



TREBALL DE FINAL DE GRAU

GRAU EN DRET

CURS 2017-18

**LÍMITS DELS PROGENITORS A L'ENSENYAMENT RELIGIÓS DELS SEUS FILLS
MENORS**

Autor: Jaume Fabregat Farnell

Tutor: Josep Maria Martinell

Data: 31 de maig de 2018

DECLARACIÓ D'AUTORIA I ORIGINALITAT

Declaro que sóc l'autor/autora d'aquest treball. El seu contingut és original i totes les fonts utilitzades han estat degudament citades sense incórrer en frau o plagi.

En cas contrari, conec i accepto les mesures disciplinàries o sancionadores que corresponguin d'acord amb la normativa aplicable.

Lleida, a 31 de maig de 2018.

RESUM

Treball de Final de Grau que es dirigeix a la investigació dels límits que tenen els progenitors respecte al dret d'educar als seus fills menors d'acord a les seves creences. Com que no es tracta d'un dret absolut, i com que a més s'ha d'exercir atorgant progressiva llibertat al menor, que és titular del dret de llibertat religiosa, aquest estudi pretén abordar la problemàtica d'aquests límits en el marc del conjunt de factors en els quals s'exerceix aquest dret amb limitacions, com són l'edat del menor o el seu entorn familiar. Aquest estudi s'inscriu en l'àmbit del dret espanyol, que inclou la incidència de convenis internacionals, així com de la jurisprudència que fa al cas, tractant de buscar solucions que ajudin a entendre i a millorar les relacions jurídiques dels progenitors i dels seus fills en aquesta matèria.

AGRAÏMENTS

Agrair al professor Josep Maria Martinell per haver-me aconsellat al llarg d'aquest treball i per haver fet molt més del que el seu deure li exigeix. Tanmateix, agrair a la professora Maria Teresa Areces per haver-me facilitat algunes fonts sense les quals no hagués pogut dur a terme aquesta recerca.

PARAULES CLAU

Potestat parental, límits dels progenitors, drets del menor, interès del menor, llibertat religiosa, llibertat d'educació.

ÍNDIX

I. Objectius del present TFG	3
II. La llibertat religiosa i l'ensenyament	3
2.1. Breu anàlisi de l'article 16 CE.....	3
2.2. Vincles de l'art. 16 amb els arts. 27.3 y 39 CE.....	6
III. Les religions dins l'ordenament jurídic espanyol	11
3.1. Plantejament.....	11
3.2. Acord de l'Estat amb la FEREDE.....	13
3.3. Acord de l'Estat amb la FCI.....	15
3.4. Acord de l'Estat amb la CIE.....	15
3.5. Altres lleis de referència: el dret a l'Educació, la modificació del sistema de protecció a la infància i a l'adolescència i la Convenció dels Drets del nen.....	16
3.6. Confrontació amb els principis de la CE.....	19
3.7. Les confessions amb notori arrelament a Espanya.....	20
IV. Tutela del menor	20
Vulnerabilitat del menor respecte la llibertat religiosa en l'esfera familiar	
Homescholling	20
4.2. Influència sobre el menor en Centres Educatius.....	22
4.3. Autonomia real del menor.....	24
V. Dret canviant	25
5.1. L'edat del menor.....	25
5.2. Maduresa.....	26
5.3. L'Exercici del dret del menor en relació amb l'interès del menor.....	30
5.4. Escollir religió pròpia.....	30
5.5. La capacitat d'obrar amb relació a l'edat.....	31
5.6. La interpretació del article 162 CCE.....	34
5.7. Desacords entre progenitors.....	35
VI. Conclusions	37
VII. Bibliografia i webgrafia	38

I. Objectius del TFG

Són objectius del present treball:

- a) Indagar quin és el límit de la facultat que tenen els progenitors en l'ensenyança religiosa dels seus fills i filles en virtut de l'article 27.3 CE
- b) Determinar les confrontacions que poden tenir les religions amb més reconeixement a Espanya i els drets fonamentals reconeguts en la Constitució Espanyola, norma suprema de l'ordenament jurídic espanyol.
- c) Mostrar jurisprudència que pugui mostrar l'evidència de transgressió de drets fonamentals.
- d) Obtenir informació sobre els centres docents i com respecten el seu deure d'ensenyament religiós sense sobrepassar el seu àmbit d'actuació.
- e) Valorar quins canvis giren entorn de la llibertat religiosa del menor a mesura que va creixent.

II. La llibertat religiosa i l'ensenyament

Per poder iniciar la cerca dels límits que tenen els progenitors per adoctrinar als seus fills menors primer hem d'investigar sobre aquells articles que recull la constitució espanyola pel que refereix a llibertat religiosa, els deures dels poders públics respecte dels menors i com afecten aquests deures als progenitors que gaudeixen de llibertat d'ensenyament.

2.1. Breu anàlisi de l'article 16 CE

Article 16 CE

1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

L'article 16 regula 2 aspectes que estan estretament relacionats entre si tot i que tenen una identitat pròpia; parlem de la llibertat ideològica i la llibertat religiosa.

Com a tal, la llibertat religiosa està reconeguda en la constitució en l'article 16 i desenvolupada amb més detall en la llei orgànica 7/1980 de 5 de juliol (en endavant LOLR), llei responsable de l'esclariment de l'autèntic abast de la llibertat religiosa i una gran ajuda per reflectir la posició de l'Estat envers la llibertat religiosa.

El dret a la llibertat religiosa permet professar les creences religioses que cadascú cregui de forma "lliure"; aquesta llibertat situa a tots els individus que la gaudeixen en la mateixa línia davant la llei doncs en el primer article de la LOLR s'especifica que cap creença religiosa serà motiu de discriminació o desigualtat davant la llei, ni tan sols seran motiu suficient per impedir el desenvolupament d'un treball o càrrec públic.

En un segon pla, la llibertat religiosa incorpora el dret a practicar actes de culte (actes de culte inclou rebre assistència religiosa, poder commemorar les festivitats i celebracions pròpies de la religió, no ser obligats a practicar cap ritual de culte que no vulguin voluntàriament), d'aquesta manera qualsevol pot practicar els actes propis de la seva religió o inclús obtenir assistència religiosa de la religió que professi. Amb el dret a practicar actes de culte també es recull el dret a no ser obligat a practicar actes o rebre assistència religiosa aliena a les conviccions pròpies.

Mentre que l'acte de culte d'una determinada creença és un concepte conegut, potser no ho és tant el de l'assistència religiosa tot i haver-hi una descripció escassament extensa en la LOLR referent a ambdós conceptes.

Segons María Moreno Antón¹, l'assistència religiosa equivaldria a rebre assistència espiritual i, per tant, tenir suport en el conjunt d'activitats i serveis que les Confessions prestin als fidels per satisfer les seves finalitats religioses. Des d'una vessant més jurídica-estatal, la professora Moreno creu que l'assistència religiosa consisteix en l'activitat de mediació per part de l'Estat en els casos de conflicte amb motiu de les complicacions que pot tenir un individu al manifestar la seva llibertat religiosa, no per la religió en si sinó per la subjecció especial de l'individu amb l'Estat. En conclusió, l'Estat d'acord amb articles com el primer o el novè CE (tenint en compte també l'art. 16 CE) té

¹ María Moreno Antón, *La assistència religiosa en España*, p. 1. Disponible a: http://www.imdee.com/descargas/archivos/02_11_20_350.pdf (Últim accés 04.05.2018).

el deure de garantir el dret a assistència religiosa, remouent els obstacles que aquesta pugui trobar-se, a través de la creació de condicions que facin possible el seu lliure gaudi.

És en aquest segon pla que ja es comença a incloure la idea de l'autonomia en l'elecció de religió. La llibertat religiosa protegeix la llibertat individual de tothom a decidir i, en conseqüència, el dret de si participa o no en les celebracions de cultes, a través de dos punts; en el primer punt determina la garantia del dret a "rebre i impartir" ensenyament religiós de tot tipus; en especial aquest punt inclou l'elecció d'una educació religiosa vinculada a les mateixes conviccions dels pares (primer punt que connecta l'article 16 amb el 27.3 CE), i, segon punt, queda determinat el dret a reunir-se i poder dur a terme manifestacions públiques d'acord a les finalitats de la religió².

Per poder obtenir una protecció adequada és fàcil apreciar doncs la gran varietat de normes que consagren el contingut de l'article 16. Per al tema objecte del treball ens interessa, apart de la Constitució i la LOLR, el pacte internacional de Drets civils i polítics (on es contempla el dret dels pares a què els fills rebin l'educació religiós i moral que estigui d'acord a les seves pròpies conviccions, recollit en l'article 18) i la jurisprudència constitucional que proclama la llibertat religiosa com a immune davant les coaccions de l'Estat o altres grups socials.

Finalitzant la introducció de l'article 16, en el marc del treball, s'han de tenir present els límits de la llibertat religiosa, assenyalats a l'art. 3 de la LOLR. Aquets límits vénen determinats d'una banda, per la protecció d'altres valors jurídics a protegir dintre de la societat, (*protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática*) (art. 3.1.). i d'altra banda, el derivat del propi àmbit conceptual i d'actuació de la llibertat religiosa (*Quedan fuera del ámbito de protección de la presente Ley las actividades, finalidades y 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*) (art. 3.2).

² STC 117/1996.

Els límits abans esmentats són els que recull la LOLR en l'article tercer però com tants altres punts de la Constitució Espanyola els límits tenen també la seva profunditat; d'acord un treball de Francisco M. García Costa de la UDM sobre *Los limites de la libertad religiosa en el derecho español*³ hi ha diversos tractats internacionals ratificats per Espanya que incorporen més límits a la llibertat religiosa dels contemplats en la Constitució Espanyola. En l'article 16 CE queda mercat el límit "pel manteniment de l'ordre públic protegit per la llei" i també en l'article 10.1 "el respecte als drets dels demés" com fonament de l'ordre polític i la pau social, no obstant, amb els tractats tenim les justes exigències de la moral, el benestar general, la salut pública, la seguretat pública, en definitiva una sèrie de límits que s'afegeixen i els quals la doctrina espanyola va voler en el seu moment decidir sobre si es podien incloure en els límits de la Constitució Espanyola o no. Per poder resoldre sobre la qüestió plantejada es va haver de pronunciar el Tribunal constitucional en la sentència 62 de 1982 del 15 d'octubre en la que és va recalcar que "aquells límits a l'exercici de llibertats públiques que estiguin únicament en els convenis internacionals que Espanya hagi ratificat hauran d'aplicar-se d'acord a l'article 10.2 CE en la mesura que no vulnerin el contingut del dret emmarcat pel mateix article".

En conclusió, la llibertat religiosa queda emmarcada en l'article 16 CE i desenvolupada a través dels vuit articles i quatre disposicions de la LOLR i principalment es reconeix, per mitja d'aquestes lleis, el dret de tot individu a escollir lliurement les creences religioses que estiguin d'acord a les pròpies conviccions i el dret a practicar els actes propis de la religió tot i els límits estipulats en l'article 3 de la L.O.R.L., en els articles 10.1 i 16 CE i amb aquells límits que estiguin contemplats en els convenis internacionals ratificats per part de l'Estat Espanyol.

2.2. Vincles de l'art. 16 amb els arts. 27.3 i 39 CE

Article 27.3 CE

27.3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

³ Francisco M. García Costa, *Los límites de la libertad religiosa en el estado español*, UDM, 2007, N°. 16, 2007, p.201. Disponible a: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2562416> ISSN-e 0120-8942 (Últim accés: 05.05.2018).

L'article 27 de la Constitució està estructurat amb diversos apartats que regulen no solament el dret dels pares perquè els fills rebin la formació religiosa i moral que estigui d'acord amb les seves conviccions sinó també la llibertat d'ensenyança. Amb això s'aconsegueix que l'Estat no s'apoderi del monopoli de l'ensenyament i a tals efectes reconeixem que qualsevol particular pot ensenyar ja sigui dins o fora un centre educatiu.

El *quid* de la qüestió és fins a quin punt l'apartat 3 de l'article 27 no transgredeix altres drets fonamentals; com el propi apartat 2 del mateix article descriu "l'ensenyança tindrà per objecte el desenvolupament de la personalitat humana". Davant el reconeixement de l'ensenyança per poder afavorir a l'individu, ¿s'haurà tingut en compte que si són els progenitors els que escullen la religió del seu fill no s'està fent altra cosa que condicionar la personalitat del menor cap a un itinerari predisposat pels seus respectius progenitors?

Tractarem d'analitzar el contingut de l'article 27 CE i els lligams que l'uneixen amb altres articles de la Constitució Espanyola.

L'article 27.3 permet la lliure decisió de l'assistència a classe de religió, elegir quina religió. No s'ha de confondre ensenyança de la religió amb l'orientació religiosa de l'ensenyança (l'Estat garanteix l'ensenyança de religió en el centres públics però no es pot extreure d'aquesta pretensió una conclusió com que l'Estat amb motiu del 27.3 CE hagués d'encarar tota l'ensenyança a una determinada religió) en aquest sentit el professor Iván C. Ibán⁴ determina que l'ensenyança religiosa únicament incorpora en els plans d'estudi la presència d'una assignatura que pretengui exposar de forma racional una religiosa concreta. L'ensenyament en centres públics no es veu afectada per una determinada religió o no queda emmarcada entorn de una determinada creença sinó que es practica en un context acadèmic l'ensenyança d'una assignatura que té com a matèria principal una determinada religió.

El que queda clarament determinat en la constitució és el dret que tenen els progenitors a ser assistits amb la finalitat que els seus fills rebin una educació religiosa adequada a les seves conviccions; ara bé, hi ha drets que poden delimitar l'article 27.3 CE, drets que marquen un segment en l'amplitud de la llibertat concedida als progenitors.

⁴ Ana Isabel Ribes Suriol, *El derecho de los padres a la formación religiosa y moral de sus hijos: sentido y alcance*, p.3. Disponible a: <https://www.uv.es/revista-dret/archivo/num1/pdf/anaribes.pdf> (Últim accés: 05.05.2018).

Segons Ana Isabel Ribes⁵, els límits legals a la llibertat dels progenitors per exercir el poder que els hi atribueix l'article 27.3 CE queden enumerats en diversos articles; el segon punt de l'article 27 CE reconeix el dret del menor a rebre una educació integral que li permeti el correcte desenvolupament de la personalitat humana en el respecte de principis democràtics de convivència i als drets i llibertats fonamentals, l'article 6 de la Llei Orgànica 1/1996 de 15 de gener de Protecció Jurídica del Menor estableix que “*el menor té dret a la llibertat ideològica, consciència i religió, l'exercici dels drets que dimanen d'aquesta llibertat només té les limitacions prescrites per la llei i el respecte dels drets i les llibertats fonamentals dels altres, els pares o tutors tenen el dret i deure de cooperar perquè el menor exerceixi aquesta llibertat i així contribuir al seu desenvolupament integral*”; d'altra banda, no queda regulat en Espanya una edat pugui exercir lliurement la llibertat religiosa a diferència del que passa a les legislacions italianes i portugueses⁶.

És així doncs que tenim un dret reconegut i límits igualment contemplats però no tan concisos i, en alguns casos, determinats conceptes poden donar lloc a confusió interpretativa com és el cas abans exposat de l'ensenyança i l'orientació.

L'article 27.3 CE incorpora les paraules “*la formación religiosa y moral que esté de acuerdo a sus propias convicciones*”; aquestes han sigut esclarides e interpretades per diferents autors a fi de desvelar que podem extreure d'acord al article 27 CE.

Segons Martínez Blanco⁷, l'article 27.3 CE no s'ha d'interpretar únicament com una forma d'ensenyança de la religió sinó que el concepte “formació” té una magnitud suficientment gran com per englobar també una formació de tipus religiós i moral. En la mateixa vessant González Del Valle diu que el tema de l'ensenyança religiosa obliga a veure l'ensenyament des d'una perspectiva moral i al mateix temps religiosa.

El Tribunal Constitucional no ha guardat silenci en la tasca d'esclarir el vincle que uneix la llibertat d'ensenyança amb la llibertat religiosa. Segons la sentència de 13 de febrer de 1981⁸, el Tribunal Constitucional considera que el dret dels progenitors a escollir la formació moral i religiosa que desitgin pels seus fills és conseqüència del dret a

⁷ Ana Isabel Ribes Suriol, *El derecho de los padres a la formación religiosa y moral de sus hijos: sentido y alcance*, València., 2004. Disponible a:

<https://www.uv.es/revista-dret/archivo/num1/pdf/anaribes.pdf>, p.2 (Última accés: 07.05.2018).

⁸ STC 5/1981, de 13 de febrer de 1981, F.J. 7.

l'ensenyança; així mateix, el Tribunal Suprem en sentències com la del 11 de juliol de 1980 o la de 18 de gener de 1983 no fa altra cosa que reafirmar la teoria del Constitucional. En conclusió, l'article 27 CE és un article amb molt de contingut susceptible d'esser vinculat amb altres drets la qual cosa dificulta poder acotar el seu abast.

Hi ha una petita apreciació respecte de l'article 27.3 CE en relació amb l'article 2.1 de la LOLR. La idea és que l'article 2.1 reconeix el contingut individual de tota persona a elegir per a si i per a menors no emancipats o incapaços baix la seva dependència i fora de l'àmbit escolar, la educació religiosa i moral que estigui d'acord a les seves conviccions. El conflicte versa sobre si estem davant dos drets diferents o bé estem en un dret regulat a través de dues vies, ¿l'article 2.1 pot significar un dret reconegut per la satisfacció dels interessos propis dels pares i no dels fills?

Hem de tenir present que el deure d'ensenyança dels pares en vers els fills és il·limitat, no queda reduït ni a l'àmbit familiar ni al àmbit escolar sinó que busca una coherència entre els diversos àmbits que han de ser tots aprofitats al màxim per poder donar una correcta educació.

Miguel Angel Asensió fa servir l'article 154 CC com a solució per resoldre el problema; d'una banda el deure que s'estén a l'educació dels fills per part dels pares queda recollit al 154 CC com una obligació derivada del dret reconegut a l'article 27.1 CE i també reconeixent la sanció si s'incomplís amb el deure en l'article 226 CP (és delictes la no escolarització del menor, l'incompliment dels deures educatius poden ser motiu de privació de la pàtria potestat art 170 CC) per això podem dir que hi ha un deure d'ensenyament però en cap cas existeix un precepte que sancioni l'incompliment dels progenitors d'educar als fills religiosament i transmetre'ls-hi la fe, a diferència de l'educació, no hi ha tal deure jurídic.

La conclusió que s'acaba traient és que el dret a l'educació religiosa dels menors que està en el 2.1 de la LOLR és un dret que els pares poden o no exercir, ja que no és una obligació sinó un dret, per tant és un dret dels pares a satisfer els seus interessos al marge del menor.

L'article 27.3 CE refereix a la llibertat d'ensenyança que els pares exerceixen quan trien en àmbit escolar una determinada educació religiosa, que no és llibertat religiosa o ideològica encara que estan molt vinculats. Segons el Tribunal Constitucional "la llibertat d'ensenyança que explícitament reconeix la constitució a l'art 27.1 pot ser entesa com

una projecció de la llibertat ideològica i religiosa i del dret a expressa els pensaments idees u opinions que també garantien els preceptes constitucionals”.

El que és vol ressaltar fent la comparativa de la CE amb la LOLR és l'ensenyament institucionalitzat amb l'ensenyament fet dins el nucli familiar, ja que la LOLR permet l'ensenyança dins i fora dels centres docents; es tant potent l'article 2.1 de la LOLR que legitima als progenitors a exigir als poders públics que els seus fills no rebin una educació diferent de la que se'ls dona en el nucli familiar.⁹

Article 39 CE

39. 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

L'art. 39 CE es centra completament amb la protecció de la institució familiar. Aquest precepte ha sigut desenvolupat a través de lleis com la 11/1981 de 13 de maig en matèria de filiació, pàtria potestat i regim jurídic del matrimoni o bé la 30/1981 de 7 de juliol amb la que es modifica la regulació del matrimoni en el Codi Civil Espanyol, per referir-nos només alguna legislació estatal més representativa. A diferència dels altres dos articles, aquest no té una gran incidència amb els aspectes del menor en el panorama de la llibertat religiosa; tracta amb molt més cura els deures assistencials dels progenitors envers els seus fills i en l'àmbit dels menors es fa valer amb lleis com la Llei Orgànica de Protecció

⁹ Miguel Angel Asensió Sánchez, *Interés del menor y derecho a la educación*, València, 2017, p. 127.

jurídica del menor que ha estat reformada per la Llei Orgànica 8/2015 de 22 de juliol i la Llei 26/2015 de 28 de juliol.¹⁰

Tot i l'escassa vinculació amb la llibertat religiosa, l'article 39 CE deixa veure alguns matisos respecte dels drets fonamentals i els altres articles de la constitució; l'art. 39.4 CE determina el deure de protegir la infància d'acord amb els tractats internacionals que vetllaran pels seus drets (com la Declaració del nen de l'Assemblea de Nacions Unides de 20 de novembre de 1989); no obstant el Tribunal Constitucional ha puntualitzat que els poders públics podran adoptar mesures que donin lloc a tractes desiguals amb la finalitat de protegir la infància sense que necessàriament s'estigui transgredint el dret reconegut en l'article 14CE.¹¹ De la mateixa manera, els drets reconeguts en l'article 20.4 CE sobre la llibertat d'expressió també quedaran limitats davant la protecció a la infància¹².

III. Les religions dins l'ordenament jurídic espanyol

3.1. Plantejament

Per poder parlar de com la Constitució Espanyola protegeix a les religions que al mateix temps atempten contra els seus drets fonamentals, s'han de tenir en compte les lleis 24/1992 25/1992 i 26/1992 de 10 de novembre a través de les quals s'aproven els acords de cooperació de l'Estat amb les diverses confessions religioses com ara la Federació d'Entitats Evangèliques d'Espanya, la Federació de Comunitats Israelites d'Espanya i la Comissió Islàmica d'Espanya, ens plantejem si realment es respecta el principi d'igualtat en relació als acords de 1979 amb la Santa Seu.

Per començar cal una visió dels acords de la Santa Seu de 1979; aquests acords es van firmar el 3 de gener de 1979 amb el Vaticà i es divideixen en quatre: el primer acord va ser en matèria d'assumptes jurídics; el segon acord va ser sobre ensenyança i assumptes culturals; el tercer acord era sobre l'assistència religiosa a les Forces Armades i el Servei

¹⁰ La Llei Orgànica 8/2015 va dotar l'interès del menor d'una rellevància i continguts específics; l'interès del menor es un concepte general (Observació General n.14, de 29 de maig de 2013 del Comitè de Nacions Unides sobre els Drets del nen). D'altra banda, la Llei 26/2015 reforça les institucions de protecció dels infants i adolescents regulant mitjans d'atenció immediata entre les quals podem trobar la regulació de competència de les entitats públiques per la protecció dels menors espanyols en un país estranger.

¹¹ STC 55/94.

¹² SSTC 49/84 y 62/82.

Militar de clercs i religiosos, i finalment el darrer acord versava sobre assumptes econòmics.

Dels quatre acords el que toca més de prop el tema de l'ensenyament és l'acord sobre "Enseñanza y asuntos culturales", acord en el qual l'Estat reconeix el dret fonamental a l'educació religiosa, matèria en la què ha ratificat tractats internacionals, i l'església haurà de coordinar la seva missió educativa respectant l'actuació dels mestres, els alumnes i les seves famílies que queden protegides per les llibertats civils en aquesta matèria.

El primer article de l'acord comença limitant l'educació que poden rebre els fills, perquè l'educació que poden rebre els menors d'edat ha de respectar el dret fonamental dels pares en l'educació moral i religiosa dels fills en l'àmbit de l'escola. En aquest sentit, els pares tenen una base legal en la qual se'ls hi reconeix un dret que actua amb primacia respecte l'obligació que té l'Estat d'impartir una educació religiosa, l'Estat Espanyol està obligat a donar una ensenyança religiosa adequada però sempre s'ha de mantenir en un segon pla pel qual refereix a l'ensenyament religiós que els pares vulguin oferir als seus fills. D'un altra banda, el segon apartat de l'article preveu que l'educació religiosa impartida en els centres serà respectuosa sempre en l'ètica cristiana; aquest és un punt que canvia la forma en que els pares tenen dret a decidir sobre l'educació religiosa dels seus fills en l'àmbit escolar doncs en tot moment l'educació haurà de respectar l'ètica pròpia de la religió cristiana.

L'acord preveu que pels diferents nivells educatius¹³ sempre hi haurà l'opció d'estudiar la religió catòlica, opció no obligatòria i que en cap cas serà objecte de discriminació entre en l'escola i també és cert que cap professor està obligat a impartir l'ensenyança religiosa.

Davant aquesta situació, podem arribar a pensar que la força que exerceix l'església catòlica sobre els centres educatius pot arribar a ser un obstacle suficientment poderós com per retenir el desenvolupament religiós d'un menor en la creença que ell desitgi. En aquest aspecte la Jurisprudència del Tribunal Constitucional Espanyol i del Tribunal Europeu de Drets Humans d'Estrasburg determina que el dret dels pares a que els fills rebin una educació religiosa i moral d'acord a les seves conviccions és un dret de llibertat que prohibeix a l'escola impartir continguts curriculars de caràcter adoctrinador que entrin en conflicte amb les creences dels progenitors.

¹³ Ens referim als nivells de Educació Preescolar, de Educació General Bàsica i de Batxillerat Unificat Polivalent, al igual que també s'inclouen els graus de FP.

Un cop tenim aquesta presentació dels acords amb la Santa Seu, veurem com són els acords de cooperació de l'Estat amb les Entitats religioses pertinents.

3.2. Acord de l'Estat amb la FEREDE

La llei 24/1992 sobre l'acord de l'Estat amb la Federació d'Entitats Religioses Evangèliques d'Espanya des del cinquè paràgraf de l'Annex garanteix l'ensenyança religiosa evangèlica en els centres docents.

Es determina en la llei que es garanteix tant als alumnes com als progenitors, o inclús als Òrgans de govern que així ho sol·licitin, l'exercici del dret que tenen els alumnes a rebre una ensenyança religiosa evangèlica en centres docents ja siguin públics o privats (els privats podran impartir la religió evangèlica sempre que aquest fet no entri en conflicte amb el centre) a tots els nivells d'educació ja sigui infantil, primària o secundària. La llei pretén que tot quedi regulat amb la finalitat de dur a terme l'article 27.3 CE del qual ja hem parlat, però també ho fa per donar efectivitat a la L.O. 8/1985 del 3 de juliol Reguladora del Dret a l'Educació i a la L.O. 1/1990 de 3 d'octubre de l'Ordenació General del sistema educatiu.

Segons ens disposa l'article 10 de la llei, les esglésies que corresponguin de conformitat amb la Federació d'Entitats Religioses Evangèliques d'Espanya seran les que decidiran els continguts de l'ensenyament en religió evangèlica i els llibres de text que versin sobre aquesta religió; en aquest sentit, els progenitors no tenen cap mena de poder decisiu per poder escollir el "com" es transmet la religió, no parlem d'un aspecte limitador material sinó d'un aspecte limitador formal.

Partint de la base que els pares són lliures per poder decidir l'ensenyament religiós dels seus fills, ja tenim una sèrie de característiques més que limiten la forma en què la religió es transmet de qui ostenta la creença fins a qui la rebrà finalment:

En primer lloc els pares no poden escollir el professor, no voten a través de sufragi amb la finalitat de participar en la designació del mestre responsable d'impartir la religió evangèlica; en segon lloc no poden escollir els llibres de text dels quals es farà ús per impartir classe i finalment no trien el contingut de la matèria; abans hem dit que aquest article emmarca un concepte limitador formal doncs la matèria sí que la poden escollir lliurement els pares, tot i així el fet de no poder escollir quin és el contingut pot considerar-se com un límit de caràcter material.

A part de les lleis sota les quals es fa efectiva l'ensenyança religiosa evangèlica, existeix l'Ordre de 28 de juny de 1993 per la que és disposa la publicació dels currículums d'ensenyança religiosa evangèlica¹⁴ corresponent a Educació Primària, educació Secundària Obligatòria i Batxillerat també fa una funció força esclaridora respecte l'abast que té el dret dels progenitors. Tal com es recull en el primer annex, els pares poden elegir lliurement, entre els diversos models d'ensenyament religiós que ofereixen les diverses confessions, aquell que creguin més adient. El poder dels progenitors és una manifestació del caràcter plural que exigeixen les famílies al sistema educatiu, però determinar quin tipus de formació religiosa reben els seus fills no significa que aquests confessin aquesta religió.

El fet que l'ensenyament religiós estigui confeccionat de la forma en que es contempla preveu que els plantejaments propis de l'ensenyança siguin posats en dubte pel receptor d'aquest ensenyament. Aquests preceptes són fruit de la naturalesa innata de la religió evangèlica doncs l'evangeli predica per a tot ser humà la seva llibertat d'elecció pel que refereix a la seva relació amb el creador. Estem davant una mostra de com la religió deixa en mans als progenitors de la decisió que possibilitarà l'execució d'un model educatiu o no davant l'alumnat sense que el mateix alumnat pugui intervenir de forma manifesta.

Per acabar, en els aspectes que proporciona la religió evangèlica hi ha una petita diferència en la redacció dels currículums d'ensenyança religiosa evangèlica segons si estem tractant Educació Primària o pel contrari tractem un grau superior (ja sigui Secundària o Batxillerat), doncs en els currículums de l'educació primària el respecte als drets i llibertats fonamentals queda enfocat a la llibertat que tenen els pares de decidir la confessió dels fills mentre que els currículums de ensenyament religiós que pertocuen a l'Educació Secundària Obligatòria aquestes llibertats i drets s'emmarquen en la capacitat que tenen els alumnes, o els pares, a exercir la formació religiosa i moral que desitgin¹⁵. En aquest punt, no només és deixa veure la possibilitat de l'alumne per decidir ell mateix la religió que vol aprendre, sinó que disposa en un segon pla el paper dels pares, i la referència als pares gairebé ja no està present en el currículum de l'ensenyament religiós evangèlic del batxillerat, en el qual el respecte de les llibertats i drets fonamentals queda

¹⁴ Els currículums tenen un contingut d'ensenyament específic, designat en els Reals Decrets 1006/1991, de 14 de juny; 1007/1991, de 14 de juny, y 1178/1992, de 2 de octubre.

¹⁵ "Pues bien, no hay mejor ocasión en la que se pueda demostrar este respeto a los derechos y libertades fundamentales que cuando el alumno (o sus padres) puede ejercer el derecho que posee a elegir la formación religiosa y moral que desee". Annex II de l'Ordre de 28 de juny de 1993, desè paràgraf.

centrat en el poder del alumne per exercir el dret que posseeix a escollir la formació religiosa i moral que desitgi.

El fet que els tres currículums (primària, secundària i batxillerat) hagin estat redactats amb moltes característiques en comú fa pensar que detalls els anteriors tinguin un significat que el legislador no ha acabat de precisar; ens podríem atrevir a pensar que l'actuació del progenitor comença a ser innecessària a partir de la Secundària i resultaria pràcticament indiferent quan el alumne entres en estudis superiors; però, per desgracia, no hi ha res en la llei que ho disposi de forma tant expressa i, a part de la inexistència d'un precepte determinant, en cap moment cessa la forma reiterada en que els currículums recorden que l'ensenyança religiosa evangèlica es basa en la capacitat dels pares per exercir el seu dret fonamental.

3.3. Acord de l'Estat amb la FCI

La descripció de l'acord entre l'Estat i la FEREDE és molt similar al de l'estat i la FCI, acord constituït segons la llei 25/1992 a 10 de novembre . Efectivament, a l'igual que amb l'ensenyança religiosa evangèlica, els alumnes i pares o inclús els òrgans escolars de govern que així ho sol·licitin tindran l'exercici del dret que refereix als fills per rebre ensenyança en religió Israelita, ja sigui en centres públics o privats. De la mateixa manera, els pares aquí tampoc poden elegir el contingut de la matèria o els llibres de text, de fet totes les idees generals sobre l'ensenyament són si més no una còpia del primer acord entre l'Estat i la FEREDE sense els punts que es determinen en l'Ordre del 1993 que afecta únicament a la religió evangèlica.

Tot i aquesta similitud entre acords, a diferència de l'Acord d'Espanya amb la FEREDE la FCI no ha precisat a través de cap llei posterior cap canvi pel què respecta a alumnes o pares segons si aquests estan cursant estudis primaris, secundaris o superiors. Evidentment, aquest és un aspecte que queda al marge dels acords però és important ressaltar el fet en el qual la religió evangèlica ha volgut, amb motiu del contingut inherent a la seva religió, crear textos legals que permeten deixar entreveure un canvi pel que respecta als drets dels pares o fills segons el grau escolar en el que es troben.

3.4. Acord de l'Estat amb la CIE

El darrer i últim acord entre l'Estat i una confessió religiosa és entre l'Islam i Espanya, consagrat en la llei 26/1992.

En aquest cas continua presentant similituds amb els dos primers acords; es nota que els tres van ser redactats el mateix 10 de novembre, però també té una distinció.

Pel que respecta al dret que tenen els pares i els alumnes en general no hi ha cap incís a fer, ja que acabariem tractant el mateix que hem vist en els dos anteriors acords (excepte el cas de la FEREDE amb motiu de la seva ordre singular). A l'igual que la FCI el recull de currículums d'acord als drets que pertocuen als alumnes i pares segons si estem en Educació Primària, Educació Secundària o Batxillerat no queda determinat en cap llei posterior a la de 1992 ni en la mateixa llei del tractat.

Vists els tres acords, el que podem deduir és que la religió que més ha avançat en la determinació dels drets de l'alumne i el Progenitor ha sigut l'evangèlica, fent ús de fonaments que es troben en la mateixa part interna de la seva religió i exterioritzant-los en l'Ordre del 1993, doncs el govern espanyol¹⁶ va publicar en el BOE els currículums a petició de la FEREDE.

3.5. Altres lleis de referència: el dret a l'Educació, la modificació del sistema de protecció a la infància i a l'adolescència i la Convenció dels Drets del Nen

Abans d'entrar amb els problemes que sorgeixen dels principis fonamentals recollits en la CE, s'ha de dir que hi ha altres normes que afecten l'educació dels menors; la llei orgànica 8/1985 de 3 de juliol reguladora del dret a la Educació, la llei 26/2015 de 28 de juliol que modifica el sistema de protecció a la infància i a l'adolescència, la LO 8/2015 de 22 de juliol també modificadora del sistema de protecció a la infància i a l'adolescència i finalment la convenció dels drets del nen ratificada per l'Assemblea General en la seva resolució 44/25 del 20 de novembre de 1989.

La llei 8/1985 reguladora del dret a l'Educació posa de manifest al llarg de tota la llei que la religió serà una assignatura específica dins un bloc d'assignatures que l'alumne haurà de cursar; no totes les assignatures sinó un mínim que dependrà del cicle educatiu en el qual es trobi a l'igual que es sotmetrà a l'oferta que proporcioni el centre educatiu. Entre algunes de les assignatures específiques que preveu la llei apart de la religió tenim Dansa, Filosofia, Música o Educació Audiovisual; en aquesta llei també queda determinat el dret dels pares mares o tutors legals per decidir si el menor cursarà religió de entre les altres

assignatures tot i que a partir de la ESO ja és pot veure que l'alumne pot decidir en última instància si vol cursar la religió en comptes d'altres assignatures com ara les abans mencionades, els alumnes han de cursar matèries del bloc d'assignatures específiques i continua: *“Religión, o Valores Éticos, a elección de los padres, madres o tutores legales o, en su caso, del alumno o alumna.”*

Tant la llei 26/2015 modificadora del sistema de protecció a infants i adolescents com la LO que regula la mateixa matèria s'estenen poc pel que refereix al dret dels pares respecte dels seus fills. En la llei 26/2015 només es determina un precepte pel que fa a la religió; aquest és redactat com una obligació de l'àmbit social que afecta a tots els civils e inclús als menors. La societat ha de respectar la religió dels demès com qualsevol altra circumstància personal; pel contrari, la LO 8/2015 es mostra diferent, ja que intenta determinar l'abast de conceptes que fins ara semblaven difuminar l'esfera de drets del menor¹⁷. La LO en el seu article número dos regula què s'ha d'entendre per interès superior del menor amb lo qual s'acaba el torrent d'interpretacions que suscitava la falta d'una apropiada definició; per una banda el menor té dret a què quan s'adopta una mesura que l'afecta personalment els seus interessos hagin sigut prèviament avaluats i ponderats amb la resta d'interessos involucrats; d'altra banda si pel motiu que fos una disposició jurídica es pogués interpretar de maneres diferents, sempre s'acabarà optant per la interpretació que millor respongui als interessos del menor; i finalment, quan parlem de limitar la capacitat d'obrar dels menors hem de fer una interpretació restrictiva deixant que sempre i quan sigui possible el menor pugui obrar en l'exercici dels seus drets i ponderà l'interès superior del menor.

Per acabar, tenim la convenció dels Drets del Nen, que fa una enumeració del que entenem pels drets a aplicar a tots els nens menors de divuit anys tret dels què per llei hagin arribat a la majoria. Aquesta llei dona una ordre directa a tots els Estats Part per respectar els drets que la llei estableix i la seva deguda aplicació a tots els nens que es sotmeten a la seva jurisdicció independentment a la religió o a les condicions dels seus pares i/o representants legals; és en el segon apartat del article 2 que s'estableix el deure que tenen els Estats Parts de prendre mesures en les situacions punitives o discriminatòries amb motiu de les opinions o creences dels seus pares, tutors o familiars. Entenent que l'esfera

¹⁷ La llei ordinària és òbviament més detallada i extensa que la Llei orgànica i que els acords i instruments internacionals ratificats per l'Estat tals com la convenció de la ONU sobre drets del nen de 20 novembre de 1989, la convenció de La Haya per a la protecció del nen i la cooperació en matèria d'adopció internacional.

del menor inclou un àmbit de protecció contra accions alienes fonamentades en les creences dels pare. Són els Estats els qui han de vigilar als progenitors i són els mateixos progenitors els que no poden castigar als seus fills amb motiu de les creences religioses que ells professin.

En aquest darrer incís crec que el legislador estava pensant en aquelles situacions en que el menor fos víctima de tractes degradants amb motiu de professar la creença religiosa que el seu progenitor li ha transmès. No obstant també podem veure-ho com una defensa ferma contra el progenitor que efectivament vol imposar la seva creença religiosa. Encara que el menor no vulgui professar la religió que li és transmesa a través de la família, els progenitors no poden adoptar cap tipus de resposta punitiva ni discriminadora. En el cinquè article de la mateixa convenció s'imposa un cop més el deure que tenen els Estats de respectar els drets i deures que tenen els Pares o altres membres de la família per dirigir al nen perquè pugui exercir els drets reconeguts en la convenció. En aquest sentit l'Estat té un poder molt més limitat que el dels pares per poder protegir una correcta orientació del nen, d'ençà que el nen neix, és inscrit i adopta una nacionalitat que ja compleix tots els requisits per ser cuidat pel seu progenitor, però òbviament els pares tenen un contacte més proper que l'Estat no pot bloquejar. La resta de les disposicions redactades en la convenció no ajuden en el sentit de dotar d'autonomia al menor d'edat.

S'hauria de poder fer una abstracció objectiva dels drets i deures que emanen de la convenció, però des del meu punt de vista ens equivoquem i som contradictoris al disposar d'una banda dels drets inherents a l'interès superior del menor i d'altra banda un deure per part dels estats a inculcar als nens el respecte als seus pares, el respecte a la seva identitat cultural amb tot el que això comporta sumant-hi els valors nacionals del país en el qual viu. Quan ens fixem en la redacció de la convenció podem justificar aquestes obligacions amb raó de preparar el menor per poder assumir una vida responsable dins la societat, però, per molt que s'intenti difuminar, aquí estem admetent que és totalment legítim inculcar als nens els coneixements dels pares per la seva cultura e identitat i aquests no seran objectius, sinó que es faran al que els progenitors creguin convenient i d'acord a les vivències personals dels mateixos pares.

No garantim altra cosa que un model ambigu que permet als pares obra amb llibertat per penetrar l'autonomia del nen, que es veu molt menys regulada.

3.6. Confrontació amb els principis de la CE

Ens preguntàvem si els acords són respectuosos amb el principi de la igualtat i els diferents articles de la CE.

Els acords a l'haver estat aprovats per les Corts Generals i publicats en el B.O.E. formen part de l'Ordenament Jurídic Español, recordar que l'acord entre España i la Santa Seu sobre ensenyament i assumptes culturals ¹⁸regula les condicions per assegurar la igualtat en l'exercici del dret a l'educació religiosa en centres escolars.

Hi ha nombroses sentències que mostren l'actitud del TC a no admetre la inconstitucionalitat dels acords, sobretot el d'assumptes jurídics. Algunes sentències que il·lustren la possible conflictivitat del article 24 CE amb l'acord sobre assumptes jurídics són STC 1/81 de 26 de gener, la ATC 789/87 de 24 de juny o la sentència 66/82¹⁹; en aquesta darrera sentència el TC deixa caure la possible inconstitucionalitat de la segona disposició transitòria de l'acord d'assumptes jurídics dient *“este tribunal no debe, sin haber sido requerido por los órganos constitucionales previstos, entrar en el examen de la supuesta contradicción cuando ningún órgano judicial ha planteado cuestión constitucional ni tampoco la ha solicitado las partes”*. Queda clar en aquest sentit com pot arribar a ser d'irrellevant la confrontació dels drets reconeguts amb els respectius acords ja que sempre i quan no és facin ús dels mecanismes que tenim per defensar les nostres llibertats no s'avançarà mai, dit d'un altra manera, en cap disputa pels drets que respecten als menors i als seus progenitors es farà una inspecció profunda dels acords i la seva legalitat.

Quant als arguments que els hi són favorables als acords en vers els articles fonamentals de la CE tenim diverses sentències en les quals el TC aprofita per establir jurisprudència que doni evidències sobre la possible compatibilitat entre la CE i els acords; entre les sentències tenim la STC 187/91 sobre un recurs per inconstitucionalitat sobre l'Acord sobre ensenyament i assumptes culturals. En la sentència esmentada el TC determina que l'Acord té plena cobertura constitucional i a part és el mitja ideal per poder desenvolupar l'article 27 de la CE i afegeix també que amb el suport de l'article 16.3 els poders públics hauran de tenir en compte les demés creences religioses de la societat espanyola.

¹⁸ STC 187/91 de 3 d'octubre de 1991 F.J. 4.

¹⁹ Rafael Rodríguez Chacón, ob. cit., p. 55.

3.7. Les confessions amb notori arrelament a Espanya

Apart de les confessions amb els acords hi ha confessions que tot i no haver aconseguit unir-se als acords tenen una certa representació en l'Estat Espanyol, és el que coneixem com a confessions amb notori arrelament.

El notori arrelament és un estatus jurídic que tot culte religiós pot demanar al govern d'Espanya, tot i així els requisits per poder tenir accés al notori arrelament queden designats al Real Decret 593/2015 de 3 de juliol pel qual es regula la declaració de notori arrelament de les confessions religioses a Espanya. Actualment tenim el notori arrelament de 7 confessions dins del territori Español; al 1984 els jueus i els evangèlics, al 1989 els musulmans, al 2003 es va reconèixer la Iglesia de Jesucrist dels sants dels últims dies, els testimonis de Jehovà van ser reconeguts en 2006, al 2007 es va reconèixer el budisme i al 2010 es va reconèixer l'església ortodoxa. De totes les confessions amb notori arrelament només els jueus, evangèlics i musulmans han arribat als acords de cooperació.

En aquest sentit, val a dir que a Espanya podríem separar les religions entre les que estan en els acords, les que tenen notori arrelament i les que tot i no tenir notori arrelament estan inscrites al RER, ara bé d'acord al TC el mandat que estableix els acords de cooperació és dirigeix indistintament a les religions amb notori arrelament i les inscrites. La rellevància escau en què aquestes religions que no tenen notori arrelament sí poden afectar als menors d'edat, com a exemple tenim l'assistència religiosa que se li pot oferir als menors als centres penitenciaris, assistència que no necessita acords de cooperació per esser efectuada ²⁰.

IV. Tutela del menor

4.1. Vulnerabilitat del menor respecte la llibertat religiosa a l'esfera familiar Homescholling

²⁰ Dionisio Llamazares Fernández, *Laïcitat, sistema d'acords i confessions minoritàries a espanya*", Revista catalana de dret públic, núm. 33, 2006, disponible a: <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/viewFile/2109/n33-llamazares-ca.pdf> P.16 (últim accés: 15.05.2018).

El homescholling tracta de l'educació a casa del menor i és un dels temes que planteja problemes pel que fa a l'interès del menor a l'haver de deixar en mans dels progenitors el deure que encomana l'article 27.2 CE.

Alguns creuen que l'ensenyança bàsica obligatòria és la defensa de la constitució, l'obligació de l'ensenyament queda emmarcada en l'article 27.4 CE per poder garantir el compliment del dret a l'educació de l'article 27.1 CE; tot i així, l'escolarització obligatòria afecta als menors de entre 6 i 12 anys, fora d'aquests límits no hi ha obligació reconeguda en la CE i el Alt Tribunal confirma que l'article 27.4 CE no promou l'escolarització obligatòria.

En tot cas el que ens plantejem és la idoneïtat del homeschoolling per satisfer l'interès del menor, la sentència del TC 260/1994 de 3 d'octubre disposa com el dret a la llibertat religiosa dels pares i per tant qualsevol manifestació entre les quals es troba la llibertat d'ensenyament té com a límit el dret dels menors a rebre una educació integral. El homeschoolling com a sistema d'educació segons el TC al ser susceptible de diversos controls no hi ha cap problema amb que és duguï a terme, no obstant en els centres educatius també es garanteix el lliure desenvolupament de la personalitat en el marc d'una societat democràtica i a casa aquest desenvolupament no pot ser objecte de control; en les cases la socialització dels alumnes es perd i el menor és un blanc més fàcil per l'adoctrinament que s'obra camí amb una educació desencaminada a fer prospera el desenvolupament de la personalitat. Donats els arguments anteriorment citats crec que constituint un límit a la llibertat dels progenitors el Alt Tribunal opta per limitar els drets educatius paternals rebutjant el model de l'educació a casa, donant preferència a l'escolarització.

Per finalitzar, la sentència del Tribunal Constitucional 133/2010 mostra el TC dona arguments a favor de l'escolarització en vers els recurrents que exigien l'ús del principi de proporcionalitat per poder resoldre el conflicte de drets amb l'escolarització; el primer argument és que el Tribunal considerà que els pares només es fixen en la transmissió de coneixements sense tenir en compte com pot el sistema d'escolarització obligatòria complir amb aquestes funcions de forma més adequada, en segon lloc el Tribunal encara que entén el límit que suposa pels pares l'escolarització obligatòria no impedeix en cap moment que l'exercici de la seva funció educadora fora del àmbit escolar i l'últim

argument del tribunal és que els progenitors poden en tot moment crear un centre docent.²¹

4.2. Influència sobre el menor en Centres Educatius

Hi ha molta polèmica al considerar la llibertat com incompatible amb altres principis i drets; i si en un centre educatiu hi ha un determinat símbol religiós per exemple llavors l'estat estaria respectant el seu deure de ser imparcial, en aquest cas no estaria ni compliment amb el seu deure de facilitar l'assistència religiosa i permetre una correcta formació religiosa en els centres docents. El text de l'art. 27.3 CE no es refereix expressament a l'ensenyament de la religió, sinó a la formació religiosa i moral, raó per la qual no se'n pot derivar automàticament la necessitat que s'imparteixi la classe de religió a centres públics. L'única justificació de l'ensenyament estaria a l'art. 27.3, però sense que es pugui deduir d'aquest que el dit ensenyament s'hagi d'establir necessàriament.

El dret a la llibertat religiosa no esgota el seu contingut en l'autonomia de creences dels seus titulars sinó que protegeix l'exteriorització d'aquests actes, els quals no poden ser coaccionats pels poders públics.

Quan el dret a la llibertat religiosa protegeix un espai d'autodeterminació espiritual i aquest és un espai que queda subjecte a la religió s'està reconeixent la facultat per realitzar els actes imperatius (els que deriven necessàriament de la religió que es professa), o no fer allò que vagi en contra d'aquesta creença. Les coaccions dels poders públics únicament estarien presents en casos que les exterioritzacions xoquin amb altres drets fonamentals reconeguts o amb l'ordre públic.

Els poders públics²² i concretament l'administració autonòmica de Catalunya en l'exercici de les seves potestats i després d'haver efectuat la declaració de desempara assumeixen la tutela legal d'uns menors i desposseeixen de la pàtria potestat als seus pares fonamentant les mesures adoptades en l'amenaça que podia representar per la salut física i mental dels nens la seva permanència en una secta tinguda per destructiva i sobre les activitats les quals estaven donant lloc a diligències penals.

²¹ Miguel Ángel Asensio Sánchez, ob. cit., p. 146.

²² STC 260/1994

La llibertat d'ensenyança ha sigut tractat constitucionalment de forma específica en les sentències com la 5/81 de 13 de febrer en la qual es va resoldre recurs d'inconstitucionalitat contra la Llei Orgànica del Estatut de Centres Escolars o la 77/85 de 27 de juny que versava sobre un recurs d'inconstitucionalitat contra el projecte llei de llei orgànica reguladora del dret a l'educació.

El TC va desenvolupant el article 27 CE que implica el dret a crear institucions educatives i exercir la funció com a professor dins les instal·lacions d'acord al seu càrrec corresponent. Cal remarcar que sentència 77/85²³ el fet que no hi hagi un límit constitucional al article no significa que no pugui existir pel reconeixement d'un altre dret de forma constitucional o legal.

El poder per decidir sobre un ideari o sobre el caràcter que ha de mantenir un centre educatiu forma part de la llibertat de crear centres educatius, això passa al marge del poder que tenen els pares a elegir la formació religiosa dels fills. El dret dels centres no és un dret instrumental al servei del dret que ostenten els pares, de la mateixa manera que dret a crear ideari per part dels centres no és veu limitat pels aspectes religiosos de la activitat educativa.

Els centres docents no són directament un recolzament al dret que ostenten els pares envers als seus fills ja que no estan fets amb aquest objectiu, el TC senyala que els centres públics de qualsevol grau a través de la llibertat de càtedra tenen un contingut negatiu pel qual els mestres quan ensenyen no poden basar la seva docència en una orientació ideològica determinada.

El professor ha de ser i és lliure com a part d'un centre que ja té un ideari, el professor és lliure per desenvolupar la seva activitat però la seva llibertat no li permet posicionar-se, dirigir atacs contra el ideari. El ideari no només es una pauta a seguir per part dels centres docents sinó que és un límit més al dret dels progenitors.

Els progenitors elegeixen lliurement un centre públic pels seus fills sabent que els centres tenen un ideari concret, són els propis pares els que estan obligats a no pretendre que el menor segueixi activitats contradictòries a l'ideari encara que si poden legítimament adoptar decisions que no puguin considerar-se contraries a l'ideari d'acord a un criteri objectiu²⁴. Per poder entendre l'abast de l'ideari tenim la sentència 5/81 que determina

²³ Rafael Rodríguez Chacón, *El factor religioso ante el Tribunal Constitucional*, p.63 Madrid 1992.

²⁴ Rafael Rodríguez Chacón, ob. cit., p 67.

com un sistema jurídic i polític que es basa en el pluralisme, la llibertat ideològica i religiosa de l'Estat exigeix que totes les institucions, sobretot els centres docents, siguin neutrals ideològicament. La neutralitat en si no impedeix d'entrada l'organització en els centres docents de les "ensenyances de seguiment lliure" per reforça el dret dels pares a elegir pels seus fills la formació religiosa i moral d'acord a les seves conviccions. La neutralitat exigida als centres queda determinada en la LOECE i així s'exposa com una obligació de renúncia a qualsevol adoctrinament ideològic, es la forma que té el legislador de compensar a les famílies que lliurement han escollit un centre per no haver pogut assistir a altres centres docents d'una orientació ideològica determinada degut a circumstàncies adverses.²⁵

4.3. Autonomia real del menor

La llibertat religiosa és susceptible de tenir una aplicació relativa; el seu exercici enfront de tercers condiona l'abast de la protecció que ostenta el titular de la llibertat fonamental. El dret fonamental dels creients serà més o menys poderós en funció dels perjudicis de l'exercici d'aquest dret respecte de tercers; és pren una gran rellevància de les conseqüències que puguin tenir aquests actes derivats de l'exteriorització de creences i igualment el grau d'afectació d'aquests esdeveniments sobre les conviccions i actuacions de les persones sobre les quals és projecten.

A la llum de la sentència 141/2000 del Tribunal Constitucional de 29 de maig queden determinades les bases per establir el nivell d'adaptació per part de la llibertat religiosa quan altres facultats del dret queden desplegades davant de tercers. *"Des del moment que les seves conviccions i la adequació de la seva conducta a les mateixes s'exterioritza afectant a tercers el creient no podrà emparar-se en l'article 16.1 CE per defensar que tot límit a el seu comportament constitueix una restricció de la seva llibertat infractora del precepte constitucional mencionat"*. En conclusió, el dret que protegeix al subjecte per poder creure sense que altres tercers interrompin aquest dret i essent aquest mateix dret limitat per la coexistència amb altres drets de igual importància no és una protecció

²⁵ ATC 359/85 de 29 de maig: "tienen la obligación los poderes públicos de no imponer coactivamente el estudio de una confesión ideológica o religiosa determinada, al menos con contenido apologético y no puramente informativo" F.J.3

que s'hagi d'entendre com un pretext per manifestar la teva religió i així condicionar la voluntat de tercers que no volen ser participants d'una creença.

Algunes sentències²⁶ deixen entreveure el problema de la vulnerable personalitat del menor amb temes com el proselitisme (conjunt d'activitats que es duen a terme per guanyar adeptes a la causa d'una persona u organització). El proselitisme lícit és aquell que correspon a la transmissió del testimoni religiós per mitjà de les paraules i això és una facultat que forma part del dret a manifestar la pròpia religió. No obstant, ens podem trobar amb un proselitisme de tipus abusiu sempre que hi hagin ofertes de tipus materials o socials amb motiu de la pressió exercida en aquelles persones més vulnerables a fi d'obtenir nous membres.

El problema es dirigeix als menors quan analitzem el poder dels dos grups, els que difonen la seva creença i els que la reben; la llibertat de consciència permet a grups o individus poder difondre públicament les pròpies creences però al mateix temps assisteix als individus per adherir-se de forma voluntària i conscient. Al TEDH li preocupen els menors d'edat perquè són individus en formació, i té en compte aquells que més fàcilment poden tenir una influència sobre el menor com per exemple els progenitors o els que tenen atribuïda la guàrdia i custodia.²⁷

V. Dret Canviant

5.1. Edat del menor

En la llei orgànica 1/1996 del 15 de gener sobre Protecció Jurídica del menor, en l'article 6 s'estipula el dret i deure dels pares a cooperar perquè el menor desenvolupi el dret que

²⁶ Sentència del TEDH de 24 de febrer de 1998, (140/1996/759/958-960), "cas Larissis" contra Grècia. Citada per Ana Valero Heredia, *Constitución, Libertad Religiosa y Minoría de edad*, València, 2004, p. 43.

²⁷ Rosa M^a Ramírez Navalón, *Patria potestad y educación religiosa de los hijos menores*, p. 53. Disponible a: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?pid=S2070-81572015000100006&script=sci_abstract,ISSN2070-8157 (últim accés: 20.05.2018): "frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el interés superior de los menores de edad."

té a la llibertat de “ideologia, consciència i religió”, i és determinant el fet que la llei no recull en cap punt una edat concreta en la que el menor pugui començar a exercir aquest dret per ell mateix.

Amb el menor d’edat sempre tindrem el problema de no saber en quin moment pot exercir per ell mateix aquest dret i en quines condicions. Les regles generals de la capacitat d’obrar no operen pel que es refereix als drets de la personalitat. En aquest sentit, segons l’article 162.1 CC no hi haurà necessitat de representació legal dels actes relatius als drets de la personalitat del fill si aquest té suficients condicions de maduresa; el legislador clarament ha predisposat un sistema en el que impera el criteri casuístic, de manera que la capacitat del menor respecte del dret personalíssim de llibertat religiosa i de consciència vindrà determinada per la maduresa o capacitat que es necessiti segons els actes que es volen executar.

Si ve hem dit que la llei no marca una edat pel menor, això no implica que en alguns casos la llei no pugui determinar un mínim d’edat per aquell menor que vulgui dur a terme actes relacionats amb l’exercici de la llibertat religiosa, però ara per ara no hi ha res determinat en la llei. Alguns autors com Rosa Maria Ramírez pensen en l’edat de 12 anys, ja que aquesta és l’edat en què als nens se’ls hi permet donar la seva opinió per quan als assumptes que li escauen. De tota manera no és una edat absoluta perquè normalment, per exemple en seu judicial, l’audiència dels menors s’estableix als 12 anys, o en el moment que es consideri que el menor té prou maduresa.

També es podria pensar en una edat més elevada en funció de la naturalesa de l’acte que es vol dur a terme. Per exemple, encara que no queda determinat en cap llei seria possible que si el menor d’edat vol inscriure’s en una organització religiosa diferent a la dels progenitors és podria marcar com a mínim els 14 anys si apliquem analògicament el criteri de l’article 3.b de la LODA²⁸.

5.2. Maduresa

Ja hem comentat en els primers apartats com el poder dels progenitors es fonamenta en els articles 27 CE i 39 CE, tot i així la pretensió de l’autonomia familiar no pot evitar l’existència de principis inherents a l’ordenació de la convivència (llibertat, dignitat,

²⁸ Art. 3 b de la LODA :“se exige el consentimiento documentalmente acreditado de los representantes para que los menores de catorce años puedan pertenecer a asociaciones ordinarias”.

igualtat). En aquest sentit, hi ha una crítica per la doctrina sobre la imprecisió o indefinició en textos legals²⁹ del principi pel qual protegem l'interès superior del menor. El fet que sigui un concepte jurídic indeterminat provoca alguns riscos com poden ser legitimar l'actuació abusiva dels que ostenten la pàtria potestat o els actes mateixos dels poders públics que poden afirmar o negar els drets del menor. En aquesta línia, part de la doctrina³⁰ no entén com l'article 27 queda recollit en forma de dret fonamental dirigit als pares per poder educar als seus fills en comptes de entendre com el que és, un dret instrumental que queda a disposició dels progenitors que únicament existeix pel dret a l'educació que subjectivament correspon al menor d'edat.

Dret a la llibertat religiosa del Menor, els problemes que planteja” segons María Cebrián García.

El procés pel qual és pren consciència de la llibertat que ostenta el nen va començar amb la Declaració dels Drets del nen de 1924, al 1946 és va crear la UNICEF i més endavant al 20 de novembre de 1959 hi va haver l'aprovació de la Declaració de Drets del Nen i a l'any 1989 és va firmar la Convenció sobre Drets del Nen.

Com ja hem dit anteriorment, en la convenció Internacional de dret del Nen es van determinar diversos conceptes, entre ells l'interès superior del menor i la definició de “nen”, tot i així del conveni s'extreu una idea més precisa. D'una banda, tenim fixat en els divuit anys el camí que separa l'adult del nen, però la llei dels Estats pot relativitzar el període que compren la edat en la qual un subjecte és “nen” ja que aquesta podrà estar modificada dependent de les circumstàncies (edat per contreure matrimoni o edat penal per exemple).

Si s'analitza la normativa (nacional i internacional) referent al dret dels menors, segons alguns autors hi ha una tensió constant entre, d'una banda, el reconeixement de l'autonomia del menor com a subjecte titular dels drets que li corresponen en funció del principi d'interès superior del menor, i d'altra banda el deure de protecció que deriva dels

²⁹ Art. 3 convenció sobre els Drets del Nen de 1989 i Art. 2 de la LO 1/1996 de protecció jurídica del menor.

³⁰ Postura defensada per Verónica Puente Albucilla, *Minoría de edad, religión y derecho*, Ministerio de Asuntos Sociales, 2001, ISBN: 9788478509904, pp. 50 a 65, que afirma l'existència d'un límit respecte el poder que tenen els pares per exercir el seu dret quan el menor sigui capaç d'exercir-lo per ell mateix, donant a entendre que el menor és l'autèntic titular del dret. Els pares estan obligats a realitzar una funció educativa; no obstant aquesta obligació quedarà condicionada a la maduresa del menor que eventualment serà qui exercirà el dret per si mateix.

poders paterns que recauen sobre el nen. La qual cosa té a veure amb el poder dels que ostenten la pàtria potestat i és que ells no perden ni veuen minvat el seu poder conferit com a titulars d'aquesta potestat.

Gràcies a ella, els pares tenen el deure de ser els guies en l'exercici dels seus drets, conforme vagin evolucionant les seves facultats. El deure dels progenitors és de "guiar"; per tant, el dret que obtenen per ser titulars de la pàtria potestat no és un dret per suplir el dret de llibertat religiosa de menor, ningú pot exercir el dret de llibertat religiosa en nom del menor.

A la jurisprudència ens trobarem amb alguns casos de com el menor exerceix el seu dret segons l'edat i maduresa corresponents. La sentència del TC 154/2002 de 18 de juliol contempla un cas en que un jutge va haver de determinar exactament fins a quin punt la llibertat religiosa era inalterable quan aquesta va entrar en conflicte amb altres drets constitucionals dels tercers. La resolució va acabar determinant que el menor podria exercir lliurement el seu dret a la llibertat religiosa si d'aquesta actuació poguessin derivar conseqüències per la seva pròpia salut³¹.

Aquest és un autèntic límit al poder dels progenitors; l'alt Tribunal en el cas de la sentència 154/2002 del menor d'edat va entendre que en els seus últims moments el menor va decidir exercir una sèrie de drets fonamentals, entre ells, la llibertat religiosa i a la integritat física. Si tenim en compte tots els antecedents, podem afirmar que en aquells casos en els quals és detectat un nivell de maduresa per tenir judici de forma autònoma els progenitors no seran responsables pel deure que els ocupa a vetllar per la vida i salut del menor d'edat. Estimar l'autonomia suficient de judici per part del menor acaba provocant la prioritització del dret de la seva llibertat religiosa en front a la seva vida i simultàniament els progenitors queden rellevats del seu deure de velar per la vida i salut del menor al seu càrrec entenent que aquest ja té suficient maduresa com per no necessita l'ajuda dels seus progenitors.

³¹ STC, Recurs de empara 3468/97. Va ser un cas d'uns pares que tenint sota el seu càrrec un menor de 13 anys, formant part de la religió "Testimonis de Jehovà", van perdre el seu fill que no volia rebre una transfusió de sang. En principi els pares van ser acusats penalment tot i que més tard la AP de Huesca va fallar a favor dels d'aquests pares per considerar que no se'ls podia exigir una conducta contrària a la seva consciència religiosa i a les seves ensenyances. El TS volia condemnar als pares per delictes d'homicidi per omissió en els deures que els hi són pertinents però van ser absolts en una sentència posterior, així ho disposa la STS de 27 de juny de 1997.

Tenint en compte la rellevància de l'interès superior del menor no podem considerar que les conviccions dels progenitors puguin justificar discriminacions en matèria d'assignació o privació de la custòdia dels menors, per il·lustrar aquest cas ens centrarem amb el Cas Hoffmann i la sentència del TEDH. En aquest cas el TS d'Àustria va privar de la pàtria potestat a la demandant i ella al·lega haver-hi una discriminació amb motius religiosos, la senyora Hoffmann va acudir al TEDH entenent que havia sigut privada de la seva potestat segons una discriminació del seu dret a la vida familiar, en aquest cas el TEDH va coincidir amb la demandant, ja que segons la sentència no hi havia proporcionalitat entre el mitjà utilitzat i el fi perseguit tenint en compte les restriccions que hauria de suportar la senyora Hoffmann; els vots particulars de dos jutges³² van determinar que els jutges no tenien en compte la religió de la dona sinó els efectes que podria tenir pels menors adherir-se a aquesta religió (en el cas Hoffman seria Testimoni de Jehovà). Dit això el TEDH va haver d'acudir a la sentència Hoffmann per poder resoldre un cas similar, el cas Palau Martínez contra França, en el que s'estimava una vulneració de la llibertat de creences dels pares quan aquests es veuen privats de la guàrdia i custòdia dels seus fills menors d'edat. El cas Martínez es presenta com una situació de una parella que discuteix sobre la custòdia però després d'anar a judici li donen al pare perquè la mare era Testimoni de Jehovà, el problema és que fins que va haver judici els nens vivien amb la mare per ordre judicial prèvia. El TEDH critica el cas perquè s'ha de tenir en compte l'interès superior del nen no obstant és vol fer valer una diferència de tracte no justificada basada en les consideracions generals de la religió de la mare.

En primer dels casos és pren la decisió tenint l'interès del menor com a referent màxim, en el segon cas podem apreciar un fallo que pren com a eix principal la religió d'una persona i en segon lloc l'interès del menor. Podem extraure com a conclusió l'existència d'un vincle entre la pàtria potestat i el poder que tenen els pares a exercir el seu dret de educar als fills, els deures inherents a la pàtria potestat limiten o condicionen els interessos dels progenitors; si la educació que s'imparteix no permet el lliure desenvolupament de la personalitat del menor es crearà una situació de vulnerabilitat al menor que serà suficient com per permetre a l'entitat pública corresponent assumir la tutela legal.

³² Ana Valero Heredia, ob. cit., p. 63.

Els casos esmentats en el seu conjunt deixen entreveure com el “factor religiós” no és rellevant alhora de justificar la privació de pàtria potestat als pares, els progenitors tenen un tracte favorable pel que respecta a la seva autonomia sempre que no provoquin perjudicis a les facultats educatives dels menors, tot i així la restricció de la llibertat de creences dels pares o la limitació d’algunes comunitats religioses a les quals estiguin ells mateixos és veurà atenint al perill que puguin suposar per la protecció dels drets del menor, tenint en compte que en determinades situacions s’adopten mesures per garantir la vida i la integritat del menor.

5.3. L’Exercici del dret del menor en relació amb l’interès del menor

D’acord a una sentència del Tribunal suprem de 17 de setembre de 1996, l’interès superior del menor és un principi inspirador de tot allò relacionat amb ell i vincula al jutge, als poders públics i a pares o ciutadans; els menors d’edat són els titulars dels drets que se’ls hi confereixen, dret que podrà exercir de forma progressiva, al mateix temps que els poders públics i ciutadans o els propis pares tenen l’encàrrec d’adoptar les mesures pertinents a l’edat del nen i així construir de forma progressiva el control que aquest té sobre la seva situació personal.³³

Maria Cebrián determina que l’interès del menor tot i ser un dret que ostenta el nen no el pot exercir per si mateix, sinó que seran els encarregats d’actuar en nom del menor els que s’han de preocupar per dur a terme l’exercici del seu dret; aquesta afirmació deixa en una posició de desavantatge al menor, ja que em constituït un dret que ell per si sol no pot exercir.

5.4. L’autonomia respecte dels pares

Reconèixer el dret a la llibertat religiosa del menor en la convenció del 89 és un pas que demostra com poc a poc és forma un camí destinat a dotar d’autonomia al menor per exercir el seu dret, l’edat és un altra qüestió.

³³ Maria Cebrián, *Constitución y libertad...* cit. p. 138: “En alguns dels estats que formen part de la convenció, sobretot els islàmics, no es reconeix el dret infantil de escollir religió”. És en el propi article 5 del text legal que s’instaura el deure dels estats parts de respectar la orientació que els nens rebin dels pares tot i que aquest respecte ha d’estar sotmès a dues condicions: primer és tindrà en compte l’evolució del menor i després l’orientació no podrà mai arribar a ser tant estricta com per arribar a una coacció”.

La convenció del 89 tot i determinar diversos conceptes que fins aquell moment eren indeterminats no disposa cap precepte determinant de l'edat a partir la qual un nen abans d'arribar a la majoria d'edat pot exercir els drets dels que és titular independentment de l'actuació dels progenitors. El text de la convenció estableix que els Estats Part garantiran al nen del dret a expressar la seva opinió de forma lliure en tots els afers que l'afectin, sempre que primer estigui en condicions de formar-se un judici propi.

El fet que s'estigui admetent la possibilitat d'exercir drets de forma autònoma per part del nen constitueix un autèntic límit als drets i deures dels pares, i és una limitació extremadament dura ja que dependrà d'un concepte indeterminat, "el judici propi". Si hi hagués una sèrie de requisits taxats a complir per part del titular dels drets fonamentals sense els quals el nen no podria exercir lliurement, en aquest cas pensaria que no s'ha constituït un límit greu en front al poder dels progenitors, no obstant en el cas que ens trobem el factor que determina si el nen pot o no exercir per ell mateix els drets que ostenta no es altra cosa que la capacitat d'aquest per formar-se un "judici propi", ¿que significa tenir judici propi?, ¿Qui determina fins a quin punt considerem que la ideologia del nen és fruit del seu judici i no d'elements externs?

La resposta és que la Convenció no ho determina, encara que els Estats Part podrien concretar-ho si volguessin.

5.5. Escollir religió pròpia

La convenció del 89 reconeix al llibertat del menor però en cap moment manifesta de forma expressa el dret d'un nen a manifestar una religió o creença a través de l'observança, la pràctica o l'ensenyança. Les normes específiques sobre drets dels nens s'han d'interpretar en el marc de les normes generals dels drets humans, normes com la Declaració Universal dels Drets Humans són les que acoten l'extensió de la llibertat religiosa. Llibertat per tenir una religió, llibertat per canviar de religió, llibertat de manifestar aquesta religió de forma pública o privada en nom de l'ensenyança, la pràctica del culte, el dret a rebre educació religiosa i moral d'acord a les pròpies conviccions.

En les normes esmentades es posa de manifest el tema de l'edat del nen³⁴, que ja hem tractat, però en aquest cas determinen com les disposicions en els convenis no serveixen per res més que orientar tant les normes internes com les internacionals amb la finalitat que s'adaptin en el futur i puguin regular la realitat canviant que afecti als nens. Diversos països han volgut fixar una edat determinada a partir de la qual el menor és capaç d'exercir el seu dret a la llibertat religiosa amb completa autonomia, ja que no hi ha cap llei que ho reguli queda en mans del dret intern dels Estats; la Llei de Llibertat Religiosa portuguesa marca els 16 anys, la Llei d'Alemanya determina els 12 anys com a edat a partir la qual el menor no podrà ser educat en contra de la seva voluntat en una religió diferent a la que es practicava amb anterioritat i, al mateix temps, també determina l'edat dels 14 anys com a l'edat òptima per a que el menor pugui decidir de quina confessió vol formar part. En el cas de suïssa, si el menor té 16 anys ja pot decidir en quina confessió religiosa vol participar, a Finlàndia té lloc el mateix cas si el menor ja ha complert els 15 anys.³⁵

Parlant com hem fet de la determinació de la maduresa del menor en l'estat Espanyol queda clar que per una banda no està determinat i per altra banda l'edat oscil·la entre els 14 i els 16 anys en la majoria d'ordenaments jurídics dels diferents estats a nivell global. Tot i no tenir cap article al que acudir és possible apreciar anàlogament a els ordenaments jurídics que sí fixen una edat mínima amb la finalitat de fer valer el dret de la llibertat religiosa del menor.

Maria Cebrià Garcia fa referència en el seu article al poder que ostenten els menors quan arriben a tenir 16 anys i poden prendre decisions personalíssimes (decisiones que ningú més pot prendre per ells o en el seu nom) com ara canviar l'estatus civil amb l'emancipació. En resum és un exemple d'una edat determinada a partir la qual el menor d'edat comença a veure decisions que requereixen un alt nivell de maduresa expressament (independència personal, patrimonial, capacitat per comparèixer a judici pel propi compte, vincular-se en un contracte de treball), si el dret privat li reconeix aquests drets al major de 16 és perquè entén que és suficientment madur per exercir-los.

³⁴ Diu María Cebrià *El derecho a la Libertad Religiosa del Menor: problemas que plantea*, 2001, p.139. Disponible a: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/831247.pdf> últim accés: 12.05.2018): “la autonomia dels menors dependrà de la capacitat que tinguin per formar-se un criteri propi de forma que aquest precepte constitueix un límit als deures i drets dels progenitors”.

³⁵ Maria Cebria García, ob. cit., p.142.

Pels casos en que hi hagi un conflicte entre un fill i un pare que no vol reconèixer el dret a la llibertat religiosa del fill és pot acudir al nomenament d'un defensor judicial. Al no haver una edat fixada aquest problema es força complicat, és podria tractar reconeixent aquelles condicions que elevarien l'enteniment d'un menor al nivell de maduresa necessari per exercir lliurement el seu dret, no obstant ara per ara només tenim reconeguda legalment l'edat dels 12 anys pel menor d'edat moment a partir del qual sempre serà escoltat en tots els àmbits o procediments que puguin afectar als seus interessos.³⁶

Ana Velero Heredia va una distinció entre el que és el reconeixement del dret de llibertat religiosa del menor i l'interès d'aquest en quan a l'exercici d'aquest dret. El que queda separat és el deure de protecció que tenen els pares i el reconeixement de l'autonomia del menor. Els pares tenen la funció de guia, però en cap cas s'apoderen o substitueixen el dret del menor. Ningú pot exercir en nom del menor o pel menor el seu dret de llibertat religiosa, ja sigui imposar creences vivències o practiques religioses contràries a les seves conviccions i sentiments.

En els primers anys els menors d'edat tendeixen a seguir les indicacions que reben dels seus progenitors en matèria de conviccions, es pot plantejar que a mesura que la seva maduresa intel·lectual avança el menor d'edat comença a qüestionar-se algunes de les ensenyances que han impartit els progenitors, per aquests motius no hauria de entendres com a vàlida tota estimació de capacitat per part del menor que duu a terme un acte de voluntat basat en les seves creences religioses, ja que aquestes molt probablement no són definitives i les conseqüències d'aquests actes sí poden ser-ho.

El grau de maduresa del menor és un concepte jurídic indeterminat que pot posar en perill la superioritat manifesta de l'interès superior del menor, doncs aquest interès queda supeditat a la concreció de la maduresa del menor. Segons el TC³⁷ el menor ha de formar part en aquells actes que estiguin vinculats als drets del qual ell és titular però no hauria de ser així quan les conseqüències siguin irreparables i atemptin contra la seva vida.

El dret a la vida sempre ha tingut un caràcter especial entre els drets fonamentals, la salut de les persones és el límit de l'article 16.1 CE però a part d'això és un mandat directe als poders públics per adoptar les mesures que siguin necessàries per protegir els bens, la

³⁶ Art.9 de la LO 1/1996 en relació amb els arts 92.2, 156, 159 i 231 del codi civil espanyol.

³⁷ El TC en la sentència 154/2002. F.J. 9.

vida i la integritat física davant els atacs de tercers sense que s'hagi de comptar amb l'autorització dels titulars d'aquests drets.

El dret a la vida és un límit no cap als progenitors sinó cap als menors d'acord a aquells actes que prenen motivant-se en les seves creences religioses que tinguin un efecte determinant cap a les seves vides.

La llibertat dels pares es veu protegida davant la forma en que és poden limitar els drets fonamentals; segons el TC no només hi ha prou amb voler un fi legítim sinó que les limitacions han de ser proporcionades i raonables. “ El sacrifici del dret cridat a cedir no ha d'anar més enllà de les necessitats de realització del dret preponderant”, davant aquest plantejament sorgeixen diverses qüestions: ¿és té en compte la CE com un tot i no com articles ordenats individualment?, ¿hi havia un altra forma d'arribar a la finalitat desitjada que afectés de forma menys lesiva als drets fonamentals?¿ hi va haver proporcionalitat?

Si és respecten els principis de necessitat, de proporcionalitat i d'idoneïtat és possible sacrificar el dret dels pares pels altres drets que entren en conflicte com és el dret a la vida del menor d'edat.

5.6. La capacitat d'obrar amb relació a l'edat

Els factors³⁸ que poden determinar la capacitat d'obrar d'una persona són l'edat i la maduresa. El tema de l'edat ja l'hem anat esmentant amb les situacions en que el menor té poder per exercir una acció com a resultat d'haver arribat a tenir una edat; el menor de 12 anys pot prestar consentiment per ser adoptat, el de 14 pot adquirir nacionalitat o carta de veïnatge civil o residència i el de 16 l'emancipació. La maduresa és un tema diferent ja que es un factor incert, la maduresa queda determinada per la combinació de l'edat i la capacitat per entendre els actes que un realitza juntament amb les seves conseqüències.

Sánchez Jacob deia que hi ha diverses etapes concretes en les que poc a poc es va constituint la maduresa del menor. Entre els 8 i 11 anys el menor comença a rebutjar l'exterior per fixar-se amb l'interior, poc a poc va desenvolupant la seva autonomia. A partir dels 12 anys el menor comença a prendre consciència dels termes “equitat” i “justícia” però no és fins que el té entre 13 i 15 anys que ha completat la seva maduresa.

³⁸ Dionisio Roda y Roda, *El interès del menor en el exercicio de la patria potestat: el derecho del menor a ser oído*, Navarra, 2014, p.22

Sanchez considerava que podíem arribar a parlar del menor “madur”, un concepte reconegut als EEUU a partir dels anys 70 i tracta del menor de 18 que pot prendre decisions que l’afectin tant mèdiques com de qualsevol altra índole, ha sigut un concepte que ha crescut sobretot per les demandes dels progenitors als metges que prenen accions segons l’opinió del menor sense comptar amb el consentiment dels pares.

De tot l’anterior podem deduir que la maduresa comença a configurar-se un cop complets els 12 anys i es determina més acuradament a partir dels 14. Encara que hi hagin presumpcions sobre el que entenem de forma general com l’edat a partir la que podem concebre que el menor tingui autonomia recordar que la maduresa és un concepte jurídic indeterminat que ha de ser considerat atenent a la dificultat de l’acte, la capacitat dels menors no emancipats és variable o flexible en funció de l’edat, el desenvolupament emocional intel·lectual i volitiu del menor.

5.7. La interpretació de l’article 162 CCE

L’article 162 del CCE ja anuncia com la maduresa pot permetre realitzar actes i exercir els drets de la personalitat, dret que es relacionen amb la integritat física, moral i espiritual de la persona, el dret a la vida a l’honor, la intimitat, la pròpia imatge, la llibertat ideològica i religiosa o inclús el dret moral.

Que la norma contempli l’exercici però sempre sotmès a la maduresa sent aquesta un concepte jurídic indeterminat, produeix inseguretats jurídiques.

Respecte l’article 162 també val la pena fer esment de l’opinió de Garcia Garnica, segons el qual el menor madur, al donar una inseguretats tan gran jurídicament parlant, s’haurà d’atendre a cada dret personalíssim i d’acord a aquest dret exigir-se una determinada maduresa al menor. En conclusió, l’article 162 pot ser interpretat de forma més restrictiva o més extensa; si s’interpreta extensivament entendríem un augment de la capacitat del menor, ja que aquest pot de forma autònoma realitzar actes e inclús negocis jurídics mentre que si s’interpreta restrictivament només permetríem al menor amb maduresa per a que aquest realitzi els actes que expressament queden determinats en els preceptes de l’article, de totes maneres la regulació de l’autonomia de l’exercici per part dels menors

en l'article 162 no és incompatible amb el poder que tenen els progenitors de controlar efectivament l'existència de maduresa suficient en els menors.³⁹

5.8. Desacords entre progenitors

En els casos de desacords entre els progenitors el precepte legal que ens marca el camí a seguir és l'article 156 del CC; Quan hi hagi un desacord entre els pares que estan exercint la pàtria potestat qualsevol dels dos està legitimat per dirigir-se davant un jutge i demanar que aquest atribueixi la facultat de decidir a un dels dos progenitors un cop havent escoltat les dues parts i al menor si aquest tingués 12 anys com a mínim. En aquestes situacions és té en consideració tot tipus de característiques respecte la situació que origina el litigi, si es tracta d'un conflicte ocasional o si és un problema reiterat, es pondera l'interès del menor i la seva opinió consta encara que no sigui vinculant.

Segons Seisdos Muiño⁴⁰, en aquests casos tenim solucions internes o bé externes. Respecte les solucions internes tindriem com a opcions deixar la decisió als pares (el qual com que estem litigant senten que no funciona), la determinació de quin dels progenitors exerceix la pàtria potestat designant-ho la llei (el qual crearia situacions de desavinença i desigualtat entre els progenitors), permetre la decisió al pare però deixant a la mare la possibilitat de recórrer o bé atribuïnt la possibilitat de decidir a un dels progenitors tenint en compte l'edat sexe i la naturalesa del desacord; les solucions externes queden emmarcades en l'arbitratge d'equitat, els Tribunals Domèstics i el Consell de Família o la solució judicial, els darrers mètodes no estan considerats com una solució òptima per com pot afectar a l'estabilitat del nucli familiar tot i que una resolució judicial és d'obligat compliment per tothom amb lo qual si que guanyaríem amb efectivitat.

Per acabar, quan els desacords siguin reiterats de forma que no permetin fer un ús de la pàtria potestat per part d'un dels progenitors en aquest cas el jutge pot, en el procediment que correspongui, atribuir de forma parcial o total la funció de la pàtria potestat d'acord al article 156 CC, aquesta atribució tindrà un termini màxim de 2 anys a no ser de la permanència de l'actitud dels progenitors cas en el qual es podria prorrogar; el jutge no escull al progenitor més adient sinó que escull la posició més convenient per l'interès del menor.⁴¹

³⁹ Dionisio Roda y Roda, ob. cit., cit., p. 29.

⁴⁰ Dionisio Roda y Roda, ob. cit., pp.75 a 80

⁴¹ Dionisio Roda y Roda, ob. cit., pp. 79 i 80

VI. Conclusions

1-L'Estat espanyol ha volgut dotar de grans drets tant als progenitors com als menors pel que respecta a les seves llibertats, no obstant és incapaç de determinar l'abast concret de cada dret de forma que els tribunals s'han vist obligats a esclarir el significat de conceptes jurídics indeterminats o directament acotar quin article preval sobre quin altre article per a determinats conflictes en funció de la seva descripció.

2-El fet que hi hagi tantes mencions de les llibertats religioses que ostenta al menor en diverses lleis sense que cap li doni la rellevància apropiada amb una enumeració dels drets que realment poden exercir sense més cavil·lacions origina inseguretats jurídica.

3-Els acords entre la Santa Seu i l'estat espanyol donen poca importància al menor i és centren més en la matèria religiosa en sí, en regular-la i en com transmetre-la sense transgredir els drets dels progenitors. Allò que s'ensenya en l'escola, ha de ser adequat no per respectar els drets dels menors sinó per seguir l'ensenyança d'acord amb els drets dels progenitors. Per altra banda, els acords entre les entitats i l'estat espanyol deixen entreveure un augment gradual del reconeixement als drets del menor encara que cap article ho concreta explícitament.

4-Queda clar que mentre no hi hagi cap llei que faci una acotació exhaustiva dels límits que pertanyen a les llibertats dels menors i dels progenitors seran els adults els qui tindran més facilitats per exercir el seu dret a ensenyança enfront la figura del menor que és més vulnerable.

5-Si bé durant el text sembla com si les llibertats del menor passessin a un segon pla per sota els drets dels seus progenitors, val a dir que en l'àmbit dels centres públics els progenitors no són tant defensats; el legislador contempla l'escola com un àmbit més adequat per poder ajudar al menor d'edat a desenvolupar lliurement la seva personalitat.

6-Tenim exemples suficients com per poder afirmar que l'edat del menor i el com madura amb el pas del temps no serà mai determinable en un terme que encaixi per a tota la humanitat i en tots els casos; no obstant, el fet que s'hagin de valorar les circumstàncies en cada cas no és motiu com per no determinar una edat en la qual el menor pugui tenir ple ús de tots els seus drets i la edat en la que encara no pot signar quines siguin les circumstàncies.

7-Tot i les incidències que hi puguin haver pel que respecta al les diferències entre els dret de l'home i la dona en les diverses creences religioses no cap dubte que segons la llei en cas que hi hagués un conflicte pel qual s'hagués de separar la família tant el pare com la mare estarien en igualtat de condicions.

VII. Bibliografia i webgrafia

Dionisio Roda y Roda, *El interès del menor en el ejercicio de la patria potestad: El derecho del menor a ser oído*, Navarra 2014.

Miguel Ángel Asensio Sánchez, *Interés del menor y derecho a la educación*, València 2017.

Ana Valero Heredia, prólogo de Eduardo Espín Templado, *Constitución, libertad religiosa y minoría de edad: un estudio a partir de la Sentencia 154/2002 del Tribunal Constitucional*, València 2004.

Rafael Rodríguez Chacón, *El factor religioso ante el Tribunal Constitucional*, Madrid 1992.

Manuel Alenda Salinas, *La libertad de creencias y su tutela jurídica*, València 2015.

<https://madalen.wordpress.com/2010/06/17/el-entramado-del-art-27-de-la-ce/>

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>

<https://www.uv.es/revista-dret/archivo/num1/pdf/anaribes.pdf>
(Últim accés: 05.05.2018).

http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/archivio/documents/rc_seg-st_19790103_santa-sede-spagna_sp.html

<http://docplayer.es/15140472-El-derecho-de-los-padres-a-elegir-la-educacion-religiosa-de-los-hijos-y-transmitirles-la-fe-como-contenido-del-derecho-a-la-libertad-religiosa.html>

http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572015000100006 (últim accés: 20.05.2018)

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

<https://dialnet.unirioja.es/> (Últim accés: 05.05.2018).