de toda persona, la sociabilidad del individuo, en este caso el menor, y su natural derecho y necesidad de relacionarse (personal, psicológica y afectivamente) con otras personas de su entorno más próximo, lo que no pueden impedir sin razones graves los responsables de dirigir su vida hasta la mayoría de edad.

El interés del menor es en todo caso el límite y punto de referencia de la institución y de su operatividad. Con lo cual, el fundamento último, la justificación profunda de ese derecho de visita y relaciones personales, estaría en última instancia en lo que ciertas corrientes metodológicas han llamado la «naturaleza de las cosas», el sentido de la realidad natural (en palabras de LARENZ), una especie de imperativo categórico a nivel jurídico en virtud del cual, en nuestro caso, no se puede negar al padre/madre seguir relacionándose con su hijo (y recíprocamente) tras la separación matrimonial, ni al padre extramatrimonial el ver y comunicarse con su hijo que vive con la madre, ni al hermano salido de la casa paterna el comunicarse y relacionarse ampliamente con sus hermanos *in potestate*, ni al abuelo respecto de sus nietos, etc., etc. (45).

(45) Hay, así, un elemento justificador común a todos esos casos, por encima y más allá de parentescos y relaciones biológicas o jurídicas, fundamento aquél no incompatible con algunas razones y otros lazos que se presentan como primarios y más relevantes, pero que en realidad duplican esa exigencia de la «naturaleza de las cosas», en cuya base están. Pienso que el elemento o dato más concreto como fundamento real y próximo del derecho de visita es la persona y su derecho al libre desarrollo de la personalidad del menor y su esfera espiritual (que incluye su sociabilidad), la relación afectiva que une al menor y al visitador, y la necesidad de protegerla como manifestación

2. Naturaleza del derecho de visita

Por lo que afecta al derecho a relaciones personales, sabemos ya que en él es prevalente el interés del menor, el cual es a la vez límite y punto de referencia del propio derecho y del régimen de visitas; que todo él es eminentemente relativo y en función del menor y de la incidencia en éste de aquellas relaciones. Si ello es así, parece evidente que la posición jurídica del titular de este discutido derecho, desde esa perspectiva y en ese ámbito de actuación tan mediatizado, dista mucho de la clásica concepción del derecho subjetivo.

En efecto: si el "interés jurídicamente protegido" no es eminentemente el del titular (cuando éste es el "visitador"); si el ejercicio o actuación de ese poder jurídico no queda ya al arbitrio del titular, sino que se halla subordinado al interés prevalente del menor; si es inalienable e irrenunciable e imprescriptible —notas esas que le atribuyen doctrina y jurisprudencia, española y foráneas, con rara coincidencia—, habrá que convenir que el supuesto derecho (subjetivo) es de índole muy particular, o estamos quizá ante otra categoría jurídica distinta.

El Derecho de Familia tiene, para las relaciones jurídicas típicas del mismo, un equivalente o asimilado al derecho subjetivo patrimonial: el llamado derecho-deber, o derecho-función, o simplemente función, derivado del concepto potestad. Es en ese terreno donde se sitúa la doctrina moderna, y es la calificación que en su mayoría se da al derecho de visita. Por otra parte, todas las actuaciones del beneficiario son funcionales, es decir, no pueden ser ejercidas sino en la línea y en vista de la realización del fin que está en la base de su concesión. Si el propósito del titular o el desarrollo de las relaciones con el menor se apartan de tal fin, el régimen de visitas puede ser modificado, suspendido y hasta suprimido; una mera alteración de las circunstancias, de cierta gravedad, puede dejarlo desmontado y aparecer subvertido su objetivo, lo que exigirá también su modificación o suspensión: esa «funcio-

eminente de su personalidad, e imprescindible para el desarrollo de ésta. Única constante en todos los casos es la necesidad de salvaguardar la sanidad psicológica indispensable para el equilibrio del niño y la conveniencia de tales relaciones para la construcción de la personalidad individual y social del menor, su desarrollo y enriquecimiento, y ese afecto que se presume (por el parentesco o relación biológica), o que se invoca y queda acreditado que se pretende proteger y fomentar; y ello aunque formal o exteriormente otros datos o valores jurídicos se presenten como más determinantes de dichas relaciones. (Véase más ampliamente en RIVERO HERNANDEZ, *El derecho de visita*, Barcelona (J.M. Bosch, ed.), 1997, p. 377 y ss.).

nalidad objetiva» tiene su equivalente subjetiva, referida al titular, en forma paralela.

El derecho de visita se concede con vistas a una finalidad muy concreta: favorecer las relaciones humanas y la corriente afectiva entre titular y menor: protagonistas ambos, pero más valioso el interés del menor, «per se» y en caso de conflicto. A ello queda subordinado ese derecho, que tiene así los caracteres que habitualmente se atribuyen al llamado derecho-deber, o derecho función, y para algunos, *función*, sin más, con el del predominio de intereses ajenos sobre el del titular formal del mismo, lo que hace preponderante el aspecto de deber sobre el de derecho.

Esa destacada, enérgica naturaleza de derecho-deber o de derecho-función, con más peso del deber y de la función que el de derecho (no obstante la expresión de los arts. 94, 160 y 161 C.c.), se debe a la íntima relación que guarda el derecho-deber de visita con otras obligaciones fundamentales de los padres derivadas de la relación paternofamiliar (que no de la patria potestad), como son la de *velar* por los hijos (arts. 154, 110 y 111) y *procurarles una formación integral*, de acuerdo con su personalidad (art. 154; cfr. también el 92-1°): pues mal puede velar un padre/madre por los hijos con los que no convive si no tiene alguna comunicación y relación personal para poder conocer por qué el hijo está triste, no tiene amigos, fracasa en sus estudios frente a éxitos anteriores, es cada día más agresivo —que en averiguar eso consiste, sustancialmente, el deber de vela—; y porque la formación integral y el pleno desarrollo de la personalidad para hacer un hombre o mujer del niño, está muy condicionado por el equilibrio psíquico y afectivo de éste en esa importante etapa de su vida al que pretende contribuir el régimen de relaciones personales entre padres no convivientes y sus hijos.

El deber del padre o madre de mantener relaciones personales con los hijos con los que no convive, es, así, unas veces un medio o instrumento para cumplir otros deberes legales (el de vela, el de alimentarlos espiritualmente), amén de un fin en sí mismo, en cuanto contribuye al desarrollo psíquico-afectivo y de la personalidad del hijo, que es tan importante o más, por ser deberes constitucionales (art. 39.3 en relación con el 10.1 C.E.), que los otros enunciados en el art. 154 C.c. en orden a la patria potestad.

Esa vinculación directa del derecho-deber de los padres de comunicarse con sus hijos con la relación jurídica de filiación que los une se traduce en un acusado personalismo del mismo (inherencia a la personalidad de unos y otros) y lo sitúa en el ámbito de la vida privada del

individuo, con esta importante consecuencia: el derecho de la persona al respeto de su vida privada y familiar incluye el derecho a las relaciones personales con sus hijos protegido por el art. 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Roma, 4 noviembre 1950) y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (46).

3. *Limitabilidad de las relaciones personales padre-hijos menores*

Estas relaciones, vistas en su entidad institucional, objetiva, o incluso desde la perspectiva del padre o de los hijos, son limitadas y limitables. Es propio de todo lo jurídico, y lo dice el art. 94 C.c., aplicable al caso de autos: "el juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá *limitar* o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen...". Mas habida cuenta de la doble proyección de dichas relaciones (hacia el padre y hacia los hijos) y, sobre todo, de la finalidad a que atienden (en favor e interés de los hijos, más que del padre) y naturaleza funcional de las mismas, es evidente que a la hora de pensar en su limitación o restricción hay que atenerse a la *ratio legis* de las normas que las regulan y al interés preponderante que proteger: es decir, hay que mirar a los hijos mucho más que al padre/madre, y pensar en los perjuicios que puede suponer cualquier limitación para aquéllos más que para éste.

(46) Esta idea y concepción no es ajena a nuestra jurisprudencia ya desde antes de 1981, y se ha acentuado después de las reformas de Derecho de Familia de ese año. Hoy es prácticamente unánime en nuestros tribunales el considerar el de comunicación y relaciones personales no ya como un derecho a favor del titular formal (sobre todo cuando se trata de los padres), sino:

a) como un complejo derecho-deber: tal, la S. A.P. de Palma de Mallorca de 11 enero 1993, que, tras calificarlo así añade: "cuyo adecuado cumplimiento no tiene por finalidad satisfacer los deseos o derechos de los progenitores, sino también cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en aras a su desarrollo armónico y equilibrado";

b) como una "función familiar" y un derecho-deber en beneficio de los hijos: S. A.P. Cuenca de 3 diciembre 1993;

c) hablan de derecho de los progenitores y derecho de los hijos la S. A.P. de Tarragona de 25 febrero 1994 ("derecho que lo es tanto del progenitor que no tenga a los hijos como de los menores"), y S. A.P. Alava (Sección 1ª) de 15 marzo 1993;

d) como "derecho del menor a relacionarse con el padre" lo considera la S. A.P. de Alava (Sección 1ª) de 9 mayo 1995, que termina su razonamiento refiriéndose a "imponer a aquél [el padre] la obligación de visitarlo". La S. T.S. de 19 octubre 1992 habla del régimen de visitas "que el juzgador estableció a favor no sólo del padre sino también de la hija...".

Por otro lado —interesa subrayarlo aquí por las circunstancias del caso—, el derecho de visita y tales relaciones no se conceden sólo para que estén físicamente juntos padre e hijos, en una proximidad meramente material (pasar juntos un fin de semana o la mitad de las vacaciones), sino que su relación y proximidad es sobre todo espiritual, de intercambio de palabra, de vivencias personales y de afectos para mejor conocerse y quererse: el estar juntos es mero medio para este fin. Por ello es de muy difícil justificación y totalmente excepcional el que un tribunal pueda decir de qué pueden hablar y no hablar un padre y sus hijos cuando la finalidad esencial de la institución es precisamente el propiciar la relación personal espiritual y afectiva, la confianza y las confidencias, el conocimiento y afecto recíproco (sobre todo, para el niño y en su interés). Deberá haber razones muy graves y hechos perfectamente probados, amén de valorados en su alcance efectivamente perjudicial para los menores, para poder permitirse un tribunal el establecer qué es lo que no pueden hablar y decirse padre e hijos en los pocos días que se pueden ver y tratar; y, sobre todo —insisto—, haber quedado perfectamente demostrado (no sólo por las reglas formales de la carga de la prueba, sino por las razones de fondo apuntadas) que esa manifestación de contenido de las relaciones personales, cierto tipo de conversaciones o cuestiones que pueden comentar y sentir juntos padre e hijos, es realmente perjudicial para éstos, y ello en grado tan importante y grave como para mediatizar, orientar y limitar una relación tan natural y espontánea como debe ser aquélla.

Cualquier restricción a aquellas relaciones debe estar fundada de forma eminente, quizá exclusivamente, en el interés de los menores; pero mucho más si la que se pretende imponer no es ya la de más o menos horas juntos o días de convivencia, sino la que puede desnaturalizar tales relaciones, su finalidad institucional y razón de ser. ¿Cabe pensar que si el hijo de doce años (edad de las dudas y de apertura del joven al mundo y a la vida) pregunta a su padre por sus creencias, o le plantea la pregunta de qué es el alma, la cuestión de si hay Dios o no, si hay una vida espiritual más allá de la muerte, éste deba responder que de eso no se puede hablar?; ¿puede hablar, en cambio, ese hijo de las mismas cuestiones con su madre (como parece pretender la de nuestro caso) cuando le está vedado hacerlo con el padre por profesar distintas creencias?. Por otro lado (y es cuestión fundamental aquí), ¿se ha intentado salvaguardar el interés prevalente de los hijos en lo que respecta a sus relaciones personales con su padre, cuando se decidió limitarlas en forma tan drástica no sólo cuantitativa sino cualitativamente (en su contenido relacional)?

Pues bien: ni la sentencia de la Audiencia Provincial ha razonado en ningún momento así, pensando en el interés prevalente de los menores y en la incidencia sobre éstos de las limitaciones que imponía al derecho recíproco de y a relaciones personales entre padre e hijos ni ha salvaguardado ese interés, sino que lo ha ignorado y perjudicado —amén de no haber quedado demostrado en autos (lo dice el Tribunal Constitucional) el riesgo potencial o el perjuicio actual para los hijos por mor de las creencias religiosas de su padre, como era procesalmente preceptivo y particularmente exigible en esta ocasión por razones dichas—; ni la sentencia del Tribunal Constitucional ha considerado ese razonamiento y perspectiva, aquí de especial trascendencia (el *interés del menor*, de nuevo, ahora referido a las relaciones personales más que a la libertad religiosa), a la hora de justificar la inadecuación al caso e improcedencia de restricciones tan fuertes al derecho de visita del padre —único en quien se ha fijado y a cuyo interés ha atendido, quizá por exigencias del recurso de amparo—, como creo que pudo y debió hacerse (siquiera dialécticamente), ya que lo inadecuado provenía de su negativa repercusión en los hijos menores mucho más que en el propio padre, y de cómo los “castigados” eran, en realidad, más los niños que su padre.

Esa es, en mi opinión, la principal objeción que cabe hacer a la sentencia que vengo comentando.

VII. A MODO DE CONCLUSION

Si he de hacer un juicio final y valoración conjunta de esta S. T.C. 141/2000, es evidente que lo más importante de ella es la solución a que ha llegado y decisión de conceder el amparo solicitado al recurrente, con lo que estoy plenamente de acuerdo, pues pienso que sí hubo lesión injustificada de su derecho de libertad ideológica y de creencias y que fue aquél discriminado a causa de su religión y creencias personales sin razón suficiente. Por otro lado, el razonamiento de la sentencia para llegar a esa conclusión me parece correcto, atinado, y nada tengo que objetar, antes al contrario, me parecen plausibles y oportunas algunas afirmaciones de esta sentencia, sobre todo las relativas a los derechos fundamentales de los menores, *per se* y en cuanto límite a otros derechos fundamentales, y cómo deben ser interpretados y ejercitados por sus representantes legales (FJ. 5). Aunque no es novedad absoluta, bueno es que haya dicho, desde la altura de su función interpretadora de la Constitución, que las normas que constituyen el

estatuto jurídico del menor son de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos.

Me parece igualmente correcta la forma en que esta sentencia ha abordado la valoración de los hechos y pruebas obrantes en las actuaciones judiciales que ha tenido que conocer, donde, sin contradecir la apreciación que de todo ello hace la Audiencia Provincial, pondera y valora con criterio independiente y desde su propia perspectiva, sin convertirse en una nueva instancia judicial, hechos y pruebas a los solos efectos de contrastar si entre el elemento fáctico limitante y el derecho limitado se da la proporcionalidad que justifique objetiva y razonablemente la restricción efectiva de un derecho fundamental en términos relevantes para que haya lugar al amparo constitucional (función institucional de este Alto Tribunal).

Mi desacuerdo (quizá mejor, no pleno acuerdo) con el razonamiento jurídico de la sentencia se refiere a las dos cuestiones que he dejado apuntadas a lo largo de las consideraciones que preceden:

a) el no haber insistido suficientemente en la necesidad de defensa del derecho de libertad de creencias de los menores e interés de éstos en que quede protegido frente a las implícitas pretensiones monopolizadoras de la madre —lo que no preocupó demasiado a la Audiencia Provincial, a la que competía directamente aquella defensa—, por cuanto es de titularidad y ejercicio exclusivo de los menores; insistir en ello una vez más puede ser perdonable tras aquellos olvidos; y

b) el haberse dado un trato parecido al no menos importante derecho de los menores a unas amplias y correctas relaciones personales con su padre tras la crisis matrimonial y separación de unos y otro, relaciones en alguna forma desnaturalizadas por los tribunales ordinarios (Juzgado y Audiencia Provincial) con sus excesivas y no suficientemente justificadas restricciones —yo pienso, por lo que recoge la sentencia, que eran injustificadas en Derecho—, extremo en el que en lugar de salvaguardar el interés de los menores, lo han lesionado y perjudicado: pues no cabe duda que con aquellas limitaciones en el número de días que podían verse y en lo que les estaba vedado, los más perjudicados eran los niños, más, en todo caso, que el padre.

Aunque éste no es un derecho fundamental que deba proteger *in concreto* el Tribunal Constitucional, entiendo que, sin detrimento de las exigencias formales y limitaciones que impone el proceso de amparo constitucional en su conocimiento de los hechos y derechos implicados, sí constituye esa situación lesiva para los menores (que este Tribunal conoce) un hecho grave y un argumento de que pudo y

debió servirse más a fondo y explotar más ampliamente a la hora de buscar una justificación objetiva y razonable y hacer su juicio de proporcionalidad entre medios empleados y fines perseguidos y para concluir que otros derechos e intereses, además del que afectaba al recurrente, y de mayor categoría jurídica y más necesitados de protección, habían quedado lesionados y discriminados por mor de sus creencias religiosas.

