

NUEVO DERECHO DE MENORES Y EJERCICIO DE OPCIONES RELIGIOSAS¹

MARIANO LÓPEZ ALARCÓN

Catedrático Emérito de Derecho Eclesiástico del Estado

Se celebra mañana el Día Internacional de la Infancia para conmemorar la fecha de la Convención Internacional de los Derechos del Niño aprobada por la Organización de Naciones Unidas el día 20 de noviembre de 1989. Se ofrece, por lo tanto, una ocasión propicia para tratar de un tema que pretende aportar adecuados instrumentos jurídicos para regular el ejercicio por menores de edad de sus derechos fundamentales y concretamente el derecho de libertad religiosa.

Tal vez sea el ámbito jurídico del menor de edad uno de los que más se ha movido desde el momento en que se ha pasado a concebir al menor como un sujeto de derechos —también de deberes— pero sobre todo de derechos y, con especial hincapié, sujeto de derechos fundamentales, cuando hasta tiempos recientes al menor se le consideraba más bien como objeto sometido a una potestad rigurosa en la que no se tenía en cuenta el interés del menor, ni su opinión, ni mucho menos su decisión, aun cuando tuviera madurez de juicio suficiente para ello. El tratamiento del menor sobre este presupuesto de su despersonalización alcanzaba ribetes de incongruencia sustancial cuando afectaba a aspectos existenciales de la persona, tocantes a su dignidad y a su personalidad, como la decisión sobre opciones ideológicas, religiosas y de conciencia, o relativas a su propio desarrollo personal, como las relaciones afectivas o simplemente sociales, la orientación profesional, etc.

El cambio en el tratamiento del menor mediante la intervención del Derecho se ha producido recientemente. Siempre ha tenido conciencia la humanidad de la debilidad del menor mientras evoluciona en su desarrollo natural y anímico; pero, no se le consideró como un ser desprotegido, sino que su permanencia en una familia o en un grupo de otra clase se estimaba garantía suficiente de su cuidado y atención, en vista de que el afecto natural de los padres o de los que ejercían sus funciones tenía que manifestarse en la adecuada crianza y educación de los hijos y pupilos. De tal modo que en los pueblos antiguos los menores estaban sometidos a sus mayores y no se

¹ Conferencia pronunciada el día 19 de noviembre de 1997 dentro del Ciclo a cargo de los Profesores Eméritos organizado por el Decanato de la Facultad de Derecho.

planteaba que aquéllos tuvieran derechos como personas, pues más bien se les consideraba como cosas al servicio de los intereses familiares. Desgraciadamente, no siempre el afecto presidió las relaciones con el menor y durante demasiados siglos un desprotegido *status* del menor se manifestó en situaciones de abandono y de marginación que ni en nuestros días acaban de erradicarse, como a diario nos ofrecen la televisión y los demás medios de comunicación social, mostrándonos y describiéndonos escenas espeluznantes que tienen como protagonista una infancia ignorada, desvalida, maltratada y explotada por los mayores al servicio de intereses bastardos.

Cuando en el siglo pasado comienza a preocupar a los poderes públicos la degradada situación del menor se le hizo objeto de protección humanitaria, en cuanto persona de condición inferior, a través de instituciones de beneficencia en razón de su debilidad e ineptitud social y jurídica, manteniéndose los rígidos vínculos de sujeción propios de la patria potestad, sin reconocérsele todavía un *status* propio de libertad, de autonomía y de responsabilidad ni aun cuando alcanzara una madurez psíquica suficiente para el ejercicio de esa autonomía. No se prestaba atención a la realidad de la adolescencia, del «grand enfant», dotado de madurez natural para salir del *status* de incapacidad en que lo sumían las leyes y reconocerle, al menos en el ejercicio de los derechos de la personalidad, capacidad de obrar plena o limitada para realizar ciertos actos jurídicos que afectaban de modo directo al desarrollo de su personalidad. Aquellas medidas de protección paternalista por un lado y esta restricción en el reconocimiento de una cierta autonomía jurídica por otro, hizo pensar que tal política se articulaba por la sociedad más bien para protegerse del menor que para protegerlo.

A mediados del presente siglo se refuerza la atención a los menores con nuevos criterios como consecuencia de la acción de varios factores, entre ellos los cambios producidos en los medios de información, en la enseñanza, en las relaciones matrimoniales y familiares, la democratización de los pueblos bajo pautas de libertad, de pluralismo y de participación ciudadana, así como un acelerado desarrollo cultural, social y científico, factores que han propiciado mayor precocidad en la madurez psicológica y social de los jóvenes, así como los movimientos de liberación juvenil (mayo francés, manifestaciones de jovencísimos escolares al grito de *children liberation, now*, comunas juveniles, etc.), y, por fin, el reconocimiento legislativo de la dignidad que como persona corresponde al menor con la consiguiente elevación jurídica de su *status*.

Se cae en la cuenta de que no se le debe considerar como un incapaz en sentido absoluto, y que, ante las nuevas orientaciones personalistas de las Constituciones y el protagonismo de los derechos humanos, debe estimarse que el menor es una persona en desarrollo pero persona al fin y al cabo al que debe concedérsele cierta participación en ese desarrollo de su persona, sobre todo mediante el ejercicio de los derechos humanos y de la personalidad propios del adolescente. También se cae en la cuenta de que la acción asistencial del Estado es insuficiente para proteger al menor frente a las nuevas modalidades de agresión contra él cuando es objeto de explotación y uti-

lización abusiva y hasta criminal, ya por sus propias familias, ya por mafias delictivas relacionadas con la droga, la prostitución o las sectas; o se les obliga a realizar trabajos inmorales o degradantes o impropios de su edad, y hasta se les encuadra en organizaciones militares o paramilitares que les lleva a participar en acciones bélicas, situaciones que por lo común privan a los menores del acceso a la educación y a la cultura y que lleva aparejada el sometimiento a tratos crueles y vejatorios.

Para combatir eficazmente estos peligros que acechan al menor se considera necesario, junto a la acción asistencial pública y privada, el reconocimiento de los derechos del menor, atribuirle la capacidad de ejercicio de esos derechos cuando reúne las mínimas condiciones de madurez y otorgarle la mayor participación y responsabilidad posible en su propia formación y desarrollo a fin de decidir sobre su presente y poder construir las líneas maestras de su futuro, un futuro orientado hacia valores que configuren una personalidad fuerte y sana, física y moralmente, bien preparada para el trabajo, la convivencia pacífica y el desarrollo integral, tanto personal como social. Y esta participación responsable del menor en su propio desarrollo es deseable que se realice bajo la dirección de los padres o de quienes hagan sus veces y en el seno de una familia, como insistentemente proclaman los textos internacionales e internos, tanto porque la institución natural más idónea para la crianza y educación de los menores es la familia, como para evitar que esa función la monopolicen Estados totalitarios al servicio de intereses contrarios al bien común de la Humanidad.

* * * * *

La atención jurídica al menor con criterios de integridad y de respeto a sus derechos comienza a impulsarse en el ordenamiento internacional a raíz de la creación de la Sociedad de Naciones, una vez terminada la primera Guerra Mundial. En su V Asamblea, celebrada el 24 de Septiembre de 1924, se aprobó una «Declaración de Derechos del Niño», llamada declaración de Ginebra, que trata de preservarlo de la miseria, calamidades y peligros que sucedieron a la Gran Guerra. Comienza relacionando una lista de deberes, excluida toda consideración de raza, nacionalidad y creencia religiosa, entre los que destacan cuantos se refieren a procurar las condiciones que favorezcan su normal desarrollo físico y espiritual, su educación, su preparación para ganarse la subsistencia y evitar toda clase de explotación. Otras actividades de la Sociedad de Naciones en relación con menores se dirigieron a frenar el tráfico de niños y el trabajo de menores. Todas quedaron interrumpidas por el estallido de la segunda guerra mundial, a cuyo término se constituyó la Organización de Naciones Unidas y en la Carta Constitutiva, aprobada en San Francisco, que entró en vigor el 24 de octubre de 1945 se destacó como uno de los fines fundamentales de las Naciones Unidas: «reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos entre hombres y mujeres».

A partir de aquí la preocupación por los derechos humanos se plasma en diversos documentos, comenzando por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, hecha en Nueva York el 10 de Diciembre de 1948, que contiene una extensa tabla de derechos de todas las personas, aunque no podrán ejercitarlos directamente los que no tengan la madurez natural para ello y en la misma línea se aprobarán otros textos de ámbito internacional y regional.

Pero, la norma que reguló específicamente los derechos del menor fue la «Declaración Universal de los Derecho del Niño» aprobada el 20 de noviembre de 1959 por la Asamblea General de Naciones Unidas. Consta de un Preámbulo y diez principios, entre los que destaca el reconocimiento de derechos importantes, como igualdad y no discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otras circunstancias que enumera: derecho a protección, a oportunidades y a servicios para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad; derecho a un nombre y a una nacionalidad; derecho a recibir educación y a disfrutar plenamente de juegos y recreos, etc. Y se reitera que debe predominar siempre el interés superior del niño.

Varios artículos de la Constitución española se ajustan a dicho Convenio internacional, como el art. 39, que asegura la protección de los poderes públicos a la familia y la protección integral de los hijos, sin discriminaciones; imponiendo a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda, terminando con una remisión al régimen de protección previsto en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Por otro lado, el art. 48 dispone que «los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural».

Estas normas de la Constitución hubo que tenerlas en cuenta para la reforma del Derecho de Familia llevada a cabo principalmente por las leyes de 7 de junio y 13 de mayo de 1981 que introdujeron importantes modificaciones en el régimen de las relaciones paternofiliales y en la condición jurídica de los menores sobre la base del principio de igualdad de los cónyuges y no discriminación de los hijos, de un estatuto jurídico de los menores que les permite actuar directamente en unas decisiones y de participar en otras, de la configuración de la patria potestad como deber unido a la autoridad indispensable para cumplir su cometido que habrá de ejercerse en beneficio de los hijos, la intervención judicial en la solución de conflictos intrafamiliares del menor y, en todo caso, la actuación de los poderes públicos y de los particulares teniendo siempre en cuenta el supremo interés del menor. *Benefitium minoris suprema lex est.*

Al valorar la nueva ordenación de la familia establecida por la reforma del Código civil hay que situar su art. 162 a la cabeza del nuevo estatuto autonómico del menor, que exceptúa de la representación legal paterna los actos de los hijos menores no emancipados relativos a «derechos de la personalidad u otros que el hijo, de

acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo». Es la mayor concesión que por el Código civil se hace al menor en el ámbito de su capacidad de obrar.

En este proceso normativo de potenciación de la personalidad y de la autonomía jurídica del menor llegamos a la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 6 de diciembre de 1990, que se orienta a reforzar el reconocimiento de específicos derechos y libertades públicas propios de los menores de edad y a hacer efectivo el principio de prevalencia del interés superior del menor y el ejercicio por el mismo de los derechos incluidos en la Convención.

Así, vemos que se reconoce a los menores el derecho a la educación (art. 28) el derecho de asociación y de reunión (art. 15), el derecho a la intimidad y al honor (art. 18) y, por lo que se refiere al tema de nuestra disertación interesa el art.14, en donde por primera vez en la historia de la legislación sobre derechos humanos se reconoce específicamente el derecho del menor a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, respetando los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al menor en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

Esta restricción del oficio de la patria potestad a funciones de guía y dirección se establece por el art. 5º con carácter general, según el cual «los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres (.....) u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención». Previamente se aclara en el art. 1º que para los efectos del Convenio, se entiende por niño todo ser humano hasta los dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley de su país haya alcanzado antes la mayoría de edad».

Me parece que este es el punto clave de la Convención en materia de capacidad del menor para el ejercicio de los derechos de la personalidad. La autoridad paterna debe ejercer solamente facultades de dirección y orientación siempre en interés del menor y en consonancia con la evolución de sus facultades, es decir, a mayor madurez menor intervención y cuando no haya madurez esos derechos, según su naturaleza, habrán de esperar para su ejercicio y si no admiten espera tendrán que ser ejercidos por el titular de la patria potestad.

Finalmente, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor confirma y adapta la Convención de 1989 al ordenamiento español. En su extenso preámbulo se describe el nuevo enfoque que se ha dado a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia, que consiste fundamentalmente «en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos», es decir, se reconoce «la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad» y se introduce «la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos». Se trata de implantar,

según el mismo preámbulo, una concepción de las personas menores de edad «como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social, de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás». Por otra parte —se añade— «la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por lo tanto, el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad».

Hasta aquí el preámbulo de la Ley, que anuncia y explica las razones del cambio radical de la posición del menor dentro y fuera de la familia, de la función de la patria potestad y de la autonomía y responsabilidad social y jurídica del menor en relación con los derechos de la personalidad. Consecuentemente, el texto de la Ley establece unos importantes principios y reglas generales para su aplicación, cuales son la primacía del interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir; el carácter educativo que tendrán las medidas que se adopten conforme a la Ley; la interpretación restrictiva de las limitaciones de la capacidad de obrar de los menores; y la sumisión de los poderes públicos a la Ley del menor y a la normativa internacional. Se reafirma con carácter general el derecho del menor a ser oído, tanto en el ámbito familiar, que ya lo establecía el art. 154 del Código civil, como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. Las facultades de los padres en el ejercicio por los menores de sus derechos es de cooperación, de guía, de protección y educativa.

* * * * *

El nuevo Derecho de menores ofrece, como acabamos de exponer tan sucintamente, una proyección muy amplia sobre las relaciones personales del menor y con el menor, tanto en el ámbito familiar como en el extrafamiliar, en situaciones de normalidad como de crisis. He acotado para completar esta conferencia uno de los derechos que novedosamente recoge la Convención de 1989 y la Ley Orgánica de 1996: el derecho del menor a la libertad religiosa, que conecta con los derechos a la libertad de conciencia y a la libertad de pensamiento o ideológica. Se advierte que la apertura de las leyes a los derechos de libertad multiplica las tensiones entre criterios e intereses contrapuestos, que en relación con el derecho de libertad religiosa del menor alcanza cotas más intensas por razón de la mayor intimidad y visceralidad de las creencias y de las convicciones y por razón también de las circunstancias peculiares que concurren en el ejercicio de poderes y funciones que sobre el menor

ejercen los padres o tutores y, en casos de riesgo o de abandono del menor, por el amplio régimen de intervención de las Administraciones públicas competentes.

El derecho de libertad religiosa fue la primera de las libertades reconocidas positivamente y su formulación se ha ido perfeccionando progresivamente. La novedad que introducen la Convención y la Ley del Menor es la especificación de este derecho referido al menor de edad. En el art. 14.1 del primero de los textos citados se establece que «los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión» y el art. 6.1 de la Ley dispone que «el menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión». Coinciden los dos textos, salvo el empleo por la ley española de la expresión menor, en lugar de niño, para adecuarse al uso de nuestra doctrina y de nuestras normas, y libertad de ideología en lugar de libertad de pensamiento, para mantener la coherencia terminológica con el art. 16 de la Constitución.

La diferencia del texto de la ley del menor respecto de la Constitución es que se amplía la relación del art. 16 con el término libertad de conciencia, que no figura en la Ley fundamental, pero que la doctrina y la jurisprudencia (sentencia del Tribunal Constitucional 19/1985, de 13 de febrero) la ha tenido que incluir, haciendo aplicación del art. 10.2 del texto constitucional que obliga a interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, en los cuales se reitera la trilogía de las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión.

Son tres libertades que, aún teniendo diversa naturaleza y contenido guardan una íntima relación entre ellas. Así, partiendo de la libertad religiosa es sabido que tuvo en un principio restringido su ámbito a la opción libre por una creencia de naturaleza religiosa y a la libertad de profesar la religión acogida; pero, en los documentos internacionales citados tuvieron que arbitrarse fórmulas de pluralismo más extenso que permitiera ampliar las opciones a convicciones no religiosas o ideológicas, a fin de guardar congruencia con la configuración laica de numerosos Estados, firmantes de los mencionados Pactos internacionales, que prefieren referirse a la libertad de conciencia, juntamente con otros de orientación confesional, que hacen predominar la libertad religiosa. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte constitucional italiana que, aludiendo conjuntamente al principio de laicidad y al de libertad religiosa, sostiene que el Estado «se pone al servicio de concretas instancias de la conciencia civil y religiosa de los ciudadanos» (sentencia núm. 203, de 12 de abril de 1989). Así, pues, en la opción religiosa entran en juego no solamente creencias religiosas sino también otras no religiosas y convicciones ideológicas. Conforme a los textos internacionales y a la Ley Orgánica de Libertad Religiosa la opción incluye la libertad de elegir la profesión de unas creencias religiosas o de convicciones no religiosas o la no profesión de ninguna, cambiar de confesión o abandonar la que se tenía. Y no se exceptúa al menor de aquel amplio campo de

electividad ni de esta pluralidad de opciones, antes bien se confirma el derecho del menor en esta materia tanto por la Convención (art. 14.1), como por la Ley del Menor (art. 6.1).

Asimismo, el factor religioso interviene en numerosísimas decisiones que en conciencia ha de tomar el sujeto y todas se caracterizan por el carácter personalísimo del derecho de libertad de conciencia y la radicalidad de lo religioso en la vida del sujeto, que exigen que prevalezca su decisión personal cuando reúne las condiciones de madurez suficiente, de tal manera que viene a identificarse su decisión con su interés cuando concurren circunstancias normales de integración familiar y de formación del menor, sin influencias ni desviaciones que determinen el seguimiento de opciones peligrosas o dañinas.

Pero, lo más novedoso de la nueva legislación de menores en sede de libertad religiosa radica en la posición y en las facultades de los padres, pues en cierto modo se invierte la que tienen en la relación con los hijos menores de edad conforme al Código civil y en el ejercicio de otros derechos fundamentales. En efecto, el art.14.2 de la Convención reduce los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales a «guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades» y el art. 6.3 de la Ley del menor dispone, en la misma línea, que «los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral». La función de los padres o tutores es de guiar o cooperar con el menor, con respeto a su plena libertad, limitándose a orientarle y a informarle neutralmente, sin sustituir, coaccionar o manipular su voluntad. Ahora, el sujeto protagonista de las decisiones sobre opciones religiosas, ideológicas y de conciencia que le afectan es el mismo menor en cuanto tenga suficiente uso de razón para el ejercicio de tales opciones.

A la vista de estas innovaciones, que se recuestan sobre un lecho de normas inspiradas en criterios tradicionales, nos percatamos de que la puesta en práctica del ejercicio personal del derecho de opción religiosa por el menor ofrece serias dificultades, unas comunes al ejercicio de derechos de la personalidad y otras específicas de la peculiaridad de estas libertades. Aquellas nacen de la concurrencia de tres importantes factores: En primer lugar, hay que contar con las normas que regulan con carácter general las facultades de la autoridad paterno/materna en su relación con los hijos menores de edad; ha de prestarse también atención a la amplia autonomía del menor que tiene madurez suficiente; y, por último, ha de respetarse el principio supremo de obrar en interés del menor lo que significa que no siempre es beneficiosa la opción decidida por él y que los padres o tutores podrán disentir, lo que conducirá a que éstos se vean en el deber de ejercer su autoridad en los términos más severos que autorizan las leyes, recurriendo incluso al auxilio de las instituciones protectoras de menores en situaciones de riesgo y recurriendo en último término a la intervención de la autoridad judicial. Las dificultades específicas surgen de otro factor: la intimidad y radicalidad de las opciones religiosas, ideológicas

y de conciencia, con la fuerte exigencia de respeto a la voluntad de los protagonistas directos.

Veamos el juego de todos y cada uno de estos elementos a la hora de precisar en la práctica la autonomía del menor.

1º. No se puede prescindir en las relaciones paterno filiales de la institución de la patria potestad tal como se reguló por la ley de 13 de mayo de 1981, que modificó entre otros artículos los comprendidos en el título VII del Libro I del Código civil, instaurándose la patria potestad conjunta del padre y de la madre como una función y un deber que inviste al padre o tutor de determinados poderes de custodia, crianza, educación, representación, decisión y corrección (art. 154 del Código civil), que, por otra parte, avanzó en su art. 162.1 un importante ámbito de autonomía del menor en el ejercicio de los derechos de la personalidad que pueda realizar por sí mismo de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez.

2º. Pero, la función de los padres es solamente de dirección y orientación. Como dispone el art. 14.2 de la Convención han de respetarse los derechos y deberes de los padres y otros representantes legales de guiar al menor en el ejercicio de opciones religiosas, ideológicas y de conciencia, y no se aleja de este precepto el art. 6.3 de la Ley del menor cuando dispone que los padres y tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza estas libertades de modo que contribuyan a su desarrollo integral.

Los términos «guiar», que emplea la Convención» y «cooperar» que utiliza la Ley española no son antitéticos, sino que se complementan. La expresión «guía» no es habitual entre los juristas, pero su acepción común es insertable cómodamente en el lenguaje jurídico. El guía camina por delante y acompaña para mostrar el camino, no impone nada, no escoge por el otro, pero su competencia y su ejemplaridad reafirman la confianza de éste, que se deja guiar mediante asistencia, consejo, enseñanza y, en circunstancias extremas, mandatos necesarios para que quede a salvo el interés del sujeto encomendado al guía, cuya labor se concreta por la Ley del menor en la cooperación que presta al menor para el ejercicio personal y directo por éste de sus derechos de libertad religiosa e ideológica. En el ejercicio de tal función cooperadora el guía o conductor no debe sustituir la voluntad del menor, ni doblegarla, ni violentarla, sino que la orienta y dirige hacia el buen fin reclamado por el supremo interés de éste teniendo en cuenta dos condiciones: la evolución de las facultades del menor (art. 14 de la Convención) y que el ejercicio de aquellas libertades contribuya a su desarrollo integral (art. 6 de la Ley del Menor), es decir, que no se omitan ni se desvirtúen estas opciones en cuanto se entiende por la Ley que son elementos integrantes de la formación y desarrollo completo del menor.

3º. Esa función habrá de ejercerse teniendo en cuenta la evolución de las facultades del menor. Hay una fase muy cualificada, la del adolescente, en la que los menores suelen rechazar actitudes autoritarias de los padres y éstos tienen que convencerse de que su función es meramente de guía y cooperación, que será tanto más eficaz cuanto desde la infancia hayan experimentado continuamente con sus hijos

el diálogo, el consejo, la sugerencia, la orientación y la ayuda a sus buenos proyectos. Es cierto que los padres podrán actuar antes de que los hijos alcancen su madurez psicológica ejerciendo la versión más autoritaria de la patria potestad que establece el Código civil y la docilidad del niño durante estas edades facilitará que pueda impartirse un modelo tradicional de formación con riesgo de modelar un menor inhibido y reprimido. Pero, la sociedad de nuestros días, en la que el niño ha de desenvolverse plenamente cuando alcance el desarrollo psíquico adecuado, se rige por patrones de libertad constitucionalmente proclamados y los padres deben prever la correcta integración de sus hijos adolescentes, con autonomía y responsabilidad, en ese mundo de libertades en el que el menor ha de desenvolverse y previendo la amplia autonomía que le conceden las leyes cuando en su adolescencia alcancen suficiente madurez de juicio, es muy importante que durante la niñez procuren los titulares de la patria potestad despojarse de talentos autoritarios y paternalistas, antes bien, haciendo un uso evolutivo de la patria potestad en consonancia con la evolución de las facultades del menor, ejerciten a los hijos en la práctica del diálogo, estimulándoles a secundar conductas testimoniales y que comiencen a iniciarlos en el ejercicio directo y responsable de determinadas actividades sugerentemente propuestas o dirigidas por los padres. De este modo, entrarán después los hijos en la segunda fase, la de autonomía, con unos hábitos que facilitarán la labor directiva y de cooperación de los padres en sus relaciones con los hijos adolescentes. Sabiamente se adelantó a estos propósitos de la novísima legislación de menores el Código civil alemán, cuando en su art. 1.626 dispuso: «En el cuidado y educación atenderán los padres a la creciente capacidad y necesidad del hijo de una actuación independiente y conscientemente responsable. Hablarán con el hijo, en tanto resulte indicado por el estado de su desarrollo, de las cuestiones del cuidado paterno e intentarán ponerse de acuerdo».

4º. La cuestión deriva hacia la fijación del momento en que el menor alcanza la madurez de juicio y, aquí, como en la disputa entre proculeyanos y sabinianos acerca del momento de la pubertad, en que se tiene madurez para poder contraer matrimonio válidamente, cabe, o bien establecer una edad mínima por encima de la cual se presume la madurez, salvo prueba en contrario, o bien remitir al resultado de la comprobación pericial correspondiente en cada caso concreto. En contados ordenamientos jurídicos se establece la presunción general de madurez para el ejercicio de opciones religiosas a partir de edad determinada, 14 años en Alemania, 12 en Inglaterra, 16 en Suiza. Pero, la mayor parte de los Países, así como la Convención y la Ley española del Menor silencian esta precisión y se refieren a la intervención del menor o a su exclusiva decisión personal cuando ha alcanzado madurez de juicio. Este silencio no hay que interpretarlo como exigencia de la comprobación pericial en cada caso concreto. Habrá de tenerse en cuenta, como sucede en Derecho español, la reiteración de la edad de 12 años cumplidos para que el menor tenga que ser oído en los asuntos familiares y procesales (arts. 92, 154, 156 y 159 del Código civil y art. 9 de la Ley del Menor), que es una edad razonable para que actúe por sí en el

ejercicio de los derechos de la personalidad y concretamente de los que incluyen expresamente las leyes en el ámbito de su plena autonomía, como las opciones religiosas, ideológicas y de conciencia. Queda a salvo, en todo caso, la prueba en contrario y la regla de que los actos realizados por el menor inmaduro no son nulos de pleno derecho sino anulables a instancia de parte, si no hubieren sido subsanados por la actuación representativa del titular de la patria potestad (art. 1301 del Código civil), pues al menor no se le debe considerar como incapaz en sentido absoluto sino que, como con acierto se razona en la Resolución de la Dirección General de los Registros de 3 de marzo de 1989, «en torno a la situación del menor de edad en nuestro Ordenamiento debe tenerse en cuenta que no existe una norma que, de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil (...) y no cabe derivar esa incapacidad ni del art. 322 del Código civil, en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil, ni tampoco de la representación legal que corresponde a los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados». La excepción que establece este artículo de capacidad del menor de edad permite afirmar, como razona la Dirección, que «si a partir de los dieciocho años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil, por debajo de esta edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (artículos 1, 3 y 4 del Código civil) y no por el recurso a una regla general de incapacidad que, además, no se aviene con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad».

Con esto no queremos afirmar que a partir de los doce años cumplidos se tiene, conforme a la ley, capacidad natural en todos los supuestos, ni extendemos con generalidad analógica la edad para ser oído a la edad para decidir sobre opciones personales; pues el parecer consultivo del menor no vincula a los padres ni al Juez, mientras que la decisión del menor sobre sus opciones religiosas e ideológicas debe ser vinculante cuando éste tiene suficiente madurez de juicio y no es perjudicial para su interés; pero, entiendo que sí constituye un criterio práctico ajustarse a dicha edad como indicativa de madurez suficiente del menor, edad que ya es vinculante para formalizar el acogimiento y adopción mediante la intervención del consentimiento del menor mayor de doce años (arts. 173 y 175 del Código civil). Con la visión pragmática de la realidad que distingue a nuestros Tribunales, una sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 9 de diciembre de 1993, razonaba que una menor que ha cumplido los doce años de edad es hábil, conforme al art. 92 del Código civil, para ser oída necesariamente en las resoluciones que le afecten, lo que revela que la propia Ley española la considera con suficiente discernimiento; si, además el examen psico-social de su personalidad aprecia su capacidad y grado de madurez y en la exploración por el Juzgado de la menor ésta manifiesta su deseo de continuar en España con su padre, sería cruel e injusto contrariar la expresa y racional voluntad de la menor y emplear medios coercitivos para separarla de aquéllos con quienes quiere convivir.

5°. En todo caso ha de prevalecer el supremo interés del menor, sobre todo cuando, por no haber alcanzado madurez de juicio, no puede participar en las decisiones que le afectan, interés que debe orientarse fundamentalmente al óptimo desarrollo de su personalidad en sus más importantes proyecciones, sin utopías ni extremosidades, sino atendiendo pragmáticamente a la progresiva inserción del menor en un mundo de valores fundamentales, en el trabajo como factor decisivo de su realización vocacional y en el cultivo de relaciones familiares y sociales que dé sentido solidario a su vida, procurando que el desarrollo personal responda a una formación integral, como dispone el art. 154 del Código civil, es decir que no se prescindiera de cualquier factor que contribuya a equilibrar el desarrollo personal del menor. Habrá de velar también para apartar a los hijos de cualquier peligro y de evitarle perjuicios, pudiendo recurrir al Juez para que intervenga si fuere oportuno, conforme al art. 158,3° del Código civil. En todo caso, el interés del menor habrá de acomodarse a su personalidad, como establece el art. 154 del Código civil, es decir, tanto a su constitución personal, física e intelectual, como a su personalidad propiamente dicha, o sea, conforme a sus inclinaciones naturales y aspiraciones, tal como expresa el art. 147 del Código civil italiano.

Por otro lado, la nueva legislación, al velar por el interés del menor, rechaza el absolutismo de la voluntad de éste y en el supuesto concreto que examinamos las facultades del menor se contienen en el ámbito restringido de lo religioso o de lo ideológico y dentro de los límites legalmente establecidos en el ejercicio de la libertad religiosa para que no se distorsione el cumplimiento del fin supremo del interés del menor. En relación con la delimitación del concepto de confesión religiosa contamos con lo que dispone el art. 3.2 de la LOLR de 8 de julio de 1980: «Quedan fuera del ámbito de la presente Ley las actividades, finalidades o entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos ajenos a los religiosos». Y por lo que concierne a los límites que se establecen en el ejercicio de aquellas tres libertades dispone la Convención en su art. 14.3 que son los prescritos por la ley en cuanto necesarios para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades fundamentales de los demás. Coinciden con los establecidos, con carácter general, por el art. 9° del Convenio europeo para protección de los derechos humanos, de 4 de noviembre de 1950, y art. 18.3 del Pacto Internacional de derechos civiles, políticos y sociales, de 19 de diciembre de 1966.

En nuestra sociedad hay entidades y se desarrollan actividades que, o no caen bajo la protección de la Ley de libertad religiosa o que no respetan esos límites. Conocidos son los procedimientos judiciales seguidos en relación con nuevos movimientos religiosos y sectas peligrosas que emplean métodos de captación y actividades delictivas que contribuyen al deterioro de la personalidad de los miembros y adeptos; concretamente en España se han seguido procesos penales por proselitismo ilícito, coacciones, amenazas, atentados a la libertad y seguridad de las personas,

estafas, delito fiscal, evasión de divisas, creación ilegal de centros de enseñanza, lesiones físicas y mentales, estupro y agresión sexual, asociación ilícita, delitos laborales, apareciendo implicadas entidades como Edelweis, El Patriarca, Orden de los Carmelitas de la Santa Faz del Palmar de Troya, Iglesia de la Cienciología, Iglesia de la Unificación, Culto Esotérico de Investigación, Niños de Dios, Hare Krishna, Raschimura, Asociación para la Cooperación Interreligiosa y Orden Monista del Perpetuo Reflejo. También, desgraciadamente, persisten ideologías intolerantes y fundamentalistas que se apoyan en el terrorismo y en la extorsión, así como éticas relativistas y situacionales que proclaman el libre ejercicio de prácticas y actividades ilícitas. El menor ha de protegerse y tiene que ser protegido para evitar los peligros de su captación y la inserción en estas actividades y entidades, así como se le debe amparar jurídica y socialmente para procurar la salida de estos grupos y ambientes y su recuperación psíquica. En estas situaciones en las que la desinformación del menor y la debilitación de su voluntad manipulada les inhibe y los hace presa fácil de adhesiones peligrosas, es cuando habrá de predominar la voluntad de los padres en el pleno ejercicio de la función autoritativa que les otorga el Código civil y reclamar la acción concertada de los institutos públicos de asistencia, pues sería ineficaz seguir en tales circunstancias pautas de guía y cooperación.

En caso de conflicto habrá de recurrirse a los tribunales, bien por el hijo mismo, incluso valiéndose de las personas y oficios públicos que autoriza la Ley del menor, bien por los padres o tutores. Generalmente, son los padres los que acuden a la vía judicial cuando advierten que sus hijos han sido captados por alguna secta que provoca la ruptura con la familia, el cambio de carácter del menor, las inmoderadas peticiones de dinero y otros comportamientos extraños. Pero la ley de protección de menores establece una amplia legitimación para la denuncia ciudadana, el ejercicio de acciones judiciales y la adopción de medidas de protección del menor, especialmente cuando se encuentra en situaciones de riesgo o de abandono (art. 158 del Código civil).

* * * * *

Me referiré, por último, a algunas de las modalidades propias de las opciones religiosas, distinguiendo en primer lugar entre opciones básicas y opciones secundarias o indirectas.

1. La opción básica o primaria se ejerce de modo directo por el menor que ha alcanzado el suficiente grado de madurez y, combinando lo que disponen el art. 9 de la Declaración universal de derechos humanos y el art. 18 del Pacto internacional de derechos políticos y civiles, puede elegir opciones fideísticas o de increencia, es decir, puede profesar una creencia religiosa o no profesarla, cambiar o abandonar la creencia que profesa, optar por creencias no religiosas o por convicciones ideológicas, cambiarlas o abandonarlas.

En este punto se producen situaciones conflictivas del Derecho civil con algunos Derechos confesionales en ciertos aspectos del régimen de la libertad religiosa. Así, conforme a las leyes de la Iglesia católica, concretamente según el can. 849, la incorporación a la Iglesia mediante el bautismo tiene carácter indeleble, es decir que no se borra la condición bautismal jamás, aunque el cristiano abandone su fe, o caiga en herejía, o rompa la comunión con la Iglesia. *Semel catholicus, semper catholicus*.

Esto no significa que el bautizado en la Iglesia católica no pueda abandonarla, y el can. 748.2 advierte, siguiendo lo declarado por el Concilio Vaticano II, que «a nadie le es lícito jamás coaccionar a los hombres a abrazar la fe católica contra su propia conciencia», lo que autoriza igualmente a rechazar toda coacción para que alguien siga permaneciendo en la Iglesia católica contra su voluntad. Lo que ocurre es que la salida voluntaria —o forzosa por aplicación de la pena de excomunión— rompe la vinculación jurídica de los fieles, pero no la comunión ontológica, que permanece como carácter indeleble del bautizado.

Así, pues, cuando en los textos jurídicos internacionales o nacionales se proclama, como un supuesto de la libertad religiosa el abandono, cambio o salida de una confesión, comunidad o creencia, no se entra en los aspectos teológicos de la indelebilidad, tal como se establece por la Iglesia católica y, por lo tanto, basta la salida jurídica de la Iglesia, aunque no pueda producirse la salida teológica, para que estas opciones operen eficazmente en el orden civil, pues «*de re theologica non iudicat Princeps*».

De ahí que, en el ámbito local, se haya podido disponer por el Obispado de la Diócesis de Cartagena, en vista de frecuentes peticiones de algunas Confesiones religiosas cuyos miembros están bautizados en la Iglesia católica, que si desean que sus nombres sean suprimidos del libro de bautismos deberá solicitarlo por escrito el propio interesado, haciendo constar la mayoría de edad y que lo hace libre y espontáneamente. Una vez que el párroco se cerciure de la verdad y sinceridad de la petición, se levantará acta que se inscribirá en un *Libro de Registros de renunciaciones a la fe católica*, en la que constará que el solicitante «ha renunciado a la fe católica, por lo que en lo sucesivo no debe ser tenido como miembro de la Iglesia católica», poniéndose además nota marginal en la partida de bautismo (Directorio Diocesano para la Pastoral de los Sacramentos, art. 15 del apartado sobre bautismo, de 15 de enero de 1994, y nota complementaria publicada en el Boletín Oficial de la Diócesis, núm. 3 de 1996). Ningún reparo, por consiguiente, hay que oponer a estas normas episcopales desde el punto de vista canónico, incluso que el efecto de la renuncia a la fe católica se estime pérdida de la condición de miembro de la Iglesia católica, como se deduce de la doctrina que enseña la Encíclica «*Mystici Corporis*», de Pío XII, de 29 de junio de 1943 (núm. 10); pero, desvinculado el bautizado jurídicamente de la Iglesia como miembro de ella, sigue ligado indeleblemente a ella como súbdito.

Se advierte que esta opción de salida solamente se admite para quienes son mayores de edad y habrá que entender que, tanto si están emancipados, como si no lo están, produciéndose un desajuste respecto de la legislación civil que la autoridad

diocesana podría eliminar aceptando el criterio de la ley del menor, previa dispensa de edad cuando tiene aquél madurez de juicio suficiente, pues en materia de patria potestad y de tutela el can. 98 remite a lo dispuesto por el Derecho civil.

Otra cuestión muy controvertida es el bautismo de niños a escondidas de los padres y contra la voluntad de éstos. Según el can. 868 es solamente ilícito el bautismo del niño sin el consentimiento de los padres y, en peligro de muerte, es lícito incluso contra la voluntad de los padres. Por lo tanto, en uno y otro caso el bautismo es siempre válido, si no concurre otra causa de nulidad. Pero, conforme a las normas civiles e internacionales la incorporación a una confesión religiosa o a grupos ideológicos de un menor es un acto consciente y libre de éste que, cuando no tiene suficiente uso de razón ha de ser suplido por los titulares de la patria potestad. Debería ser atendida, por lo tanto, la renuncia por los padres o por los propios hijos a que conste dicho bautismo en los libros parroquiales. No creo que pueda seguir sosteniéndose una línea jurisprudencial francesa según la cual pertenece al padre decidir sobre el bautismo de sus hijos menores y, por consiguiente, que incurría en responsabilidad civil el sacerdote que bautizaba a un menor sin el consentimiento del padre. Ni la ley de separación Iglesia-Estado de 9 de diciembre de 1905, ni la legislación internacional sobre libertad religiosa y derechos del menor avalan dicha jurisprudencia.

2. En las opciones secundarias o indirectas ejercidas por el menor puede influir decisivamente el factor religioso, como en la elección del modelo educativo que prefiere adoptar, la celebración del matrimonio religioso o civil o simplemente vivir en régimen de pareja de hecho, el recurso al divorcio civil por los casados canónicamente, la presencia de la religión en el ámbito de la intimidad y del honor, la prestación de juramento o promesa, así como opciones relacionadas con las nuevas libertades en las que están implicadas la concepción, el nacimiento y la muerte, la sexualidad, la salud, la fecundación asistida y otras situaciones bioéticas. Y con la libertad de conciencia guarda íntima relación la objeción de conciencia, como instrumento jurídico para evitar que se impida el ejercicio de aquella libertad, y que abarca numerosos supuestos, entre los más conocidos la objeción al servicio militar, al aborto, al cargo de jurado en proceso penal, a las transfusiones de sangre y a otros tratamiento médicos, etc.

Todas estas opciones pueden tener motivaciones religiosas que influyen poderosamente en las decisiones. Así, por ejemplo, un católico que se decide a contraer matrimonio tendrá muy en cuenta su condición de católico que le sujeta a las leyes de la Iglesia y le impone el deber de contraer el matrimonio canónico; y, por la misma razón, tendrá presente que no debe recurrir al divorcio civil, sino mantenerse dentro de los límites de la jurisdicción canónica. Precisamente las situaciones más frecuentes en las que el menor tiene que plantearse el ejercicio de su derecho de opción religiosa son las relacionadas con la legislación permisiva del Estado que amplía el campo del *agere licere* y autoriza a las personas a adoptar decisiones en las que por lo general influyen motivaciones religiosas, ideológicas o de conciencia.

El matrimonio, la procreación, la salud y la vida, la libertad sexual, la formación religiosa, las acciones humanitarias y ecológicas son algunos de los campos en que el *agere licere* ofrece opciones plurales que requieren una toma de decisión por el sujeto, incluso por el menor de edad, en la que puede primar el factor religioso o el ideológico.

La pregunta que hemos de formularnos es si estas opciones, primariamente neutras, pero secundariamente religiosas o ideológicas por razón de sus motivaciones, caen también dentro de la nueva disciplina del menor sobre el ejercicio de sus derechos de libertad religiosa, ideológica y de conciencia. A mi juicio, debe responderse afirmativamente en cuanto que se trata del ejercicio de derechos que afectan a la personalidad y en los que late el ejercicio de aquellas libertades, de modo que deberá respetarse la decisión del menor en estas cuestiones cuando tenga suficiente madurez de juicio y su decisión favorezca su desarrollo integral y se mantenga dentro de los límites propios de la libertad religiosa y de la ideológica.

El art. 5º de la Convención y el art. 162.1º del Código civil establece otra limitación: que el menor pueda realizar esos actos por sí mismo conforme a las leyes y contamos con normas desiguales en el tratamiento jurídico del menor en este punto. Así, el art. 10.6 de la Ley general de Sanidad, de 15 de abril de 1986, exige el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto cuando esté incapacitado para tomar decisiones en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas. Es un supuesto que sigue un criterio concordante con el que establece la nueva Ley del Menor; pero, abundan las discordantes, como la Ley de 27 de octubre de 1979, desarrollada por el Real Decreto de 22 de febrero de 1980, que para el injerto o implantación de órganos humanos exige que el receptor exprese por escrito su consentimiento cuando se trate de un adulto jurídicamente responsable de sus actos, o por sus representantes legales, padres o tutores en casos de pacientes con déficit mental o menores de edad. Adviértase que, por una parte se excluye al menor de edad y por otra se le admite cuando es adulto responsable de sus actos. En cambio la Ley de 28 de diciembre de 1988 dispone que el donante de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos procedentes de menores requiere el consentimiento expreso de los donantes y además el de sus representantes legales; y el trasplante en estos casos solamente podrá realizarse si el receptor da su consentimiento y si fuera menor de edad o estuviera incapacitado deberá contar con el consentimiento de los padres. Mayor limitación se establece para la donación de órganos, que solamente puede realizarse por personas mayores de edad (Ley de 27 de octubre de 1979 y Real Decreto de 22 de febrero de 1980) y también el hemodonante ha de ser mayor de edad (Orden de 4 de diciembre de 1985). La Ley de 5 de mayo de 1982, sobre tutela del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen reconoce ampliamente la capacidad de los adolescentes; por una parte, pueden consentir los menores intromisiones en su honor, intimidad o imagen, si sus condiciones de madurez lo permite. Por otro, se capacita al menor que pueda ejercitar las oportunas acciones por sí o por representante legal.

Por último, la Ley del Medicamento de 20 de diciembre de 1990 somete a autorización administrativa los ensayos clínicos de medicamentos en seres humanos y, además, deberá constar el consentimiento de la persona en la que haya de realizarse el examen o del representante legal en el caso de personas que no puedan emitirlo libremente, siendo necesario también la conformidad del representado si sus condiciones le permiten comprender la naturaleza, importancia, alcance y riesgos del ensayo (art. 60.6).

A pesar de esta ausencia de unanimidad, hay que confirmar la respuesta a la pregunta que formulábamos al principio en cuanto que la nueva legislación del menor ha irrumpido con gran fuerza en nuestro Ordenamiento jurídico, siendo prevalente sobre otras normas discordantes. El art. 4º de la Convención establece que «Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención y en la parte II (arts. 42 a 53) diseña un severo control de cumplimiento por los Estados de sus compromisos de adaptación creándose al efecto un Comité de los Derechos del Niño, que elaborará informes periódicos para conocimiento de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Igualmente, el art. 3º de la Ley del Menor dispone que «los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente Ley y a la mencionada normativa internacional». El mandato es claro: Que las normas discrepantes han de armonizarse con las nuevas por vía interpretativa o modificarlas por vía legal o administrativa para adaptarlas a los criterios del nuevo Derecho del Menor y que las opciones religiosas, primarias o secundarias, realizadas por un menor habrán de ajustarse a las nuevas normas.

Incluso habrá que hacer un esfuerzo interpretativo para armonizar el art. 27.3 de la Constitución que establece el derecho de los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, con lo que dispone el art. 6º de la Ley que solamente concede a los padres o tutores el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza el derecho de libertad religiosa, a fin de que, también respecto de opciones educativas, cuando éste tenga la debida madurez de juicio prevalezca su decisión sobre la formación religiosa y moral que desea seguir.

3. La manifestación de las creencias religiosas por el menor de edad está incluida en su derecho de libertad religiosa. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 5 de julio de 1980 garantiza el derecho de toda persona a «manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas» y el art. 16.2 de la Constitución regula el aspecto negativo de la libertad de declarar las creencias religiosas en los siguientes términos de firmeza: «Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias». *Sensu contrario* no puede impedirse, coaccionarse o sustituirse la manifestación por una persona de su profesión religiosa, en acto público o privado.

La libertad de manifestación de creencias religiosas es un derecho garantizado por las leyes del que no están excluidos los menores y puede realizarse de palabra o por escrito y también mediante símbolos diversos, como el crucifijo, la estrella de David, o a través de la indumentaria como el «kippa» hebreo o el «chador» islámico. Conocidas son las situaciones conflictivas producidas en Francia con motivo del uso del velo islámico por algunas escolares musulmanas. No parece que en régimen de libertad religiosa haya inconveniente en reconocer la licitud de uso de dicha prenda como manifestación de pertenencia al islamismo. Sin embargo, produjo un gran revuelo el llamado «affaire des foulards» cuando en 1989 tres alumnas de origen magrebí fueron expulsadas de un colegio público por haberse empeñado en llevar el «chador» en el interior del centro escolar. Las manifestaciones públicas contra esta decisión promovidas por diversas organizaciones islámicas y la profusión de informaciones de prensa y demás medios hizo que interviniera el Consejo de Estado francés que en un «arrêt» de 2 de noviembre de 1992 señaló las líneas generales de solución del conflicto. Se declara la licitud de ostentar un signo o distintivo religioso en el interior de los centros escolares, lo que no es incompatible por sí con el principio de laicidad, en la medida en que constituye el ejercicio de la libertad de expresión y de manifestación de creencias religiosas, pero siempre que no transgreda los siguientes límites: «Que no es permitido a los alumnos ostentar signos de pertenencia religiosa que, por su naturaleza, por las condiciones en que se utilicen individual o colectivamente, o por su carácter ostentoso o reivindicativo, constituyeren un acto de presión, de provocación, de proselitismo o de propaganda, que llevaran consigo atentado a la dignidad o a la libertad del alumno o de otros miembros de la comunidad educativa, comprometiéndolo su salud o su seguridad, perturbaran el desenvolvimiento de las actividades de la enseñanza y la función educativa de los enseñantes y, en fin, alteraran el orden en el establecimiento o el funcionamiento normal del servicio público». Esta decisión y otras recaídas en el mismo asunto reflejan los temores y sentimientos de la sociedad francesa ante el renacimiento virulento del Islam en su propio suelo bajo signos de ostentosa provocación y con formas integristas que no dejan de inquietar a las autoridades del país vecino por las reacciones no exentas de brotes antirracistas larvados de los que se fijan más en el color de la piel de los alumnos que en el signo religioso del «chador».

4. Las situaciones conflictivas. La autonomía jurídica de los adolescentes se puede proyectar hacia el exterior de la familia cuando están facultados para actuar determinados derechos. Pero también esa autonomía personal puede dirigirse contra quienes ejercen la patria potestad o contra otros miembros de la familia, siendo precisamente en el seno de ella en donde se desenvuelven mayormente las tensiones entre libertad del menor y solidaridad familiar, cuya armonización es fruto sobre todo de una educación bien dirigida y con métodos adecuados. El Derecho no da reglas técnicas sobre educación en el seno de la familia, ni dirige las fuerzas internas que se generan en su seno para evitar o solucionar los conflictos, sino que se limita a actuar en situa-

ciones extremas o críticas cuando han fracasado aquellos mecanismos internos de composición que pueden desembocar en pactos expresos o tácitos, formales o informales, entre ambos padres o con los hijos sobre libertad religiosa.

Lo que sí establece el nuevo Derecho es el reconocimiento al menor que tiene suficiente madurez de juicio de una prevalente posición jurídica en los asuntos que le afectan en los órdenes familiar, procesal y social, es decir, en situaciones de normalidad, en las conflictivas y en las que requieran protección administrativa. Las situaciones de conflicto pueden producirse por desacuerdo de los padres entre sí sobre opciones religiosas de los hijos, o entre padres e hijos, o con terceros. A este último supuesto se refiere una sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1996, recaída en proceso promovido por el abuelo materno de un nieto menor de edad contra el padre, separado de la esposa, sentencia que declara no haber lugar al recurso y que mencionamos porque ya se hace aplicación de la Ley del Menor de 15 de enero de 1996 para justificar la diferencia de criterio entre el Juzgado, que rechazó el derecho de visita del abuelo, y la Audiencia Provincial que lo otorgó, argumentando el Tribunal Supremo «el 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.(...) buscando su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los Jueces pueden adoptar (art. 158 del Cc) se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor, según se desprende de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor».

La misma sentencia declara que dicha Ley es aplicable retroactivamente «por mandato constitucional y por recoger el espíritu de cuantas convenciones internacionales vinculan a España», y porque «ha de recordarse que las disposiciones aclaratorias o interpretativas de las leyes o que suplen sus lagunas, al no ser derecho nuevo, sino mera interpretación del contenido y alcance de lo ya promulgado, tiene carácter retroactivo, lo que se ha denominado en alguna ocasión por esta Sala retroacción impropia». Conforme a esta importante sentencia todos los procesos con implicación de menores, incluso los que se encuentren en trámite, tanto de primera instancia, como de recurso, deberían ajustarse a dicha Ley.

Unos años antes de promulgarse la Ley del Menor, con una certera visión de futuro la Audiencia Provincial de Toledo, en sentencia de 3 de junio de 1994, había declarado: «El progresivo crecimiento del menor exige, conforme a los criterios constitucionales de la dignidad de la persona y de sus derechos y libertades fundamentales, el reconocimiento al menor de un ámbito de libertad progresivamente creciente en el que será él, y no los padres, quienes tendrán la facultad de decidir sobre las propias creencias, relaciones personales, etc.». Aquí el Ponente, en lugar de apo-

yarse en la Convención de 1989, prefiere fundarse en las normas constitucionales sobre dignidad de la persona y sobre sus derechos y libertades fundamentales para defender la capacidad del menor para decidir sobre sus propias opciones personales, con mención expresa de las religiosas.

La conflictividad sobre libertad religiosa es escasa en los Tribunales superiores y más abundante en las instancias inferiores. Los Juzgados y Tribunales españoles comienzan a tratar de estos asuntos y así una sentencia de 7 de junio de 1994 de la Audiencia Provincial de León, rechaza que constituya causa de separación que el marido esté adscrito a la que la esposa denomina «secta» de los testigos de Jehová que le lleva a anteponer las actividades de ésta a las atenciones y obligaciones conyugales o familiares. Y otra de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 20 de julio de 1995 considera que la pertenencia a una secta religiosa no comporta en sí mismo un desvalor para afrontar la educación de los hijos, entendida la noción de secta no en su acepción peyorativa de agrupación de tipo religioso no legalizada, sino en la más amplia de pertenencia a religión minoritaria.

Comienza a establecerse una incipiente doctrina que se va aproximando con soluciones aún muy simples a las complejas cuestiones que plantea el ejercicio de la libertad religiosa. Puede servir de orientación en nuestros foros judiciales la aportación de la jurisprudencia extranjera, más experimentada, que ofrece mayor riqueza de temas y de criterios solutorios de los problemas. Así, se sostiene que las diferencias de religión no deben constituir por sí solas factor de inestabilidad entre los cónyuges, pero pueden ser causa de separación cuando hagan intolerable la prosecución de la convivencia o produjese grave perjuicio a la educación de los hijos; también se alude reiteradamente a la validez de los pactos entre esposos sobre enseñanza y formación religiosa salvo que el menor esté en condiciones de decidir por sí mismo; se extienden las opciones religiosas a convicciones ateísticas; y en caso de diferente profesión religiosa de los padres, se plantea la alternativa entre opciones religiosas de los hijos, habiéndose sostenido que, de acuerdo con el interés del menor, deberá decidirse, o la formación del menor en una sola de ellas respetando la continuidad de la primera opción educativa para evitar turbaciones en la conciencia del menor en formación, o la educación conjunta en ambas religiones y, en caso de cambio de religión de alguno de los padres, se llega a sostener la conveniencia del cambio de formación del menor a fin de que alcance una conciencia religiosa más ilustrada que sustente una elección más acorde con la libertad de formación de la conciencia; de todos modos, el credo religioso de los padres no es un criterio válido para la guarda y custodia de los hijos si no hay conflictividad. En líneas generales esta jurisprudencia ya avanzaba, antes de la Convención de 1989, que en sede de libertad religiosa se reconoce al menor capaz de formarse libres y conscientes opiniones la posibilidad de escoger autónomamente una fe y de seguirla, aún en contra del parecer de los padres, o escoger opciones ideológico culturales alternativas a las religiosas.

En España, al proclamarse legislativamente la libertad religiosa del menor con autonomía condicionada por la madurez de juicio y por las determinaciones legales,

se responsabiliza a los menores adultos de sus propias decisiones y a los padres del diligente y eficaz ejercicio de su función cooperadora y no decisoria en estas materias relacionadas con la libertad religiosa e ideológica del menor. Otra cosa es que se pueda afirmar con pretensiones de generalizar que todos los menores adultos están capacitados en el actual estado de formación y desarrollo social de nuestra juventud para gozar y usar de una autonomía en tal grado que les permita adoptar decisiones fundamentales para su persona y para la sociedad comprometiendo irreparablemente su futuro y con riesgo de dejarse llevar, en el ejercicio de su libertad, por opciones perniciosas que la experiencia de los mayores les permite advertir que conducen a destinos funestos, pero que la inexperiencia del menor les priva en ocasiones de percibir los futuros resultados de sus opciones. Por otro lado, es muy difícil garantizar en la sociedad actual que las opciones del menor, que es sujeto psicológicamente débil, son verdaderamente libres y que no se toman bajo presiones ambientales, de grupos influyentes, de personas y conductas que equivocadamente se toman bajo la presión publicitaria como modelos ideales, así como de manipulaciones de diverso orden, de proselitismo y publicidad más o menos perversa. Dificultades parecidas se presentan a la hora de que las autoridades competentes tengan que apartar a padres ineptos del ejercicio de funciones que atentan contra el interés de sus hijos menores, cuando las nuevas leyes insisten en el derecho de los hijos a vivir y desarrollarse en el seno de una familia, con preferencia la natural, lo que conduce a que los Tribunales interpreten restrictivamente las causas de privación del ejercicio de la patria potestad y a valorar cuidadosamente las situaciones de riesgo y de abandono a la hora de privación de dicho ejercicio incluso en estos casos extremos (arts. 17 y 18 de la Ley del Menor).

Al situar el desarrollo y la formación del menor en el ámbito familiar, cada uno constituye un caso diferente y quizás único que por razón de su supremo interés y beneficio requiere un tratamiento singular y particularizado que guarde una correlación ajustada a varios factores que deben valorarse conjuntamente, a saber, la madurez psicológica del menor, la aptitud de los padres para dirigir la formación de los hijos, las sanas inclinaciones de aquél, la naturaleza y complejidad de las opciones sobre las que se ha de tomar una decisión, que afecta al libre desarrollo de su personalidad tanto con libertad interna como externa. Todo ello cohonstando el supremo interés del menor y el supremo interés de la familia, que es educadora de los hijos e instrumento de estabilidad social mediante la continuidad de sus tradiciones y de un orden jurídico establecido, así como pieza importante para configurar el equilibrio psicológico del menor en una sociedad necesitada del remanso afectivo de la familia en un clima de paz y de concordia.