

ARTÍCULOS E INFORMES

LA INFLUENCIA DE LAS CREENCIAS RELIGIOSAS EN LA ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA

Miguel Angel Asensio Sánchez

Facultad de Derecho Universidad de Málaga

Resumen. La influencia de las creencias religiosas en la atribución de la custodia de los hijos a los progenitores se presenta como una cuestión en la que inciden directamente los principios constitucionales de laicidad y de interés del menor. La atribución de la custodia es una facultad exclusiva del juez quien, no obstante, deberá tener en cuenta los posibles acuerdos a que hubieran llegado los progenitores en el convenio regulador y, siempre, el interés del menor que se convierte en el principio fundamental en la materia. Por eso, de ordinario, las creencias religiosas no serán decisivas en la atribución de la custodia, ya que el juez al determinar en cada caso concreto el interés del menor deberá valorar otras circunstancias consideradas de ordinario más determinantes. La laicidad también despliega su eficacia en el sentido de que las creencias religiosas de los padres no pueden constituir motivo de discriminación en la atribución de la custodia pero, en modo alguno, significa que las creencias religiosas, tanto de los padres como del hijo, no puedan ser tenidas en cuenta por el juez si así lo exige el interés del menor. También estudiaremos la relevancia que hay que conceder a la opinión del menor en el trámite de audiencia cuando tenga capacidad suficiente para el ejercicio del derecho a la libertad religiosa

Abstract. Some key constitutional principles, such as the non-Establishment clause or the protection of the child's best interest, are specifically involved on the subject of religious beliefs and its impact on the field of parental rights and guardianship and custody of children. The attribution of child custody to one of the parents or both is an exclusive decision of the Court, but such decision should be guided by the special custody or guardianship arrangements that the parents might have reached and, of course, it should be also guided by the child's best interest principle. That's the reason why religious beliefs don't commonly play a decisive role in child custody disputes and are usually submitted to those other constitutional criteria. The non-Establishment clause involvement in this subject leads to the equal treatment of religious beliefs and the non discrimination clause protecting the parents in child custody disputes, no matter what their particular beliefs are, but anyway parent or children religious beliefs eventually might play an important role in the court's decision if child's best interest requires it. In this paper we will also consider the legal treatment of child's own opinion in custody disputes in such cases where the free exercise of religion by the minor is at stake.

Palabras clave: custodia, creencias religiosas, interés del menor, laicidad.

Keywords: child custody, religious beliefs, child's best interest, non-Establishment clause

Sumario: 1. Consideraciones iniciales. 2. El menor como sujeto del derecho a la libertad religiosa. 3. El interés del menor en la atribución de la custodia. 4. La determinación por el menor de su interés. 5. La resolución de los conflictos sobre custodia. 5. La resolución de los conflictos sobre custodia motivados por las creencias religiosas: 5.1 Resolución por acuerdo de los padres. 5.2 Resolución por determinación judicial. 6. Breve reflexión final.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

Una primera aproximación a la cuestión objeto del presente estudio nos conduciría a afirmar, de forma quizás un tanto premiosa, y en virtud de los principios constitucionales de igualdad y no discriminación por motivos religiosos del artículo 14 de la CE y del principio de laicidad del art.16.1 CE, la no influencia de las creencias religiosas en la atribución de la custodia de los hijos en los supuestos de crisis matrimoniales. Pero esta afirmación no deja de ser un tanto categórica y, en cierta medida, alejada de la realidad porque, tal y como veremos, las creencias religiosas sí pueden ser en ocasiones relevantes en la atribución de la custodia, bien por acuerdo de los cónyuges plasmado en el convenio regulador homologado judicialmente, o bien, a falta de acuerdo, por decisión judicial.

La atribución de la guarda y custodia de los hijos a uno de los progenitores en los supuestos de crisis del matrimonio se articula en torno a dos criterios básicos: el de interés del menor y el de mantenimiento de la unidad familiar, concretado en no separar a los hermanos, principio no imperativo porque el artículo 92 CC en su párrafo IV únicamente establece que se procurará no separar a los hermanos. Ahora bien, de estos criterios el que cobra mayor protagonismo es el del interés del menor por ser un principio general de carácter imperativo de toda actuación pública o privada que se siga en relación con el mismo. Por tanto, me parece, que la óptica a seguir no es sólo la de los padres, centrada en evitar posibles discriminaciones por motivos religiosos en la

atribución de la custodia, sino sobre todo la del menor y su interés que es el criterio imperativo en la materia.

Es obvio que la libertad religiosa, y en concreto el derecho a educar a los hijos con arreglo a las propias convicciones, constituye un derecho fundamental de ambos progenitores, pero en una sociedad tan fuertemente secularizada como la actual las creencias religiosas no serán de ordinario un elemento a tener en cuenta por los jueces de familia al decidir sobre la custodia, salvo, claro está, en aquellos supuestos en que las creencias de uno o ambos progenitores, sean tan determinantes en su vida que tengan interés en que sus hijos se eduquen en su fe y por eso pretenda la custodia toda vez que su obtención determina el ejercicio de la patria potestad y la toma de decisiones en esta materia. En todo caso este conflicto podrá ser resuelto por los propios progenitores mediante acuerdo en el convenio regulador a que se refiere el artículo 90 CC, o bien, por resolución del juez de familia pero en uno y otro caso deberá tenerse siempre en cuenta el interés del menor.

Ahora bien, tal y como veremos, corresponde al menor con suficiente capacidad natural determinar su propio interés y, en concreto, por lo que hace referencia a sus creencias religiosas ejercer de forma autónoma el derecho a la libertad religiosa lo que plantea el problema de si el juez al determinar el régimen de guarda y custodia al que va a ser sometido el menor deberá tener en cuenta su opinión en cuanto sea manifestación del ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa.

2. EL MENOR COMO SUJETO DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA

Los cambios socioculturales y los nuevos planteamientos ético-familiares operados en Occidente en las últimas décadas del siglo pasado han supuesto una alteración en los roles tradicionales dentro del seno de la institución familiar, alteración que ha conllevado una importante y, en ocasiones, radical

transformación del Derecho de familia, y en concreto, por lo que aquí nos interesa, a las relaciones paterno-filiares.

Los cambios sociolegislativos más importantes han sido:

1. La progresiva disminución de la autoridad paterna sobre la consideración de la patria potestad como una función, más que un derecho sobre la persona y bienes de sus hijos, que se ejerce en beneficio de ellos, lo que ha motivado la aparición en los países de Europa Occidental de una legislación de reforma de las relaciones paterno-filiares y, en concreto, de la patria potestad.

2. El creciente protagonismo sociojurídico del menor como sujeto pleno de derechos fundamentales y ser en devenir del que se predica su autonomía como individuo al considerarse el medio más adecuado para su desarrollo y maduración personal, y consecuentemente su mejor inserción en el núcleo socio-familiar. Esta nueva concepción de la minoría de edad ha dado lugar a una legislación de protección del menor tendente a reforzar su posición en la familia y la sociedad.

Este proceso de “revalorización del menor”¹ como sujeto pleno de derechos fundamentales, en paridad jurídica-constitucional con los mayores de edad, junto con la paralela transformación de la patria potestad ha supuesto una redefinición de los roles familiares.

Efectivamente el menor por el solo hecho de ser persona, teniendo en cuenta que en el plano jurídico formal se es persona cuando el ser humano cumple las condiciones del artículo 30 CC,

¹ La afortunada expresión es de RESCINO, P., “I minori tra famiglia e società”, en *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1982, pág. 271.

LA INFLUENCIA DE LAS CREENCIAS RELIGIOSAS EN LA ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA

está revestido de capacidad jurídica y, por tanto, es titular de derechos y libertades fundamentales².

La LO 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurisdiccional del Menor (LOPJM) contiene un elenco de derechos y libertades fundamentales que, en rigor técnico-jurídico, no era necesario toda vez que en cuanto sujeto de derechos el menor tiene todos los derechos reconocidos en la Constitución³. La propia Ley en su

² “Titularidad de derechos y capacidad jurídica son conceptos que aparecen íntimamente unidos toda vez que ésta es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, de suerte que si se tiene capacidad jurídica se es titular de derechos.

De las múltiples cualidades de la capacidad jurídica señaladas por la doctrina nos interesa destacar que es esencialmente igual para todos los hombres y que no admite grados ni modificaciones. Este carácter igualitario de la personalidad jurídica es consecuencia de la dignidad humana, esencialmente igual para todos los hombres sin que pueda ser objeto de discriminación en atención al sexo, creencias, etc., y, por lo que aquí nos interesa, a la edad (art.14 CE). El menor de edad será titular de derechos fundamentales al tener, en virtud del artículo 30 CC, la consideración de la persona y, consecuentemente, capacidad jurídica. Otra cosa, sin embargo, es el ejercicio del derecho que depende de la capacidad de obrar y, por tanto, de las efectivas condiciones de madurez del individuo.

La capacidad jurídica vendría a ser el *prius* lógico-jurídico de la titularidad de los derechos fundamentales. Ahora bien, las personas no tienen todos los derechos; algunos no se atribuyen hasta alcanzar una determinada edad, bien por no estar en armonía con las necesidades de la edad, o bien porque sólo se conceden a los nacionales. En realidad, todas estas condiciones vendrían a ser requisitos del ejercicio del derecho y no de la titularidad. No debe olvidarse que, simultáneamente a la adquisición de la personalidad jurídica, se produce la de los derechos fundamentales, siendo la solución más acorde no sólo con la lógica interna del ordenamiento, sino también con la idea de la persona y su dignidad como centro del ordenamiento (art.10.1 CE), dignidad de la persona a la que es inherente la titularidad de los derechos fundamentales sin necesidad de ulteriores requisitos de adquisición”. ASENSIO SÁNCHEZ, M. A; *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor. El interés del menor a la libre formación de su conciencia*, Tecnos, Madrid, 2006, pág. 31.

³ La doctrina critica por innecesaria la reiteración de derechos realizada por la LO 1/1996: GULLÓN BALLESTEROS, A., “Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del menor”, en *La Ley*, 1996-1, D-40, pág. 1691; ALONSO PÉREZ, M., “La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras”, en *Actualidad Civil*, nº 2/6-12 de enero, 1997-1, pág. 26.

artículo 3 señala que “los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución (...)”. No obstante, el legislador no enumera todos los derechos del menor sino sólo aquellos en los que la condición de menor de su titular tiene especial incidencia, lo que responde a la finalidad perseguida por la LOPJM de proteger al menor estableciendo su estatuto jurídico.

La Ley no hace sino responder a la tendencia iniciada en el Derecho internacional de proteger a los menores de edad, así el propio artículo 3: “La presente Ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989”.

En concreto, y por lo que aquí nos interesa, la libertad religiosa del menor aparece reconocida en el artículo 16.1 CE. Además, según el artículo 2.1 de la Ley Orgánica de libertad religiosa de 5 de julio de 1980 (LOLR) se trata “de un derecho de toda persona”, y por tanto de los menores de edad. De forma expresa se reconoce la libertad religiosa del menor en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 cuyo artículo 14.1 señala que: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de ideología, conciencia y religión”. La LOPJM recoge también este derecho en el artículo 6.1 “El menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión”.

Se plantea el problema de cuál es la capacidad necesaria para ejercitar el derecho a la libertad religiosa porque la LOLR introduce una distorsión en la tesis afirmada por la doctrina de la suficiencia de la capacidad natural para el ejercicio de los derechos fundamentales⁴, toda vez que su art.2.1 c) señala que la

⁴ “Si bien en el orden patrimonial el menor con capacidad natural sólo podrá realizar los actos que expresamente le permitan las leyes, la cuestión se plantea de forma bien distinta en la esfera personal y, por tanto, en el ejercicio de los derechos fundamentales (...).

LA INFLUENCIA DE LAS CREENCIAS RELIGIOSAS EN LA ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA

liberta religiosa comprende el derecho de “(...) elegir para sí, y

En cuanto a la capacidad del menor sujeto a patria potestad para el ejercicio autónomo de sus derechos fundamentales, el criterio no puede ser otro que atender a la efectiva existencia de la capacidad natural. Diversos argumentos avalan a nuestro juicio esta tesis:

- La dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE, que exige, por un lado, una interpretación amplia de la capacidad de obrar y, necesariamente, su adecuación a la efectiva existencia de capacidad natural; por otro, la interpretación restrictiva que debe darse a las limitaciones a la capacidad de los menores, tal y como establece el artículo 2, párrafo 2º, LOPJM, toda vez que la Ley parte de la autonomía del menor como un medio más adecuado para su desarrollo y maduración como individuo.

- En un Estado social y democrático de Derecho, el libre desarrollo de la personalidad tiene una de sus máximas expresiones en el ejercicio de los derechos fundamentales, siendo necesario asegurar al máximo su efectividad mediante una flexibilización de la capacidad para su ejercicio.

- Al no poder ser los derechos fundamentales objeto de representación, tal y como luego estudiaremos, exigen también una amplia flexibilidad en la capacidad para su ejercicio.

- El artículo 323 CC permite al menor emancipado regir su persona como si fuera mayor, lo que da lugar a entender que la emancipación constituiría un acto habilitante de tal naturaleza que atribuiría al emancipado un plus de capacidad, fundamentalmente, en la esfera personal. No creemos que pueda pensarse que un acto como la emancipación, derivado de la voluntad paterna, de la autoridad judicial o del mero consentimiento de una situación de hecho, implique en sí mismo la atribución de un plus de capacidad, debiendo entenderse que el precepto, al establecer a favor del emancipado una auténtica presunción *iuris tantum* de capacidad natural de obrar, eximiendo, por ministerio de la ley de su prueba. Es más, este criterio de atender en la esfera personal a la efectiva capacidad natural, independientemente de la edad, se infiere de forma nítida del propio Código al permitir, por vía indirecta, que un menor de catorce años pueda ejercitar autónomamente un derecho fundamental. Piénsese en el siguiente supuesto: el menor de dieciséis años y mayor de catorce que, al contraer matrimonio con dispensa de edad (art.48 CC), queda emancipado *ipso iure* por vía de matrimonio (art.316 CC), y ya hemos señalado que el emancipado puede ejercitar de forma autónoma sus derechos fundamentales. No puede pensarse, en sana lógica jurídica, que el contraer matrimonio sea un acto de tal naturaleza que altere la capacidad de obrar del individuo en el ámbito personal, implicando un plus de capacidad, de suerte que un menor de catorce años emancipado por matrimonio pueda ejercitar un derecho fundamental y, en cambio, un menor no emancipado pero de edad próxima a la de mayoría no podría”, ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *La patria potestad y la libertad de conciencia...*, op.cit., págs. 40-41.

para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. Pero este precepto debe interpretarse de forma armónica con el resto del ordenamiento y por eso la doctrina afirma unánimemente la suficiencia de la capacidad natural para el ejercicio del derecho a la libertad religiosa⁵.

La no fijación de una edad mínima para el ejercicio de este derecho plantea problemas de inseguridad jurídica al tener que estarse al caso concreto para determinar la existencia o no de capacidad natural, por eso la doctrina ha considerado conveniente fijar una edad mínima para el ejercicio⁶ que, por otro lado, es el criterio que se sigue en el Derecho comparado⁷.

Si el menor carece de la madurez suficiente serán los padres los que tomen en su caso las decisiones sobre la educación religiosa del menor pero no ejerciendo por representación el

⁵ COGNETTI, C., *Patria potestà e educazione religiosa dei figli*, Giuffrè, Milano, 1964, pág. 83; SERRANO POSTIGO, C., “La libertad religiosa y minoría de edad en el ordenamiento jurídico español”, en *Estudios de Derecho canónico y Derecho eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*, Universidad Complutense, Madrid, 1983, pág. 827; BUNNELLI, F.D., “Due diverse concessión del rapporto educativo”, en *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1982, pág. 75; PUENTE ALCUBILLA, V., *Minoría de edad, religión y Derecho*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pág. 326; CUBILLAS RECIO, L.M., “La enseñanza de la religión en el sistema español y su fundamentación en el derecho de los padres sobre la formación religiosa de sus hijos”, en *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, 2002, nº 2, págs. 157-219; ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *La patria potestad y la libertad de conciencia...*, op.cit., pág. 100.

⁶ La doctrina española ha propuesto diversas edades: los 14 años (GONZÁLEZ DEL VALLE, J.M^a., *Derecho eclesiástico español*, 4.^a ed., Universidad de Oviedo, Oviedo, 1997, pág. 328); también se ha propuesto los 12 años atendiendo, por un lado, a que es lo más congruente con la finalidad de la Ley del Menor de promocionar al máximo su autonomía como individuo y, por otro, por analogía con el criterio que sigue el Código civil para solicitar su opinión por el juez (ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *La patria potestad y la libertad de conciencia...*, op.cit., pág. 102).

⁷ Así, por ejemplo la Ley de Libertad religiosa portuguesa, Ley nº 16/2001 de 22 de junio, fija esta edad en los dieciséis años.

derecho del menor, lo que está excluido ex artículo 162.1 CC, sino su propio derecho a la libertad religiosa⁸. Por eso cuando los progenitores deciden bautizar a un hijo no están ejercitando por representación un derecho del menor sino su propio derecho a la libertad religiosa⁹.

Por tanto de lo expresado se infiere que la cuestión última a dilucidar, por lo que al objeto de nuestro estudio interesa, será si el menor con capacidad natural en el ejercicio de su libertad

⁸ “El sentido del artículo 162.1 CC es excluir del ámbito de la representación legal paterna los derechos personalísimos del menor, lo cual es congruente con su naturaleza inherente a la esfera íntima del

ser humano en la que difícilmente cabe la representación, por no ser posible la sustitución de la voluntad, siendo además la postura más congruente con el principio personalista del art.10.1 CE. Argumento que también aparece corroborado por el artículo 6.3 LOPJM al señalar que: los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esa libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral.

Se trata de una cooperación de los padres consistente en facilitar al menor el ejercicio autónomo de sus derechos, en ningún caso de un ejercicio conjunto. No obstante, los titulares de la patria potestad, en virtud del deber de velar por los sometidos a su potestad que impone el artículo 154 CC, podrán tomar decisiones que afecten a la esfera personal del menor pero no ejerciendo por representación derechos personalísimos, sino en el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad”, ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *La patria potestad y la libertad de conciencia...*, op.cit., pág. 46.

⁹ Estas afirmaciones han sido corroboradas en la STC 141/2000, de 29 de mayo: “Desde la perspectiva del artículo 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos 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 de los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts.162.1, 322 y 323 CC o art.30 de la 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 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” (FJ. 5º).

religiosa vincula al juez en la decisión de la atribución de la custodia.

3. EL INTERÉS DEL MENOR EN LA ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA

El interés del menor se configura en nuestro ordenamiento por influencia del Derecho Internacional como un principio básico que debe presidir no sólo la normativa relativa a la defensa y protección de los menores, sino también cualquier actuación, pública o privada, que se siga en relación a los mismos. En buena lógica, el principio de interés del menor desplegará toda su eficacia jurídica en la patria potestad y demás instituciones de guarda y protección, modulando y determinando su contenido.

La introducción de este principio en nuestra legislación es consecuencia de la influencia de los textos internacionales en esta materia, y en especial del art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989¹⁰: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño”¹¹.

La Constitución de 1978 recoge y configura en su art.39 nº 3 y 4 el interés del menor como un auténtico principio constitucional clave en el sistema de protección del menor que diseña. En nuestro ordenamiento el principio de interés del menor se introduce tras la Reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981 como criterio que debía seguirse en el ejercicio de la patria

¹⁰ Convención sobre los Derechos del Niño, de Nueva York, de 20 de noviembre de 1989. Instrumento de ratificación por España de 6 de diciembre de 1990 (BOE nº 313, de 31 de diciembre de 1990).

¹¹ Desde la Convención de los derechos del Niño de 1989 son múltiples las norma internacionales en las que se recoge el interés del menor como el criterio básico en toda decisión pública o privada que se siga en relación con el mismo.

LA INFLUENCIA DE LAS CREENCIAS RELIGIOSAS EN LA ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA

potestad, de modo que el art.154 CC, al establecer que la patria potestad se ejercerá en beneficio del hijo, está aludiendo al interés del menor¹².

El principio de interés del menor aparece recogido también en el art. 2 LOPJM: “En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”¹³.

¹² Son múltiples los preceptos que en el Código aluden al interés del menor: art.20.2 a) nacionalidad; en situaciones de crisis matrimonial: arts. 87.1, 92.2 y 4, 103.1; alimentos entre parientes, art.149; patria potestad: arts.154.2, 156.2, 161 y 170; reconocimiento de la filiación, art.125; guarda y acogimiento arts.172.3, 173.3, 173 bis 3º; adopción, arts. 176.1, 180.2 y 9.5; tutela: arts. 216.2, 234.2, 235, 239, 245 y 246; guarda de hecho, art.304.

¹³ También son múltiples las normas de las Comunidades Autónomas encaminadas a proteger al menor y su interés. Así en Andalucía, la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor (BOE nº 154, de 28 de agosto de 1998); en Aragón, la Ley 10/1989, de 14 de diciembre (BOE nº 5 , de 5 de enero de 1990); en Asturias, la Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor (BOE nº 119, de 19 de mayo de 1995); en Baleares, la Ley 7/1995, de 21 de marzo (BOE nº 119, de 19 de mayo de 1995); en Cantabria, la Ley 7/1999, de 28 de abril de Protección de la Infancia y Adolescencia (BOE nº 127, de 28 de mayo de 1999); en Canarias, la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores (BOE nº 63, de 14 de marzo de 1997); en Castilla y León, la Ley 14 /2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia (BOE nº 197, de 7 de agosto de 2002); en Castilla- La Mancha, la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de Solidaridad (BOE nº 56, de 5 de marzo de 1996) y la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor (BOE nº 125, de 25 de mayo de 1999); en Cataluña, la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre Medidas de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción (BOE nº 45, de 21 de febrero de 1992) y la Ley 8/1995, de 27 de julio, de Atención y Protección de los Niños y los Adolescentes y de Modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre (BOE nº 207, de 30 de agosto de 1995); en Extremadura, la Ley 4/1994, de 24 de noviembre, de Protección y Atención a Menores (BOE nº 309, de 27 de diciembre de 1994); en Galicia, la Ley 3/1997, de 9 de junio, de la Familia, la Infancia y la Adolescencia (BOE nº 165, de 11 de julio de 1997), y el Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia (DOG nº 45, de 6 de marzo de 2000); en la Rioja, la Ley 4/1998, de 18 de marzo, del Menor (BOE nº 79, de 2 de abril de 1998); en Madrid, la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia (BOE nº 183, de 2 de agosto de 1995); en Murcia, la ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia (BOE nº 131, de 2 de junio de 1995); y en Valencia, la

La legislación no define el concepto de interés del menor sino que se limita a dar una aproximación del mismo configurándolo como un auténtico principio general de derecho inspirador de toda actuación, tanto pública o privada que se siga en relación con los menores, y además constituye un principio hermenéutico de las normas sobre menores. Se trata, por tanto, de un concepto jurídico indeterminado que, como tal, plantea el problema fundamental de su concreción, es decir su determinación en relación con alguien o algo¹⁴.

Por eso la doctrina en el estudio del interés del menor distingue entre un concepto de interés del menor *in abstracto* y otro *in concreto*¹⁵. El interés del menor *in abstracto* pretende perfilar las líneas básicas y criterios generales para que los jueces y demás operadores jurídicos tengan una orientación sobre qué queremos decir y la finalidad que se persigue cuando hablamos de dicho concepto. Así, del principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE y de los principios constitucionales de protección del menor y de los hijos del artículo 39.3 y 4 CE lo que nos permite interpretar el interés del menor como referido a la protección de sus derechos y libertades fundamentales, y dado que la protección es garantizar el libre desarrollo de la personalidad aparecerían, por esta vía, identificado interés del menor y libre desarrollo de la personalidad¹⁶.

Ley 1/1994, de 5 de diciembre, de la Infancia (BOE nº 21, de 25 de enero de 1995).

¹⁴ La doctrina tanto extranjera como española destaca unánimemente la dificultad del concepto; por todos DONNIER: J., "L'intérêt de l'enfant", en *Dalloz*, 1959-1, pág. 180.

¹⁵ Este es el planteamiento metodológico que sigue nuestra doctrina: ROCA TRÍAS, E., *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 228-330; RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 84-85; ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *La patria potestad y la libertad de conciencia...*, op.cit., págs. 64-65.

¹⁶ Este es el criterio unánime que sigue nuestra doctrina en la que no hemos encontrado un solo autor que no siga este criterio: ROCA TRÍAS, E., *Familia y*

El interés del menor se convierte invariablemente en el principio rector en la atribución de la custodia en los supuestos de crisis matrimonial que necesariamente fundamentará las resoluciones judiciales en la materia, y cuya finalidad última no es otra que asegurar el libre desarrollo de la personalidad del menor¹⁷.

Para determinar el interés concreto del niño el juez se puede ayudar tanto de elementos intrínsecos, referidos al propio niño, como extrínsecos, tomando en consideración a los individuos que le rodean¹⁸. Ahora bien, habrá que evitar en la medida de lo posible toda subjetividad del juez, lo que, en mi opinión, constituye mayor riesgo en los supuestos en los que tengan relevancia las creencias religiosas en la atribución de la custodia, y no me refiere sólo al hecho de que la atribución de la custodia a uno u otro progenitor pueda suponer una discriminación religiosa, sino también en aquellos otros supuestos que el juez se niegue a valorar y a dar relevancia a las creencias religiosas en la

cambio social..., op.cit., págs. 211-213; de la misma autora “El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado (Contestació al Discurs d’ingrés en la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya de A. Borrás)”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1994-4, págs. 107-110; ALOSO PÉREZ, M., “La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero...”, op.cit., pág. 24; BO JANÉ, M., y CABALLERO RIBERA, M., “El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo de la determinación de su interés?”, en *La Ley*, 1996-6, D-344, pág. 1487; Díez-PICAZO, L., “El Principio de protección integral de los hijos (“Tout pour l’enfant”)” en J. M^a González Porras (ed.), *La tutela de los derechos del menor. 1^o Congreso nacional de Derecho Civil*, Córdoba, 1984, pág. 131; LLEBARÍA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda, y acogimiento de menores (Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre)*, Bosch, Barcelona, 1990, págs. 175-176; RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro I del Código civil*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 1994, pág. 1019; también en el *Interés del menor...* op.cit., págs. 107-116; ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *La patria potestad y la libertad de conciencia...*, op.cit., págs. 69-70.

¹⁷ TAMAYO HAYA, S., “El interés del menor como criterio de atribución de la custodia, en *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia. Legislación*, nº 41, 2008, pág. 47.

¹⁸ TAMAYO HAYA, S., “El interés del menor como criterio de atribución op.cit., págs. 52-53

atribución de la custodia sin que se justifique en el interés del menor.

4. LA DETERMINACIÓN POR EL MENOR DE SU INTERÉS

La determinación del interés del menor la realizan sus padres, la autoridad judicial y, en su caso, el propio menor si tuviese suficiente juicio. Precisamente respecto a la determinación por el menor de su propio interés lo que aquí debemos plantearnos es si el menor con suficiente capacidad natural debe ser no sólo escuchado por el juez sino que las opiniones que vierta, en cuanto sean fruto del ejercicio de un derecho fundamental como el de libertad religiosa, le vinculan.

Resulta clara que la nueva consideración del menor como sujeto pleno de derechos fundamentales y ser en devenir, que mediante la toma de sus propias decisiones se posibilita su maduración como individuo lo que, desde luego, supone mayor protagonismo del menor en todas las cuestiones que le conciernen y, por lo que aquí nos interesa, en la atribución de la custodia.

Este mayor protagonismo del menor vino concretado en la Reforma del Código Civil de 7 de julio de 1981 que recoge el derecho del menor que tenga suficiente juicio a ser escuchado antes de adoptar decisiones que le afecten. Este derecho de audiencia del menor se convierte en la clave de la cuestión que tratamos de dilucidar, toda vez que se tratará de explicitar si las opiniones vertidas por los menores vinculan al juez en las medidas que se adopten en relación con la guarda y custodia de los hijos, teniendo en cuenta que esta audiencia es el medio mediante el cual el menor manifiesta su interés en relación con la guarda y custodia.

Este derecho de audiencia del menor aparece configurado de forma precisa en la Convención de Derechos del Niño de 1989, que establece en su artículo 12 que: “Los Estados partes

garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de su edad y madurez”¹⁹.

Esta tendencia a dar mayor autonomía al menor en la toma de sus decisiones como forma clara de facilitar su desarrollo como individuo autónomo ha sido recogida por la LO 1/1996, Ley del Menor, y en concreto la Exposición de Motivos: *“El ordenamiento jurídico, y esta ley en particular, va reflejando progresivamente la 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. El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujeto...”*. Por eso es que la Ley del Menor incluye el derecho del menor a ser oído dentro del Capítulo II “De los derechos del menor” configurándolo como un derecho específico y propio del menor necesario para procurar su autoprotección²⁰. El Código civil

¹⁹ Se recoge este derecho de audiencia del menor también en el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, Estrasburgo, 25 de enero de 1996 en su artículo 6: “Si en virtud del apartado 1 y 3 del art. 5, no fuera necesario recabar el consentimiento del menor, éste será consultado en la medida de lo posible y su opinión y sus deseos se tomarán en cuenta según su grado de madurez. Será posible evitar esta consulta si la misma se muestra manifiestamente contraria al interés superior del menor”.

También se recoge este derecho en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea 7 de diciembre 2000, en su artículo 24: 1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez.

²⁰ Artículo 9. Derecho a ser oído:

1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente

recoge el derecho del menor a ser oído en los artículo 92.2 y 6, dentro del Capítulo IX del Título IV del Libro I “De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, así el art.92.2 dispone que: “El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos”²¹.

Por tanto se trata de una de las medidas necesarias que el juez debe adoptar para decidir sobre la atribución de la custodia, siendo un elemento suplementario para facilitar al juez la determinación del interés del menor²², y también para que el menor pueda expresar por sí mismo su interés.

La audiencia no es automática sino que se configura como un derecho del menor más que como una práctica judicial sistemática para la determinación de su interés²³. Establece el

implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.

2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.

3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos.

²¹ En el Reino Unido la Children Act' de 1989 es más radical ya que se tomarán en consideración los deseos y sentimientos del niño de acuerdo con su edad y madures, Section I (3).

²² TAMAYO HAYA, S., “El interés del menor como criterio de atribución...”, op.cit., pág. 72.

²³ “A este respecto, no podemos sino mostrar nuestra conformidad con el hecho de que la audiencia no sea siempre necesaria para los mayores de 12 años y para los menores con suficiente juicio, como ocurría antes. Y ello por el coste emocional y

artículo 92.6 que: *En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.*

Básicamente el juez para valorar la necesidad de dar audiencia al menor debe tener en cuenta su madurez y la necesidad de la misma. No obstante, la doctrina ha discutido hasta qué punto debe tenerse en cuenta la opinión del menor porque puede ser contraria a su propio interés, e inclusive, se plantea la poca conveniencia de que el menor se vea obligado a elegir entre un progenitor u otro.

Pero en nuestro discurso concreto la cuestión se plantea de forma más radical porque el derecho de audiencia del menor, si el menor tiene la necesaria capacidad natural, vendría a ser, en último término, un medio, aunque obviamente no el único, de ejercicio de la libertad religiosa por el hijo menor. Ahora bien, esta afirmación debe conjugarse con el hecho de que la atribución de la custodia es una facultad exclusiva del juez que debe tener en cuenta siempre el interés del menor, por lo que la cuestión se

los efectos negativos que les puede ocasionar, sin contar, claro está, con el conflicto de lealtades que en algunas ocasiones se les planteaban. Es cierto que en determinados supuestos puede ser conveniente (si existe desacuerdo entre los padres, si se pretenden medidas dañosas para los hijos,...), pero cuando las medidas a adoptar sean razonables y los padres estén de acuerdo en evitar ese trance a los menores la obligatoriedad se flexibiliza; parece más oportuno evitarles un daño innecesario. De hecho, en la propia Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, la audiencia de los menores se configura como un derecho de los hijos a ser oídos si así lo desean, pero no como un deber. En consecuencia, será conveniente cuando el juez dadas las circunstancias lo estime necesario para formar criterio pero con un carácter potestativo y no como una imposición o como una práctica judicial sistemática”, TAMAYO HAYA, S., “El interés del menor como criterio de atribución...”, págs. 72-73.

reduce a dilucidar si el juez se siente en alguna forma vinculado por las opiniones vertidas por el menor en el trámite de audiencia, en cuanto sean manifestación del ejercicio de su libertad religiosa.

Me parece, en sana lógica jurídica, que en los supuestos, ciertamente escasos en la práctica, en los que el menor con capacidad natural prefiera un progenitor a otro por compatibilidad de creencias o, por el simple hecho, de que las suyas serán respetadas, el juez, en el uso de su competencia exclusiva de atribuir la custodia, deberá tener en cuenta su opinión, en cuanto es manifestación de su derecho a la libertad religiosa, salvo, claro está, que la asunción por parte del juez del criterio del menor conlleve una lesión de su interés. Aunque en la mayoría de los supuestos será indiferente la atribución de la custodia a un progenitor o a otro porque el menor con capacidad natural podrá ejercitar autónomamente su derecho a la libertad religiosa, sin que la atribución de la custodia a uno u otro cónyuge tenga en principio relevancia.

5. LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS SOBRE CUSTODIA DE LOS MOTIVADOS POR LAS CREENCIAS RELIGIOSAS

Han sido escasos los conflictos sobre la atribución de la custodia motivado por las creencias religiosas de los cónyuges sin duda por la importante secularización de la sociedad española, pero la llegada a España de un importante flujo de inmigrantes, de ordinario con diferente religión y en los que las creencias religiosas son más fuertemente sentidas, nos hace pensar en un aumento a medio plazo de este tipo de conflictos ante los tribunales de justicia.

En la práctica estos conflictos se resolverán bien por acuerdo de los padres en convenio regulador homologado judicialmente; y, en los supuestos de falta de acuerdo,

corresponde al juez tomar la decisión de la atribución de la custodia teniendo en cuenta el interés del menor.

5.1. RESOLUCIÓN POR ACUERDO DE LOS PADRES

Está claro que los padres en el convenio regulador al que se refiere el artículo 90 CC pueden acordar quien va a corresponder la custodia de los hijos o, en su caso, solicitar la custodia conjunta, pero este acuerdo debe siempre homologarse judicialmente, aunque como señala Roca Trías vincula al juez no tanto para determinar el padre cuidador sino para determinar las obligaciones del mismo²⁴. Además pueden acordar la religión en que van a ser educados los hijos, en cuanto ambos progenitores son titulares del derecho fundamental de educar a sus hijos con arreglo a las propias convicciones²⁵.

El juez deberá homologar el acuerdo en este punto, siempre que no sean lesivos para el menor y su interés, toda vez que no deja de ser una manifestación del ejercicio de un derecho fundamental de los padres, lo que nos lleva a plantearnos si estos pactos sobre la educación religiosa son válidos y, en su caso, vinculan al juez a la hora de atribución de la custodia.

Me parece que se comprende mejor esta cuestión desde la óptica de lo que la doctrina italiana tradicional denominaba pactos de religión que pueden celebrar ambos progenitores sobre el modo de ejercer la patria potestad atribuyendo a uno ellos la educación religiosa y moral de los hijos, pactos que son válidos a la luz del art. 156.1 CC que permite la actuación conjunta de uno de los padres con el consentimiento expreso o tácito del otro. En estos pactos los cónyuges determinan, exclusivamente, el régimen de ejercicio de un derecho/deber sin que exista una disposición de la patria potestad, que, lógicamente, sería nula de pleno derecho al ser una materia indisponible. Lo que sí habría es

²⁴ ROCA TRÍAS, E., "Artículo 92" en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I...op.cit., p. 579.

²⁵ Art. 27.2 CE y art. 2. 1. c) LOLR.

una disposición por parte de uno de los progenitores de una manifestación de su derecho a la libertad religiosa: educar a sus hijos conforme a las propias convicciones, que es renunciable en todo o en parte. Además, la admisión de estos pactos ha sido reconocida por la STC 141/2000, de 29 de mayo, que en su Fundamento Jurídico 6º alude a la validez de los pactos entre cónyuges por virtud de los cuales la formación religiosa o moral de los hijos queda en manos de uno de ellos²⁶. Está claro, por tanto, que estos pactos de religión vinculan al juez a la hora de atribuir la custodia, salvo, lógicamente, sean contrarios o lesivos al interés del menor.

²⁶ La expresión pactos de religión ha sido acuñada por la doctrina italiana que se planteaba su validez y eficacia. Se pueden distinguir tres posiciones en la doctrina:

La mayoría de la doctrina sostenía que no eran válidos al implicar disposición sobre la patria potestad, materia que es de orden público y como tal indisponible. En este sentido: JEMOLO, A.C., *Lezioni di Diritto ecclesiastico*, 5ª ed., Giuffrè, Milano, 1979, pág. 181; BIGIAMI, W., *Atteismo e affidamento de la prole*, CEDAM, Padova, 1951, pág. 102.

La posición minoritaria de W. LENER que admite su validez ya que no se dispone de la patria potestad sino de su ejercicio, “Differenze religiose tra coniugi, separazione personale (o divorcio) e assegnazione dei figli”, en *Foro Italiano*, T. IV, 1949, pág. 67.

Pero estas teorías son anteriores a la Constitución de 1976 y a la últimas y transformadoras reformas del Derecho de familia y, por tanto, nacen al albur de una situación legislativa en la que correspondía sólo al padre la titularidad y el ejercicio de la patria potestad. Por eso C. COGNETTI consideraba válidos los pactos si ambos cónyuges fuesen titulares de un modo igual de la patria potestad, ya que nada impide que pacten sobre el modo en que van a ejercitar un derecho conjunto, aunque consideraba que en la práctica carecerían de eficacia ya que normalmente se esgrimirían en situaciones de crisis del matrimonio en la que el juez debería seguir otros criterios en caso de conflicto; por ejemplo, la forma en que hubiesen decidido celebrar el matrimonio; de este modo, si han elegido la forma canónica, habría que presumir que su intención es formar una familia cristiana; si han elegido la forma civil habría que presumir lo contrario, en *Patria potestà e educazione religiosa...*op.cit., págs. 56-58.

5.2. RESOLUCIÓN POR DETERMINACIÓN JUDICIAL

En las ocasiones en que los padres no lleguen a un acuerdo homologado judicialmente corresponde al juez determinar a quien de ellos debe ser atribuida la custodia teniendo en cuenta siempre el interés del menor. En virtud del principio de laicidad, el Estado y sus diversos órganos deben abstenerse de valorar las creencias religiosas y, fundamentalmente, cualquier decisión, y en concreto la atribución de la custodia de los hijos en las creencias religiosas²⁷. Pero ya hemos señalado con anterioridad que esta afirmación es preciso matizarla porque en ocasiones las creencias religiosas deben ser tenidas en cuenta si así lo exige el interés del menor.

Me parece que desde la óptica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha configurado, respecto a los conflictos en materia de libertad religiosa el principio de conservación del menor de sus creencias religiosas ante cualquier cambio eventual. Son múltiples las resoluciones judiciales en la materia que tratan de defender la continuidad en la educación religiosa. Así, en el marco del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, la Comisión Europea abordó la cuestión en un caso en que a los padres se les había privado de la custodia entregándosela a una entidad católica. El padre, al reclamar la devolución de los hijos, atacaba la educación católica que recibían porque habían abandonado todo tipo de religión. La Comisión estableció en interés del menor, y dado que la opción irreligiosa del demandante había sido tomada con posterioridad a su privación

²⁷ MARTÍNEZ TORRÓN, J., “Derecho de familia y libertad de conciencia en el Convenio Europeo de derechos Humanos”, en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado*. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho eclesiástico del Estado, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2001, p. 153; CEBRIÁ GARCÍA, M., “Creencias religiosas de los padres y atribución de la guarda y custodia de los hijos menores”, en *Cursos de derechos humanos de Donosita- San Sebastián*, Universidad del País Vasco, Zarautz, vol.4, 1999, pág.196.

de la custodia, la continuidad en la educación religiosa que el niño había tenido²⁸.

Sin embargo, con posterioridad el Tribunal Europeo, en la sentencia *Hoffmann* de 1993²⁹, cambia el criterio de la continuidad en la religión. Una madre testigo de Jehová a la que el Tribunal Supremo austriaco, tras la atribución de custodia que le habían hecho los tribunales inferiores, resolvió a favor del padre³⁰. Fueron diversos los argumentos aducidos: los niños pertenecían a la fe católica; los tribunales inferiores no habían tenido en cuenta la ley federal sobre educación religiosa, ya que los padres en el momento de contraer matrimonio eran católicos y los hijos habían sido educados en dicha religión³¹; el interés superior de los niños y la posibilidad de poner en riesgo la salud del menor como consecuencia de una posible negativa de la madre a una transfusión de sangre ; y, por último, el vacío social que les podría acarrear la pertenencia a los testigos de Jehová en una zona donde la mayoría de la población era católica o agnóstica y los testigos de Jehová estaban mal vistos.

La señora Hoffman se dirige contra Austria basándose en que la sentencia del Tribunal Supremo le priva de la custodia de sus hijos a causa de sus creencias religiosas e invoca, a tal efecto,

²⁸ Decisión sobre la admisibilidad de la solicitud 2648/65, en *Yearbook of the European Convention*, 11, págs. 354-356.

²⁹ *Hoffman v. Austria*, 23 de junio de 1993.

³⁰ La señora Hoffman, bautizada en la Iglesia católica y casada con un católico, se convierte en testigo de Jehová, divorciándose posteriormente. La Corte Suprema de Austria revoca las resoluciones de los tribunales inferiores la habría privado de la custodia de los hijos entregándosela al padre; hijos que también habían sido bautizados en el catolicismo. La madre, sin consentimiento del padre, y antes de concluir el proceso de divorcio había comenzado a educar a sus hijos en su nueva fe.

³¹ La ley alemana sobre educación religiosa de los hijos, de 15 de julio de 1992, que había sido incorporada por la legislación austriaca en 1939, establecía en su artículo 2, párrafo 2º, que durante el matrimonio ninguno de los progenitores podía decidir sin el consentimiento del otro que el hijo fuere educado en una fe diferente de la compartida por los padres en el momento del matrimonio o en la fe en la que se había educado hasta ese momento.

LA INFLUENCIA DE LAS CREENCIAS RELIGIOSAS EN LA ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA

su derecho al respeto a la vida familiar del artículo 8 de la Convención, el derecho a la libertad religiosa del artículo 9 y su derecho a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones (art.2 del Protocolo Primero), así como la negación de la custodia constituiría una discriminación conforme al artículo 14 de la Convención. Tanto la Comisión como el Tribunal dan la razón a la madre fugándose en que había sido objeto de una discriminación de trato por motivos religiosos. El Tribunal consideró que si bien la medida adoptada por la Corte Suprema de Austria perseguía un fin legítimo, la protección de los derechos y de la salud del hijo, no existía una relación de proporcionalidad entre el fin pretendido y los medios empleados.

La decisión fue polémica dentro del propio Tribunal aprobándose por cinco votos contra cuatro. El informe de la Comisión también fue aprobado por un estrecho margen de votos, ocho contra seis. La crítica de los magistrados disidentes son básicamente tres:

1. La decisión de la Corte Suprema no supone una intromisión en la intimidad familiar, dado que trataba de resolver un conflicto entre dos individuos. Además, si hubiera existido dicha intromisión, también la habría habido por parte de los tribunales de instancia que habían dado la razón a la madre.

2. La decisión del Tribunal Supremo lo que pretendía era proteger el interés del menor.

3. La decisión del Supremo se ajustaba a la estricta legalidad vigente en Austria: la ley federal de educación religiosa inaplicada por los tribunales de instancia.

La doctrina se muestra crítica con la sentencia porque no va al fondo del problema dando argumentos poco precisos³².

³² MARTÍNEZ TORRÓN, J., “La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, IX, 1993, pág. 82, nota 108; también en “Derecho de familia y libertad de conciencia...”, op.cit., pág. 154; SCOVAZZI, T., “Libertá di religione e testimoni

Nosotros consideramos criticable la sentencia, no tanto por la solución final adoptada, sino fundamentalmente por la parquedad de argumentos y la falta de coherencia. Es verdad que ciertos argumentos utilizados por el Tribunal Supremo austriaco son discriminatorios por motivos religiosos, al implicar una valoración negativa de la confesión de la madre, pero no lo es menos que la sentencia no tiene en cuenta la legalidad vigente en Austria, ni la perspectiva fundamental del problema planteado, que no es la de los padres sino la del menor y su interés. El criterio de la Comisión, en supuestos análogos, tal y como hemos señalado con anterioridad, es el de identificar el interés del menor con la continuidad en la educación religiosa, criterio que sostenía la legislación austriaca que infringe la sentencia³³.

Los conflictos sobre la custodia atinente a motivos religiosos han sido escasos en nuestro país y, de ordinario, se produce en situaciones en que uno de los progenitores pertenece a una religión impopular. Éste es el caso que ha llegado a nuestro Tribunal Constitucional, resuelto por la Sentencia 141/2000, que resolvía un recurso de amparo interpuesto por un padre al que una sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia había impuesto determinadas restricciones en el régimen de visitas tras la separación del matrimonio³⁴. El demandante fundamentaba su

di Goeva secondo due sentenze della Corte Europea dei Diritti dell' Uomo", en *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1994-3, págs. 728-733 págs.; NAVARRO-VALLS, R., "Matrimonio, familia y libertad religiosa", en *Memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Universidad Nacional Autónoma, México, 1996, págs. 213-214; FERRARI, S., "Religión, matrimonio y familia", en Y. C. IBÁN y S. FERRARI, *Derecho y religión en Europa Occidental*, Madrid, 1998, pág. 61; PUENTE ALCUBILLA, V., "Relaciones paternofiliares y formación de la conciencia del hijo menor no maduro: aspectos conflictivos", en *Derecho de familia y libertad de conciencia...*, op.cit., pág. 710.

³³ En este sentido MARTÍNEZ TORRÓN, "Derecho de familia y libertad de conciencia...", op.cit., págs. 155-156. Se muestra favorable a la sentencia PUENTE ALCUBILLA, "Relaciones paternofiliares y formación de la conciencia del hijo...", op.cit., pág. 710.

³⁴ La demanda de separación interpuesta por la mujer del recurrente había sido motivada por la incorporación de éste al denominado Movimiento Gnóstico

LA INFLUENCIA DE LAS CREENCIAS RELIGIOSAS EN LA ATRIBUCIÓN
DE LA CUSTODIA

recurso en que las restricciones a su derecho de visita vulneran su libertad religiosa e ideológica ya que se basa en: “(...) *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 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*”³⁵.

La madre, por su parte, consideraba que un amplio régimen de visitas podía suponer que el padre: “(...) *les inculca sus creencias y les haga partícipes de las mismas, habida cuenta de que la organización a la que pertenece es, a su juicio, una secta destructiva de la libertad y personalidad de aquellos que ingresan en la misma, constatándole que ya les ha acompañado a algún acto de la misma*”³⁶.

Por su parte el Ministerio Fiscal “*solicita el otorgamiento del amparo señalando que la Sentencia de apelación y también la de instancia ha sancionado civilmente al recurrente en amparo con ocasión de sus creencias religiosas, sin que dicha restricción*

Cristiano Universal de España, lo que había supuesto una dejación de sus obligaciones familiares, presionando a su esposa para que se adhiriera a dicho movimiento y haciendo proselitismo con los hijos del matrimonio de cinco y doce años, por lo que la esposa solicitaba restricciones al régimen de visitas del marido. El Juzgado de Primera Instancia atribuyó la custodia de los hijos a la esposa y estableció un régimen de visitas a favor del marido 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 tuviese relación con aquéllas. Recurrida la sentencia en apelación por la esposa al considerar insuficiente las restricciones adoptadas, la Audiencia Provincial limitó las visitas.

³⁵ FJ 6º.

³⁶ *Ibidem*.

*a su libertad ideológica y religiosa se haya fundado en la prueba cierta de un daño real y actual para el desarrollo personal de los menores, sino a partir de la presunción de un riesgo potencial de que así podría ser a la vista de las creencias que profesa su padre*³⁷.

La sentencia, además de reconocer a los menores el pleno ejercicio del derecho a la libertad religiosa, sienta la siguiente doctrina en cuanto a la atribución de la custodia y a las restricciones al régimen de visitas:

1. El interés del menor debe prevalecer en todo caso: *“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 sus progenitores*³⁸.

2. El interés del menor limita el derecho a la libertad religiosa de los padres: *“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 el interés que constitucionalmente le está ordenado, no resulta, desde la perspectiva de su finalidad, discriminatoria*³⁹.

3. Las convicciones religiosas no pueden constituir objeto de discriminación, como ocurría en este supuesto según el criterio del Alto Tribunal: *“La Sentencia de apelación ha supuesto un cambio cualitativo en las restricciones 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*

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ FJ 5º.

³⁹ *Ibidem.*

LA INFLUENCIA DE LAS CREENCIAS RELIGIOSAS EN LA ATRIBUCIÓN
DE LA CUSTODIA

Instancia, para extenderla más allá de lo probado y argumentando 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”⁴⁰.

La atribución de la custodia a uno de los progenitores supone también la atribución del ejercicio de la patria potestad, tal y como establece el párrafo último del artículo 156 CC. La Comisión Europea ha dictaminado que el derecho a determinar el modo de educación de los hijos es una parte integrante del derecho de custodia y que la decisión sobre estas cuestiones corresponde al progenitor que la ostenta⁴¹. En nuestro ordenamiento el derecho fundamental de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones sólo se pierde en caso de privación de la patria potestad porque prima el interés del menor y se presume que un padre, privado por sentencia judicial de su potestad, no puede ejercer de forma correcta las funciones educacionales inherentes a la misma. El caso de atribución de la custodia a uno de los progenitores es bien distinto, debiéndose distinguir entre titularidad y ejercicio; el ejercicio corresponde al cónyuge que tiene la custodia, sin que suponga la pérdida en el otro progenitor del derecho a educar a sus hijos conforme a sus

⁴⁰ FJ 7º.

⁴¹ Decisión 5608/72, *Collection of Decisions*, 44, p. 69.

propias convicciones, sino más bien una limitación en aras al interés del menor.

Ya hemos señalado que en escasas ocasiones se han planteados estos conflictos ante nuestros tribunales, y que los supuestos planteados son de privación de la custodia a alguno de los progenitores por pertenecer a una religión impopular o no reconocida socialmente. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1980⁴² conoció de un supuesto en el que un padre declarado culpable en la separación por malos tratos reclamaba la privación de la patria potestad, y por tanto de la guarda y custodia, a la madre inocente a consecuencia de pertenecer a los Testigos de Jehová, dado el caso de que el menor no podría ser transfundido en caso de necesidad a consecuencia de sus creencias religiosas. La sentencia declara que: *“Que aparte el defecto formal en el que pudiera estar incurso el único motivo del recurso, ya que faltando a la claridad y precisión con la que debe ser formulado se dan como infringidos una serie de preceptos que según expresión literal del enunciado de dicho motivo lo son, «Concretamente se estima violado el art. 3.º de la vigente Ley de Libertad Religiosa de 28 junio 1967 (RCL 1967\1278 y NDL 18780), para seguidamente, aunque en párrafo separado pero no numerado, agregarse «Igualmente se estima violados los siguientes preceptos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 diciembre 1966, ratificado por España por Instrumento de 13 abril 1977 y vigente, conforme al mismo, desde el 27 julio 1977, art. 22, art. 18, art. 26, todos los cuales se transcriben literalmente; que igualmente y con independencia de que todos dichos preceptos son más bien principios programáticos enumerados en la Carta de las Naciones Unidas, de carácter abstracto y general difícil para por sí sustentar un recurso de casación, es que, contrariamente a lo afirmado por el recurrente de haber sido precisamente las consecuencias religiosas del cónyuge declarado inocente en el*

⁴² RJ/1980/1012.

*juicio de separación y no obstante declararle inocente imponerle la privación de la patria potestad sobre su hija, se declara en el primer considerando de la recurrida sentencia «que las presentes actuaciones no integran una cuestión referente a creencias religiosas sino, sencillamente, son referidas a la determinación de si en el matrimonio civil que actora y demandado contrajeron concurren motivos suficientes para producir la separación» con lo que se garantiza los principios de libertad religiosa y derechos civiles de uno y otro cónyuge, sin que indiscutiblemente a ello afecte, el que a la hora o trance de resolver sobre quien de los cónyuges han de quedar, todos o algunos de los hijos y quien de aquellos ejercerá la patria potestad, todo lo que queda a la discrecional resolución por el Juez, conforme al art. 68 del C. Civ., redactado por Ley de 2 mayo 1975 (RCL 1975\913 y NDL 10141 nota), no deje de influir, circunstancialmente como uno de los factores a tener en cuenta, el que a la salud o incluso la vida de la menor, pueda estar afectada, de quedar al cuidado de la madre, de no poder ser objeto de una transfusión de sangre si ello fuera necesario, dadas las normas sobre ello de las creencias religiosas de ésta, lo que salva la recurrida sentencia, acordando que la custodia de la hija menor de dicho matrimonio quede encomendada al padre, resolviéndose sobre las medidas procedentes, en relación con esta patria potestad, en ejecución de sentencia, pues aunque es declarada inocente la madre lo es en relación a los malos tratos de palabra y de obra inferidos por el marido, pero cuya conducta en nada es contraria en cuanto*⁴³

La sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao de 14 de octubre de 1987⁴⁴ desestima el recurso planteado por el padre en el que pretendía la guarda y atribución de la custodia de sus tres hijos menores a la madre por realizar actividades pseudoreligiosas⁴⁵.

⁴³ FJ. Único.

⁴⁴ La Ley (T. 1988-1), Ref. 8220, págs. 418-419.

⁴⁵ “(...) la actora en confesión judicial, ha declarado haber acudido a realizar prácticas y técnicas de meditación trascendental, y posteriormente seguir las enseñanzas de la denominada Escuela de Fe, que ella entiende es una religión o

La sentencia de la Audiencia Provincial de León de 7 de junio de 1994⁴⁶ señala que: *“no podemos olvidar que, en efecto, ni se juzga aquí la religión o ideas religiosas que profesa la esposa (testigo de Jehová), pues ello pertenece a su privacidad haciendo un uso de su derecho constitucional a la libertad religiosa, ni además existe, practicadas en autos, prueba que acredite suficientemente la pretendida desatención por parte de la esposa a sus deberes conyugales y familiares, pues su asistencia a los servicios religiosos o actividades de esa índole se limita 2 ó 3 tardes a la semana, durante unas 3 horas, ... Tampoco constan justificadas las alegaciones acerca de que las creencias religiosas de la esposa tratan de ser impuestas por ésta a los hijos menores así como que pueden las mismas serles muy perjudiciales, si bien habrá de tenerse en cuenta que, como bien dice la sentencia recurrida, la patria potestad queda atribuida a ambos progenitores, debiendo éstos valorar de forma conjunta y responsable, con el necesario apoyo de expertos, cuál puede ser la orientación religiosa que den dar a la educación de sus hijos, hasta que éstos puedan elegir libremente, evitando en todo momento actividades hostiles o discriminatorias y siendo ésta la línea que igualmente deben adoptar en algún otro punto posiblemente conflictivo (como puede ser el relativo a sometimiento de alguno de sus hijos a transfusiones de sangre, en el caso de que sea necesario), aunque en este punto deberá tenerse en cuenta a la esposa, la cual va a conservar la guarda y custodia de los hijos menores, que tienen obligación de poner en*

puede ser considerada como religión, mas es lo cierto que las actividades e inclinaciones religiosas, pseudos-religiosas o sectarias de la citada parte, amparadas en el principio constitucionalmente consagrado de libertad ideológica, religiosa y de culto. art. 16 CE, y de acuerdo con el principio de igualdad ante la Ley. art. 14 CE que prescribe las discriminaciones por razón de nacimiento, raza, sexo, religión opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, no determinan por sí solas la privación del ejercicio de la patria potestad o de la no asignación de la guarda o custodia de los hijos”, FJ.2º.

⁴⁶ AC/1994/1124.

LA INFLUENCIA DE LAS CREENCIAS RELIGIOSAS EN LA ATRIBUCIÓN
DE LA CUSTODIA

conocimiento de su esposo cualquier hecho que en tal sentido pueda afectar a los hijos menores... ”⁴⁷.

En este mismo sentido, la Audiencia Provincial de Almería en sentencia de 14 de junio de 1999⁴⁸ desestima el recurso planteado por el padre que pretendía que la guarda y custodia de sus hijas menores fueran privadas a la madre por pertenecer a los testigos de Jehová⁴⁹. En un supuesto análogo la Audiencia Provincial de Salamanca en sentencia de 14 de julio de 1999⁵⁰ declaró que: *“la condición religiosa (testigo de Jehová) que profesa la madre no puede erigirse per se en causa de privación de la guarda y custodia de la hija menor, pues ello significaría una vulneración del derecho individual de carácter fundamental a la libertad religiosa ideológica y de culto ex art.16 CE, que no encuentra más limitación que el orden público protegido por la Ley, así como los arts. 8 y 14 del Convenio Europeo de los*

⁴⁷ FJ 2º.

⁴⁸ AC/1999/1365

⁴⁹ “No asiste razón a la parte recurrente. La juzgadora «a quo» en su acertada Sentencia, determinó, conforme ya venía siendo mantenido desde la Sentencia dictada en Autos de separación matrimonial, de 3 de octubre de 1993, seguidos con el núm. 399/1993 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 9 de Almería, acorde con el Convenio Regulador suscrita por los cónyuges; en él, Estipulación Segunda, se establecía que las hijas al matrimonio continuaría bajo la patria potestad de ambos cónyuges, pero quedaría bajo el cuidado de la madre, con la que convivirían.

El que la madre tenga sus propias convicciones religiosas no puede ser causa de privación de un derecho, en cuanto viene amparada por el contenido del artículo 14 de la Constitución Española (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) y lo contrario supondría una discriminación vedada por nuestra Carta Magna, y por tanto la ilegalidad del acuerdo si no estuviera fundado en otra causa diferente que supusiera un perjuicio para la educación y cuidado de las menores. Es más, aquella alegada causa no puede ser mantenida por quien, conociendo las creencias religiosas de la demandada a la fecha del convenio regulador estuvo conforme con dicha estipulación.

En consecuencia, no existiendo prueba alguna que muestre la necesidad de privar a la madre de la custodia de las hijas para considerar que la misma pudiera ir en contra del interés, formación y cuidado de las mismas, procede mantener tal extremo de la Sentencia, como así fue solicitado por el Ministerio Fiscal y la parte recurrida” FJ. 3º.

⁵⁰ AC 1999/6511.

Derechos Humanos, relativos respectivamente a los derechos a la vida familiar y al derecho a la igualdad sin discriminación alguna, entre otras causas por razón de religión, así como el art. 27 CE, que garantiza el derecho de los padres para que los hijos reciban una formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones... ”⁵¹.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de septiembre de 1999, en la que la madre de un hijo menor surgido de una unión no matrimonial pretende la privación de la patria potestad al padre por profesar la religión musulmana se pone de manifiesto que *“es necesario acreditar sin ningún género de dudas que el ejercicio de ese derecho de culto no menoscaba la seguridad, la salud o la formación integral de los hijos, es obvio que la conclusión no puede ser otra que la de afirmar que la religión no es causa, per se para privar a ninguno de los progenitores de la patria potestad.*

Téngase en cuenta que no se aporta ni un solo dato, ni una sola prueba, que nos permita afirmar que el ejercicio de tal derecho, que las costumbres que se tienen para cumplir con las obligaciones religiosas, el hábito diario o permanente de quien profesa tal religión haya incidido de modo negativo en el desarrollo del hijo menor y al margen de las opciones de futuro que para éste en su momento deban de reservársele.

(...) En suma, no habiendo acreditado a quién debería hacerlo, conforme a la obligación que le impone el art. 1214 del Cc., que existan circunstancias graves relacionadas con el ejercicio de un derecho de culto que perjudiquen el desarrollo y formación del menor ni tampoco que el apelado esté incurso en las causas señaladas en el art. 170, por incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, se está en el caso de desestimar este motivo del recurso y mantener al apelado en la función que se establece en los arts. 154 y concordantes Cc. y en

⁵¹ FJ 2º.

*la misma posición de igualdad de deberes que corresponde al otro progenitor*⁵².

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 22 de febrero de 2005⁵³ resuelve un recurso en el que el padre apelante, de religión musulmana, en consonancia con lo que dispone el art. 92, en relación con el 91, del código civil, interesa la guarda y custodia del menor se le atribuya a él, así como el ejercicio exclusivo de la patria potestad; aduciendo como la existencia de malos tratos de que, supuestamente, es objeto el menor por parte de la madre, así como la conveniencia de que sea educado en las creencias religiosas del padre. La Sentencia declara que: *“Y si no hay evidencia alguna de los pretendidos malos tratos, el respeto que ha de merecer la convicción religiosa del actor ha de ir parejo con el que, en su caso, han de merecer también las creencias religiosas de la demandada, porque así está constitucionalmente refrendado (art. 16. 1 CE), que consagra el principio de libertad religiosa, sin que el hecho de que, por ahora, la guarda y custodia se atribuya a la madre, quiera decir que necesariamente se le prive al actor de inculcar al menor sus sentimientos religiosos, pues no en vano se ha establecido un amplio régimen de visitas que le permitirá tener continuos y prolongados periodos de convivencia, con lo que se compatibilizaran los deseos del actor con los de la demandada, caso de que ésta decida inclinarse por otro credo; sin que sea permisible aceptar la expresión que se contiene en el hecho tercero de la demanda en cuanto que el actor “no puede permitir que su menor hijo sea educado en otra religión que no sea la suya”, cuando esa postura intransigente choca frontalmente con el citado principio constitucional.*

Y en armonía con lo anterior, estableciéndose, como se dice, un amplio régimen de visitas, se estima improcedente que, además, el mismo se extienda a todas las fiestas islámicas, “sea

⁵² FJ. 3º.

⁵³ JUR/2005/135049.

cual fuere la fecha en que se produzcan", según reza también el apartado b) del suplico de la demanda"⁵⁴.

6. BREVE REFLEXIÓN FINAL

Podemos concluir que las consideraciones religiosas sólo será determinante en la atribución de la custodia en casos excepcionales y siempre que se trate de preservar el interés del menor, evitando toda discriminación hacia el progenitor perteneciente a una religión no popular o simplemente ateo o agnóstico. Un Estado laico no puede entrar en consideraciones religiosas y, por tanto, los motivos religiosos o ideológicos no pueden constituir de ordinario causa de atribución de la custodia, sino más bien de su no atribución, de la limitación de régimen de visitas o, en su caso, de la privación de la patria potestad, pero siempre en interés del hijo menor; teniendo en cuenta que, para privar a un progenitor de la custodia, de la patria potestad o del régimen de visitas por motivos religiosos, es preciso que exista una sentencia judicial que establezca la ilegalidad de la confesión. No obstante, en ocasiones las creencias religiosas del menor con suficiente capacidad natural deberán ser tenidas en cuenta en la atribución de la custodia cuando se prevea que la convivencia con uno de los progenitores puede constituir un impedimento para el ejercicio autónomo de la libertad religiosa.

⁵⁴ FJ. 1º.