

# LA LIBERTAD RELIGIOSA DEL MENOR

MARÍA JOSÉ REDONDO ANDRÉS  
*Universitat de València*

*SUMARIO:* 1. *Protección jurídica del menor.*–2. *La libertad religiosa y el menor.*–3. *Los padres ante la libertad religiosa del menor: posibles conflictos.* 4. *Contenido.*–5. *Límites.*–6. *A modo de consideración final.*

## 1. PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR

En la actualidad existe un interés creciente en proteger los derechos de los menores. Los niños son contemplados con unos derechos y deberes propios de su condición infantil, pues hay que tener en cuenta, como dice Martínez Illescas, que los niños «no son adultos en pequeño»<sup>1</sup>. Este interés contrasta con épocas anteriores donde al niño no se le reconocía derecho alguno. En efecto, durante siglos se les considera a los menores como emanación de sus padres o tutores; es menester, pues, adentrarnos en el siglo XX para llegar al reconocimiento de la autonomía personal, social y jurídica del menor.

Son varios los textos legales que tanto en el ámbito internacional como en el interno le dispensan una atención especial. Así, entre los textos internacionales podemos citar, entre otros, la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924<sup>2</sup> que, aunque es un texto breve,

---

<sup>1</sup> MARTÍNEZ ILLESCAS, M. L., «Las necesidades de la infancia: respuesta familiar y social», en *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, Madrid, 1998, p. 33.

<sup>2</sup> ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., «La política de protección de menores en el ámbito internacional», en *El menor y ...*, *op. cit.*, 175, señala que este texto «se limita a ser una declaración de buenas intenciones, puesto que no se emplea el término derechos humanos y se considera al niño como un objeto al que hay que cuidar».

pues sólo contiene cinco artículos, resulta pionero en reconocer que los niños deben ser objeto de atención especial; la Declaración de Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1959<sup>3</sup> y la Convención de los Derechos del Niño de 1989<sup>4</sup>. En el ámbito europeo hay que resaltar, de modo especial, la Carta europea de los Derechos del Niño de 1992<sup>5</sup>.

En el Derecho español, el primer texto que, de modo preferente, se preocupa por tutelar los derechos de los menores, lo constituye la Constitución republicana de 1931, que señala en el artículo 43<sup>6</sup> la obligación de los padres de alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos. Precisamente, en dicho precepto, *in fine*, se establece la obligación del Estado de procurar la correspondiente atención a la infancia al hacer suya la Declaración de Ginebra de 1924.

Actualmente, la Constitución de 1978 establece en el párrafo primero del artículo 39 que los poderes públicos garantizan la protección social, económica y jurídica de la familia. Por su parte, en el párrafo segundo, los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos habidos tanto dentro como fuera del matrimonio, imponiendo a los padres en el párrafo tercero la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos matrimoniales y no matrimoniales. Curiosamente, en el párrafo cuarto, no se utiliza la terminología de «hijos», sino la de «niños», para

<sup>3</sup> La Declaración de los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 (Resolución 1386, XIV). Al Principio VI presentaron Guatemala e Israel la siguiente enmienda de adición al texto: «El niño tiene derecho a formarse en la fe religiosa de los padres». Presentaban tal enmienda para resaltar la obligación de los padres de elegir la formación religiosa para sus hijos, en la línea marcada por la Declaración Universal. Sin embargo, tal propuesta fue desestimada (por 46 votos contra 6 y 16 abstenciones) por una parte, porque su adopción podría producir conflictos entre los matrimonios cuyos cónyuges profesaran diferente religión; por otra, porque no tenía cabida en un texto especialmente dirigido a los niños. *Vid.*, al respecto, ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., *La protección de los Derechos del Niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*, Madrid, 1994, pp. 44-5.

<sup>4</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. España la ratificó el 30 de noviembre de 1990 (*BOE* de 31 de diciembre de 1990), entrando en vigor el 5 de enero de 1991.

<sup>5</sup> Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92, de 8 de julio de 1992.

<sup>6</sup> El artículo 43 dispone que: «2. Los padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución». «6. El Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, y protección a la maternidad y a la infancia, haciendo suya «la Declaración de Ginebra» o tabla de derechos del niño», en SEVILLA ANDRÉS, D., *Constituciones y otras Leyes y proyectos políticos de España*, Madrid, 1969, pp. 227-8.

señalar que éstos gozarán de la protección prevista en los Tratados Internacionales que velan por sus derechos<sup>7</sup>.

En su interés por tutelar a los menores, y en la línea establecida en la Constitución, se han efectuado reformas en el Código Civil. Entre ellas merece señalarse la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del matrimonio<sup>8</sup>, y la Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre la tutela<sup>9</sup>. Ahora bien, la Ley que representa una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones españolas de protección de menores es la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>10</sup>. Precisamente, en su Exposición de Motivos se señala que se va «reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social...».

En esta Ley existen dos partes claramente diferenciadas, la primera (que incluye el Título I y el Capítulo I del Título II), que alude a los derechos del menor, así como a los principios rectores que deben presidir sus actuaciones; la segunda, constituye una adaptación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la nueva realidad jurídica<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Conviene recordar el artículo 96.1 de la Constitución, que señala que: «Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno...». Y, en ese sentido, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y la Convención de los Derechos del Niño de 1989 forman parte de nuestro Derecho interno, por lo que los derechos en ellas reconocidos serán aplicables a cualquier niño.

<sup>8</sup> BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981. También hay que tener en cuenta, por las implicaciones que conlleva la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981).

<sup>9</sup> BOE núm. 256, de 26 de octubre de 1983.

<sup>10</sup> BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

Con anterioridad a esta Ley, diversas Comunidades Autónomas habían dictado algunas normas protectoras de menores. *Vid.*, al respecto, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., *La situación jurídica del menor en el marco de las Leyes de la Comunidades Autónomas*, Madrid, 1998.

<sup>11</sup> RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica al menor», en *Revista General de Derecho*, 621, junio 1996, 6502. Por otra parte considera GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del menor», en *La Ley*, 1, 1996, 1690, que la división de esta Ley en dos partes tan heterogéneas «suscita al lector unos intereses encontrados, pues da la impresión que no obedece a un mismo legislador».

Uno de los principios rectores que se encuentra en el artículo 2 de la mencionada Ley, y que se reitera en diversas ocasiones, es el relativo a la primacía del interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir<sup>12</sup>. Tal principio, reconocido con anterioridad en la Constitución<sup>13</sup>, el Código Civil<sup>14</sup> y en los Textos Internacionales<sup>15</sup>, constituye la esencia de la presente Ley. Aunque la expresión «interés superior del menor» es indeterminada<sup>16</sup>, habrá que entender que esta expresión alude a aquella atención que tienda al desarrollo íntegro de la personalidad del menor.

## 2. LA LIBERTAD RELIGIOSA Y EL MENOR

El derecho de libertad religiosa del menor viene reconocido junto con el derecho a la libertad ideológica y de conciencia<sup>17</sup> en el párrafo 1.º del artículo

<sup>12</sup> Señala O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Personalidad y Derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor, según la Ley de Protección del menor», en *La Ley* 4, 1996, 1248, que la cláusula de beneficio de los hijos ya la destacó Díez Picazo en su artículo: El principio de protección integral de los menores «tout pour l'enfant», en *La tutela de los derechos del menor*, Córdoba, 1984, p. 127.

<sup>13</sup> El artículo 39.2 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978 (BOE núm. 311.1, de 29 de diciembre de 1978) proclama la «protección integral de los menores».

<sup>14</sup> *Vid.*, los artículos 92.2, 156.4, 159, 161, 170.2, etc., del Código Civil.

<sup>15</sup> «El interés del menor» también es señalado en los artículos 3.1, 9.3 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño, así como en el punto 8.14 de la Resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992, del Parlamento Europeo, sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño.

<sup>16</sup> Sobre esta expresión, *vid.*, entre otros, BO JANÉ, M., y CABALLERO RIBERA, M., «El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de su interés?», en *La Ley*, 6, 1996, p. 1486; VARELA GARCÍA, C., «Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: Principios programáticos y normas de conflicto», en *Actualidad Civil*, 1997, XII, p. 264; ALONSO PÉREZ, M., «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras», en *Actualidad civil*, 1997, II, p. 24.

<sup>17</sup> Sobre estas libertades, *vid.*, entre otros, HERVADA, J., «Libertad de conciencia y terapéutica», en *Persona y Derecho*, 11, 1984, pp. 35-41; VILADRICH, P. J., «Principios informadores del derecho eclesiástico español», en *Derecho eclesiástico del Estado español* 2.ª ed., Pamplona, 1983, pp. 241 y ss.; IBÁN, C. I., y PRIETO SANCHÍS, L., *Lecciones de Derecho Eclesiástico*, Madrid, 1985, pp. 90 y ss.; IBÁN, C. I.; PRIETO SANCHÍS, L., y MOTILLA, A., *Curso de Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, 1991, pp. 302-7; GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M., «Regulación legal de la libertad religiosa en Derecho eclesiástico», en *Derecho eclesiástico... op. cit.*, pp. 268 y ss.; *idem*, con edición actualizada por Miguel Rodríguez Blanco, *Derecho Eclesiástico español*, 5.ª ed., Madrid, 2002, pp. 235 y ss.; JORDÁN VILLACAMPA, M. L.,

lo 6 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor que señala que: «El menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión»<sup>18</sup>.

En relación con este derecho conviene recordar que el artículo 14 de la Convención de los Derechos del Niño establece lo siguiente: «1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión»<sup>19</sup>, mientras que la Carta europea sobre los Derechos del Niño en su apartado 8.25 dice que: «Todo niño tiene

---

«Reflexiones en torno a la libertad de conciencia en el marco de las libertades constitucionales», en *La libertad religiosa y de conciencia ante la Justicia Constitucional. Actas del VIII Congreso internacional de Derecho eclesiástico del Estado*, Granada 13-16 de mayo de 1997, pp. 551-8; MARTÍN SÁNCHEZ, I., «El derecho de libertad religiosa en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», en *IC*, 65, 1993, pp. 68-70; idem, *El derecho a la formación de la conciencia y su tutela penal*, Valencia, 2000, pp. 35-59; MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Religión, derecho y sociedad. Antiguos y nuevos planteamientos en el Derecho Eclesiástico del Estado*, Granada, 1999, pp. 126 y ss; SALCEDO, J. R., «Libertad de pensamiento, libertad religiosa y libertad de conciencia», en *La libertad religiosa y de conciencia...*, op. cit., pp. 799-808.

<sup>18</sup> En el Proyecto no se hacía referencia a este derecho. En todo caso, y en relación con la cooperación apuntada en el párrafo 3 del vigente artículo 6 que dice «los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral», se podría mencionar el artículo 8 relativo al principio de cooperación, que señalaba que: «En toda intervención se procurará contar con la colaboración del menor y su familia y no interferir en su vida escolar, social o laboral», en: «Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley», 16 de mayo, pp. 117-1, Proyecto de Ley 121/000098, de Protección Jurídica del Menor y de modificación parcial del Código Civil, 5. A través de la enmienda núm. 9 del Grupo Federal IU-IC se solicita la creación de un nuevo Título Primero que abarque diversos derechos de los menores, proponiendo que el artículo 8 sea relativo a la libertad de pensamiento y que comprenda los siguientes derechos mínimos: – A la libertad de pensamiento, conciencia y religión. – A que el ejercicio de los derechos dimanantes de esta libertad tenga únicamente las limitaciones prescritas por la Ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás. Además, y en relación con el artículo 8 del Proyecto, este Grupo Federal propone a través de la enmienda núm. 24 que se incluya a continuación de «... con la colaboración del menor,...», lo siguiente: «... que deberá ser oído si es mayor de doce años y al menor de esa edad si muestra suficiente conocimiento,...». Igualmente, en relación a este artículo, el grupo Socialista propone a través de la enmienda núm. 100 que pase a ser artículo 4 en «Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A: Proyecto de Ley», 22 de septiembre de 1995, núm. 117-8, Enmiendas 27, 33 y 75, respectivamente.

En la Comisión de Justicia e Interior, el grupo Socialista presenta una enmienda transaccional con la de IU-IC, proponiendo un artículo seis, nuevo, con la redacción que figura en el texto ya aprobado, en «Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, V Legislatura, Comisiones, Justicia e Interior», sesión núm. 74, celebrada el miércoles, 18 de octubre de 1995, 18082-3.

<sup>19</sup> Varios textos alternativos fueron presentados a este artículo, *vid.*, al respecto, ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., *La protección de los Derechos...*, op. cit., 92, que alude al presentado por Canadá en Documento E/CN.4/1983/WG.1/WP. 23, de 27 de enero de 1983; por EE.UU.

derecho a la libertad de conciencia, de pensamiento y de religión, sin perjuicio de las responsabilidades que las legislaciones nacionales reserven en estos ámbitos a los padres o personas encargadas del mismo».

Sobre la naturaleza del derecho de libertad religiosa se ha debatido si es un derecho absoluto o relativo, si es un derecho positivo o negativo...<sup>20</sup>. Creemos que se trata, fundamentalmente, de un derecho básico de la personalidad o derecho personalísimo; derecho caracterizado por su inalienabilidad, por ser esencial a la existencia humana y por tener su fundamento en la misma dignidad humana.

Seguidamente cabría plantearse ¿quién es el titular de este derecho? A este respecto el párrafo 1.º del artículo 6 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor señala como titular de este derecho al menor, mientras que el párrafo 1.º del artículo 14 de la Convención y el apartado 8.25 de la Carta Europea atribuyen este derecho al niño. Esta diferencia terminológica no es sustancial, pues toda esta normativa se refiere, tanto si habla de menores como de niños, a aquellas personas menores de dieciocho años<sup>21</sup>. Esta referencia a los dieciocho años para marcar el límite entre la mayoría de edad y la minoría se establece en nuestro Ordenamiento en la Constitución y el Código Civil<sup>22</sup>.

¿Qué significa ser menor? La minoría de edad, como dice Areces<sup>23</sup>, es un estado civil que implica obediencia y dependencia, y dado que al

---

en Documento E/CN.4/1983/WG.1/WP. 30, de 28 de enero de 1983, y el presentado de forma conjunta por los países nórdicos (Suecia, Dinamarca, Finlandia y Noruega), que aparece en el informe del Grupo de Trabajo Documento E/CN. 4/1984/71, de 23 de febrero de 1984. Además advierte que existía un acuerdo general sobre la conveniencia de establecer la libertad de religión independiente de la de expresión.

<sup>20</sup> Vid., entre otros, GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M., edición actualizada por Miguel Rodríguez Blanco, *Derecho Eclesiástico...*, op. cit., p. 239; MANTECÓN, J., «La libertad religiosa como derecho humano», en *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Pamplona, 1994, pp. 107-9.

<sup>21</sup> Advierte VARELA GARCÍA, C., «Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: Principios programáticos y normas de conflicto», en *Actualidad civil*, 1997, XII, p. 262, «que la sustitución del término técnico jurídico menor por niño y adolescente produce una situación de confusión por el traslado de la filosofía de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (cuyas normas son fundamentalmente reflejo de principios rectores y programáticos) a un contexto técnico de normas de conflicto (como son las del Código Civil). Además, se ha dicho que si la expresión menor comprende los estadios de la infancia y adolescencia, la expresión niño tiene significado propio».

<sup>22</sup> En nuestro Ordenamiento se distinguen las personas mayores de los menores de edad, así como los emancipados.

<sup>23</sup> ARECES PIÑOL, M. T., «Tutela del menor y libertad religiosa», en *Estudios Jurídicos. En homenaje al profesor Vidal Guitarte I*, Castellón-Valencia, 1999, p. 31.

menor, en principio, se le considera incapaz de gobernarse a sí mismo, se le somete a patria potestad. Como es sabido, por patria potestad se entiende aquel conjunto de deberes y facultades que los padres tienen sobre las personas y bienes de sus hijos, como medio para procurar su asistencia y formación física e intelectual durante el tiempo de su minoría de edad.

La patria potestad comprende, según el artículo 154 del Código Civil, por una parte, la obligación de los padres de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. En esa función o deber de educación, propia de la patria potestad, se encuentra el derecho de los padres de procurarles a sus hijos menores una educación y formación religiosa tendente, precisamente, a una formación integral. Por otra parte, la patria potestad implica, además, un deber de representación que tiene su razón de ser en la limitación de la capacidad de obrar del menor, y que está reconocido en el artículo 162 del Código Civil.

Ahora bien, el menor, aunque incapaz, posee una capacidad de comprender y querer, que varía según la edad y el acto que está realizando, por ello el jurista debe darle, según Jordano<sup>24</sup>, «vestidura jurídica» a esta consideración y así lo ha hecho a través del artículo 162.1.º del Código Civil cuando exceptúa de la representación legal a los padres o tutores respecto de «los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez pueda realizar por sí mismo». Este precepto supone, para López Alarcón, «la mayor concesión que por el Código Civil se hace al menor en el ámbito de su capacidad de obrar»<sup>25</sup>.

Por consiguiente, si al hablar de la naturaleza del derecho de libertad religiosa hemos señalado que se trataba de un derecho personalísimo, habrá que sostener, a tenor del texto mencionado, que sobre el mismo no cabe representación. Aunque ello no implique, como dispone el precepto y señala Serrano<sup>26</sup>, que este derecho personalísimo presente unos límites derivados de la propia posibilidad de ejercicio que se conectan a la madurez de juicio o racionalidad

---

<sup>24</sup> JORDANO FRAGA, F., «La capacidad del menor», en *Revista de Derecho Privado*, enero 1984, p. 892.

<sup>25</sup> LÓPEZ ALARCÓN, M., «Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas», en *Anales de Derecho. Revista de la Facultad de Derecho*. Universidad de Murcia, núm. 15, 1997, p. 327.

<sup>26</sup> SERRANO POSTIGO, C., «Libertad religiosa y minoría de edad en el Ordenamiento Jurídico Español», en *Estudios de Derecho canónico y Derecho Eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*, Madrid, 1983, p. 824, cita 86.

del titular, de ahí que sostenga Mata que el niño que tiene suficiente juicio puede «elegir, optar o abrazar libremente aquella religión que desee...»<sup>27</sup>.

De tal manera que, aunque la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar no se puede aplicar a los derechos de libertad, como pueda ser el de libertad religiosa<sup>28</sup>, cabe sostener que este derecho personalísimo puede quedar matizado en orden a su ejercicio por la madurez humana. Partiendo de esta premisa, la siguiente cuestión evidentemente será la de plantearse el momento a partir del cual se alcanza esa madurez, pudiendo señalarse como soluciones posibles, bien que se fije una edad mínima para tal ejercicio o bien que se compruebe caso por caso.

En relación con la primera solución, de Hierro<sup>29</sup> considera que hubiera sido deseable que la Ley Orgánica de Protección de Menores distinguiera edades en la configuración de las formas de ejercicio y disfrute de los diferentes derechos, mostrándose partidario de volver al Derecho romano, donde se distinguía a infantes, impúberes y púberes<sup>30</sup>. En este sentido, algunos países<sup>31</sup> han creído conveniente establecer edades míni-

<sup>27</sup> MATA RIVAS, F., *Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor*, Madrid, 1997, p. 103.

<sup>28</sup> SERRANO POSTIGO, C., «Libertad religiosa...», *op. cit.*, p. 816, recoge la idea de RESCIGNO, voz *capacità di agire* en «Noviss. Dig. It.», II, p. 861, que conecta la capacidad de obrar al hecho de que «el sujeto posea la madurez suficiente para valorar la conveniencia económica de los actos que ejecuta».

<sup>29</sup> DE HIERRO, L. L., «Los derechos de la infancia. Razones para una Ley», en *Infancia y sociedad* 27/28, 1994, p. 98.

<sup>30</sup> Sobre la clasificación de las edades en el derecho romano y la referencia bibliográfica al respecto, *vid.* PALOMAR BARÓ, L., «Edad», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, XVI, Barcelona, 1956, p. 7.

<sup>31</sup> Algunas legislaciones señalan una mayoría de edad religiosa. Así, legislación alemana de 15 de julio de 1921 «Gesetz über die religiöse Kindererziehung» señala, en su apartado 5, que, «A partir de los catorce años corresponde al hijo decidir cuál confesión religiosa desea profesar. Si el hijo ha cumplido los doce años no puede ser educado, contra su voluntad, en una confesión distinta a la practicada con anterioridad». Por su parte, el ZGB suizo, en su artículo 227, dice que: «Si el hijo ha cumplido dieciséis años no se le puede impedir la decisión autónoma acerca de la confesión religiosa propia», en SERRANO POSTIGO, G., «Libertad religiosa...», *op. cit.*, en cita 48, p. 816. También, *vid.* RAYMOND, G., «La religión de l'enfant en droit privé français (Les incidences de la Convention Internationale des droits de l'enfant)», en *L'anné canonique* 36, 1994, pp. 145 y ss., y BREILLAT, D., «La religión de l'enfant en droit public français: les incidences de la Convention relative aux droits de l'enfant», en *L'anné canonique* 36, 1994, p. 162. Igualmente, en los casos de Italia y Portugal, *vid.* ROSELL, J., «El derecho de libertad religiosa del menor en las Leyes de libertad religiosa española, italiana y portuguesa», en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado*. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, San Sebastián, 1 a 3 de junio de 2000, pp. 787- 801.

mas presuponiendo una madurez para el ejercicio de determinados derechos, llegando a fijar una mayoría de edad religiosa: por ejemplo, catorce años en Alemania y dieciséis años en Suiza.

Nuestro Ordenamiento, al no fijar una edad mínima a partir de la cual se pueda ejercer este derecho, parece optar por la otra postura, aquella que exige una valoración pericial caso por caso, para determinar si existe o no suficiente madurez<sup>32</sup>. En todo caso, según López Alarcón<sup>33</sup>, la edad de doce años puede servir de referente para otorgar capacidad al menor, por cuanto esa edad se reitera en diversas disposiciones del Código Civil en asuntos que incumben al menor. Asimismo, las Leyes sobre protección de menores de Madrid<sup>34</sup>, Cataluña<sup>35</sup> y Galicia<sup>36</sup>, que distinguen etapas entre el nacimiento y la mayoría de edad, como la niñez o infancia (menor de doce años), y la adolescencia (entre doce y dieciocho años) pueden ayudarnos a entender, en el plano de la libertad religiosa, que tal derecho pudiera ser ejercido por los adolescentes (es decir, los mayores de doce años).

En el supuesto de que el menor no hubiere alcanzado esta edad o no tuviere la suficiente madurez parece evidente que, pese a tratarse de un derecho de la personalidad, serían los padres o tutores quienes deberían decidir o actuar por el menor.

---

<sup>32</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, J., «Notas sobre el derecho a la libertad religiosa del menor», en *Estudios I...*, *op. cit.*, p. 36.

<sup>33</sup> LÓPEZ ALARCÓN, M., «Nuevo derecho de menores...», *op. cit.*, p. 332.

<sup>34</sup> La Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia, de Madrid (*BOCM* núm. 83, de 7 de abril de 1995; corrección de errores en *BOCM* núm. 108, de 8 de mayo, y núm. 152, de 28 de junio), señala, en su artículo 2, lo siguiente: «A los efectos de la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, se entiende por infancia el período de vida de las personas comprendido desde el nacimiento y la edad de doce años y por adolescencia, desde dicha edad hasta la mayoría establecida en el artículo 12 de la Constitución».

<sup>35</sup> La Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes, y de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción (*DOG* núm. 2083, de 2 de agosto de 1995), en su artículo 2.1 indica que: «A los efectos de la presente Ley y las disposiciones que la desarrollan, se entiende por “niño” toda persona menor de doce años y por “adolescente” toda persona con una edad comprendida entre los doce años y la mayoría de edad establecida por Ley».

<sup>36</sup> La Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de la familia, la infancia y la adolescencia (*DOG* núm. 118, de 20 de junio de 1997), señala, en su artículo 2.2, que: «A los efectos de la presente Ley, se entiende por infancia el período de la vida de las personas comprendido desde el nacimiento hasta la edad de doce años, y por adolescencia desde dicha edad hasta la mayoría establecida por Ley».

### 3. LOS PADRES ANTE LA LIBERTAD RELIGIOSA DEL MENOR: POSIBLES CONFLICTOS

La posición de los padres en relación con los hijos y su educación religiosa ha sufrido un cambio significativo en nuestra legislación. Incluso, para López Alarcón<sup>37</sup>, lo más novedoso de la legislación de menores, en sede de libertad religiosa, radica en la posición y en las facultades de los padres en relación con la opción religiosa de sus hijos, que incluso se llega a invertir.

En efecto, basta recordar la Ley de Libertad religiosa de 28 de junio de 1967, donde en el artículo 7<sup>38</sup> se otorgaba a los padres la facultad de determinar la educación religiosa de sus hijos. Por su parte, la vigente Ley Orgánica de Libertad religiosa de 1980 señala en el artículo 2.1.c) el derecho de los padres a elegir para sí, y para los menores no emancipados... la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones<sup>39</sup>. Un avance significativo se observa en la Convención de los Derechos del Niño que reconoce en el párrafo 2.º del artículo 14<sup>40</sup> la función de los padres o representantes legales de guiar al niño en el ejercicio de este derecho conforme a la evolución de sus facultades. Un paso más lo da el punto 3.º del artículo 6<sup>41</sup> de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, al señalar como función de los padres la de cooperar con el menor en el ejercicio de su libertad religiosa, contribuyendo a su desarrollo integral. Esto es, apelando a la responsabilidad de los padres para la educación de sus hijos en la libertad.

<sup>37</sup> LÓPEZ ALARCÓN, M., «Nuevo derecho de menores...», *op. cit.*, p. 330.

<sup>38</sup> El artículo 7.1 establecía que: «El Estado reconoce a la familia el derecho de ordenar libremente su vida religiosa bajo la dirección de los padres, y a éstos, la facultad de determinar, según sus propias convicciones, la educación religiosa que se ha de dar a sus hijos».

<sup>39</sup> El texto hay que ponerlo en relación con el artículo 27.3 de la Constitución: «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».

<sup>40</sup> Dice el párrafo 2 del artículo 14, que: «Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades».

<sup>41</sup> El párrafo 3 del artículo 6 dice que: «Los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral». Según RAYMOND, G., «La religión...», p. 142, la función debe ser de dirección y orientación, con el fin de «donner a l'enfant la possibilité d'effectuer un choix libre et éclairé».

Sobre este particular conviene advertir que cuando la Convención atribuye la función de guía a los padres resalta que ésta debe realizarse de acuerdo con las facultades del menor, es decir, a menos discernimiento más intervención y conforme se va adquiriendo mayor madurez, menor intervención. La Ley del Menor, por su parte, asigna la función de cooperadores a los padres para que se procure el desarrollo integral del menor. A este respecto recordemos que al hablar de los principios inspiradores de la Ley decíamos que uno de ellos era el relativo a la primacía del interés superior del menor, y por tal entendíamos aquella atención que tendía al desarrollo íntegro de su personalidad. Pues bien, los padres, en esa función de cooperación, deben tender a que el menor consiga un pleno desarrollo de su personalidad, en última instancia, deben procurar el interés superior del menor.

En este sentido hay que resaltar que habitualmente los hijos van a continuar la formación religiosa o arreligiosa que sus padres han estimado más oportuna; sin embargo, en ocasiones, se pueden producir conflictos. Así, se puede producir una discrepancia entre los titulares de la patria potestad y el hijo con respecto a su opción religiosa<sup>42</sup>.

En este caso, como dice Martín Sánchez<sup>43</sup>, los conflictos deberán ser resueltos mediante la comprobación judicial caso por caso y teniendo presente siempre, según el artículo 2 de la ley Orgánica de protección Jurídica del Menor, «el interés del menor». Es más, al considerar que el derecho de libertad religiosa es un derecho personalísimo, operaría el artículo 162.1.º del Código Civil, de tal manera que si el juez estimara que el menor tiene la suficiente madurez, podría, en principio, decidir libremente su opción religiosa.

Ahora bien, no siempre la voluntad del menor que goza de suficiente madurez ha de ser tenida en cuenta. Por ejemplo, ante situaciones de riesgo, como puedan ser las llamadas sectas pseudoreligiosas, considera López Alarcón<sup>44</sup> que podrá hacerse prevalecer la voluntad de los padres en el ejercicio de la autoridad que les confiere el Código Civil.

---

<sup>42</sup> Sobre la educación religiosa de los hijos y los problemas que conlleva, *vid.*, MARTÍN SÁNCHEZ, I., «La patria potestad y la educación de los hijos en el Derecho español», en *El fenómeno religioso en España. Aspectos jurídico políticos*, Madrid, 1972, pp. 163-236.

<sup>43</sup> MARTÍN SÁNCHEZ, I., *El derecho a la formación de la conciencia...*, *op. cit.*, p. 65.

<sup>44</sup> LÓPEZ ALARCÓN, M., «Nuevo derecho de menores...», *op. cit.*, p. 334. Sobre la pertenencia del menor y/o sus padres a una secta destructiva, *vid.* RODRIGO LARA, M. B., «La libertad religiosa del menor de edad», en *Derecho canónico y Derecho Eclesiástico del Estado 7.8.3* ([www.iustel.com](http://www.iustel.com)).

Por otra parte, la discrepancia se puede dar entre ambos progenitores con respecto a la opción religiosa del menor<sup>45</sup>. El conflicto puede producirse si los padres, al pertenecer a diferentes confesiones, no se ponen de acuerdo sobre la educación religiosa del menor; también puede darse en aquellos casos en que se produce la conversión de uno o de ambos a otra u otras religiones, deseando educar a sus hijos bajo la nueva confesión; o, incluso, cuando uno de ellos ha renegado de su fe y no desea ningún tipo de educación religiosa para el menor.

En estos casos, si los padres conviven, según el artículo 156.2 del Código Civil, cualquiera de los cónyuges podrá acudir al Juez, quien, después de oírlos a ellos y al hijo si tuviere suficiente juicio, y en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. La resolución del juez deberá estar en función de las circunstancias psicológicas y personales del menor y deberá atribuir la facultad de decidir al padre o a la madre tal y como establece la Ley «en función del interés superior del menor». En este caso habría que plantearse qué se entiende aquí por interés superior del menor.

Una interpretación sería la de considerar que lo más conveniente para el menor sería procurar que continuara, si es que ya fue iniciado, en su religión, y así se han manifestado, entre otros, López Alarcón<sup>46</sup> y Martínez Torrón, señalando este último que «los cambios podrían alterar el proceso educativo del menor, con consecuencias negativas...»<sup>47</sup>. Otra postura más amplia, seguida por Raymond<sup>48</sup>, sería la de privilegiar la libertad religiosa y mostrarle al niño las otras opciones.

En otras ocasiones, los conflictos sobre la opción religiosa de los hijos (quizá los más abundantes) se producen cuando la relación interconyugal ha entrado en crisis, es decir, entre aquellos que han entablado un proceso de nulidad, separación, o disolución. Para estos supuestos opera el artículo 92<sup>49</sup> del Código Civil que establece que el

---

<sup>45</sup> Vid. al respecto, PUENTE ALCUBILLA, V., *Minoría de edad, religión y Derecho*, Madrid, 2001, pp. 278 y ss.

<sup>46</sup> LÓPEZ ALARCÓN, M., «Tutela de la libertad religiosa», en *Derecho Eclesiástico del Estado español*, 4.ª ed., Pamplona, 1996, p. 182.

<sup>47</sup> MARTÍNEZ TORRÓN, J., «Derecho de familia y libertad de conciencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Derecho de familia...*, *op. cit.*, p. 154.

<sup>48</sup> RAYMOND, G., «La religión...», *op. cit.*, p. 153.

<sup>49</sup> Dispone el artículo 92 del Código Civil que: «La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

Las medidas judiciales sobre el cuidado y la educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírlos si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años...».

Juez adoptará, en estas situaciones, las medidas judiciales que estime más convenientes en relación con el cuidado y la educación de los hijos. Pero ¿qué ocurre cuando se trata de una unión de hecho y ésta desaparece y hay hijos? En este sentido, Martinell sostiene que «medidas que deberían estar previstas con carácter general en el ámbito de las relaciones paterno-filiales, sólo lo están a propósito del matrimonio y su posible crisis»<sup>50</sup>, por lo que no parece que puedan aplicarse a las uniones de hecho.

En cualquier caso, la simple pertenencia de uno o de ambos progenitores a algún Nuevo Movimiento Religioso no suele ser motivo suficiente de privación de la guarda y custodia de los hijos, o bien de privación de la patria potestad. En este sentido, en la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava, de 30 de octubre de 1998<sup>51</sup>, se señala que «el hecho de que uno de los cónyuges profese una determinada religión... no tiene por qué presuponer que ello haya de ser perjudicial o contraproducente para la formación y educación de los hijos convivientes con el custodio...», advirtiéndose igualmente en la Sentencia de 30 de septiembre de 1999, de la Sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid<sup>52</sup> que «la religión no es causa, *per se*, para privar a ninguno de los progenitores de la patria potestad».

Del mismo modo se indica en la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 14 de julio de 1999<sup>53</sup>, que «la condición religiosa (Testigo de Jehová) que profesa la madre, no puede erigirse *per se* en causa de privación de la guarda y custodia de la hija menor...», si bien añade que «la madre no podrá llevar a su hija a ningún acto religioso sin el consentimiento de D..., ni podrá prohibir o impedir que su hija... acuda a actividades tales como fiestas o cumpleaños, admitidos en nuestro entorno social, dado el deber de cooperar que tienen los padres para que su hija menor ejerza su derecho a la libertad ideológica, religiosa y de conciencia del mejor modo para su desarrollo integral».

---

<sup>50</sup> MARTINELL, J. M., «Relaciones paterno-filiales y libertad de conciencia», en *Derecho de familia...*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>51</sup> B. D. El Derecho. Marginal 1998/32998, núm. 292/1998. Ponente Ilustrísimo Señor don Francisco José Picazo Blanco.

<sup>52</sup> B. D. El Derecho. Marginal 1999/32609, Recurso 1536/1998, Ponente Ilustrísimo Señor don Eladio Galán Cáceres.

<sup>53</sup> B. D. La Ley. Recurso 216/1999. Ponente Ilustrísimo Señor Domínguez García.

En cambio, la Sentencia de 24 de octubre de 1996 de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia restringe a un padre (perteneciente al Movimiento Gnóstico Cristiano Universal) el derecho de visitas<sup>54</sup>. Recurrida la Sentencia por estimar el padre que se ha lesionado su derecho de libertad religiosa, el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 29 de mayo de 2000<sup>55</sup>, en principio, reconoce a los menores «como titulares plenos de sus derechos fundamentales, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales, se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar», advirtiendo que «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...». Además concluye que «el sacrificio de su libertad de creencias impuesto al recurrente por la Sentencia de la Audiencia Provincial que aquí se impugna, obedeció a una finalidad constitucionalmente legítima...».

Con todo ello, y aunque parece que el fallo va a ser desestimatorio, el Tribunal reconoce el amparo, pues señala a continuación que: «Esto sentado, debe decirse desde ahora que la desproporción de las medidas adoptadas por la Audiencia Provincial conduce directamente a la conclusión contraria, esto es, a afirmar que el recurrente ha sido discriminado en virtud de sus creencias y , por lo tanto, a la estimación del amparo».

---

<sup>54</sup> Ponente Ilustrísimo Señor don J. F. Beneyto García-Robledo. Sentencia no publicada.

<sup>55</sup> Ponente Ilustrísimo Señor don Tomás S. Vives Antón. STC 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000, 141). *Vid.* sobre esta sentencia, el comentario de PASCUAL MEDRANO, A., «Padres, hijos menores y libertad religiosa», en *BIB* 2000/1909. Publicación: Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 20/2000. También, sobre esta sentencia, *vid.* RODRIGO LARA, M. B., «La libertad religiosa y el interés del menor (comentario a la STC 141/2000, de 29 de mayo de 2000)», en *ADEE*, XVII, 2001, pp. 409-19.

#### 4. CONTENIDO

Como ya se ha dicho, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor reconoce en el artículo 6 la libertad religiosa del menor, pero no especifica su contenido, debiendo acudir para ello a la normativa general, esto es, a la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa<sup>56</sup>, y teniendo en cuenta el artículo 2 de dicha ley podemos distinguir los derechos de que va a gozar el menor en los casos en los que haya alcanzado la suficiente madurez. Siguiendo a Ciáurriz<sup>57</sup> sostenemos que la libertad religiosa comprende: la libertad religiosa personal; la libertad de culto y asistencia religiosa; la información y la enseñanza religiosa; y los derechos de reunión, manifestación y asociación. Veámoslos.

A) La libertad religiosa personal. Esta abarca los siguientes derechos o manifestaciones:

– *Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna religión y cambiar de confesión o abandonar la que se tenía.* A este respecto advierte López Alarcón<sup>58</sup> algunas dificultades que se pueden producir en relación con los derechos confesionales. Por ejemplo, el menor nacido de mujer judía no podrá, desde un punto de vista religioso renegar de su fe y adoptar otra<sup>59</sup>; mientras que según el derecho musulmán, el padre decide la religión del hijo, por lo que es aceptable que el musulmán contraiga matrimonio con mujer de otra religión, prohibiéndose, en cambio, a una musulmana contraer nupcias con persona de distinta religión<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> Sobre la libertad religiosa, *vid.*, entre otros, MANTECÓN, J., *El derecho fundamental de libertad religiosa: textos, comentarios y bibliografía*, Pamplona 1996; VV. AA., *La libertad religiosa en España a los veinte años de su Ley Orgánica*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1999; VV. AA. (coords. DE LA HERA, A., y MARTÍNEZ DE CODES, R.), *Proyección nacional e internacional de la libertad religiosa*, Dirección General de Asuntos Religiosos, Madrid, 2001; COMBALÍA, Z., *El derecho de libertad religiosa en el mundo islámico*, Pamplona, 2001.

<sup>57</sup> CIÁURRIZ LABIANO, M. J., *La libertad religiosa en el derecho español*, Madrid, 1984, pp. 122-37.

<sup>58</sup> LÓPEZ ALARCÓN, M., «Nuevo derecho de menores...», *op. cit.*, p. 336. También, *vid.*, sobre este punto, SEJOURNÉ. R., *L'option religieuse des mineurs et l'autorité parentale*, París, 1972, pp. 292-311.

<sup>59</sup> MIHALOVICI, I., y TOLEDANO, E., «Los judíos en la España de hoy», en *Pluralismo religioso en España II*, Salamanca, 1983, p. 471.

<sup>60</sup> SALAAH-BEY, M., «La tradition islamique et la Convention Internationale des droits de l'enfant», en *L'année canonique* 36, 1994, p. 224.

– *Manifestar las propias creencias religiosas*<sup>61</sup>. Esta manifestación puede realizarse bien oralmente o por escrito, o también, a través de diferentes símbolos representativos de la propia confesión<sup>62</sup> e, incluso, por medio de la indumentaria. A este respecto, téngase en cuenta, como dice Escrivá, «el hecho ineludible del pluralismo religioso, ético, cultural... característico de nuestras sociedades contemporáneas democráticas»<sup>63</sup> que conlleva que a las aulas de nuestras escuelas acudan los alumnos portando bien la cruz, la estrella de David, o bien prendas de vestir como el Kipá hebreo o el velo islámico<sup>64</sup>.

Mientras que en nuestro país recientemente ha surgido algún problema al respecto<sup>65</sup>, en Francia ya hace años que la presencia de símbolos religiosos en las escuelas ha acarreado situaciones conflictivas. En concreto, en 1989, tres alumnas musulmanes acudieron a la escuela llevando el velo islámico y como una de ellas no se despojó del mismo al ser requerida para ello, fue expulsada<sup>66</sup>.

Inmediatamente, el ministro de Educación solicitó del Consejo de Estado un dictamen sobre una serie de cuestiones relativas al hecho de

<sup>61</sup> *Vid.*, al respecto, CIÁURRIZ LABIANO, M. J., *El derecho de proselitismo en el marco de la libertad religiosa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

<sup>62</sup> Sobre la presencia de símbolos religiosos, *vid.*, entre otros, LLAMAZARES CALZADILLA, M. C., «La presencia de símbolos religiosos en las aulas docentes», en *La libertad religiosa y de conciencia...*, *op. cit.*, pp. 559-72; MORENO BOTELLA, G., «Libertad religiosa y neutralidad escolar», en *REDC*, 58, 2001, pp. 173-218.

<sup>63</sup> ESCRIVÁ IVARS, J., «La objeción de conciencia», en *Manual de Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, 1997, p. 293.

<sup>64</sup> Sobre el hijáb o velo islámico, *vid.*, BEN ABID, E., «La sharia fra particularismo e universalità», en *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 1996, p. 38. También sobre el velo islámico y la vestimenta judía, FÉLIX BALLESTA, M. A., «El régimen jurídico acordado en España sobre las peculiaridades culturales de las Confesiones religiosas minoritarias», en *ADEE*, XVI, 2000, pp. 186-8.

<sup>65</sup> En el curso escolar 2001-02, a una joven musulmana de trece años se le asignó plaza en un colegio privado concertado de inspiración católica. En dicho centro se utilizaba como prenda de vestir un determinado uniforme que debían llevar las alumnas que acudieran al mismo. Por su parte, el padre de la joven deseaba que su hija llevara el velo, lo que colisionaba con la idea de la uniformidad. Finalmente, a la niña se la trasladó a un colegio público. No obstante, por parte de la dirección de este centro se señaló que llevar dicha vestimenta era «símbolo de discriminación sexual» y que se debería prohibir (*Diario Las Provincias*, 16 de febrero de 2002, p. 34).

Al respecto, *vid.*, el Comunicado del Centro Cultural islámico de Valencia sobre el velo, en <http://www.webislam.com/>. numeros. 2002/162/ noticias/Valencia.

<sup>66</sup> *Vid.*, nota 35 del trabajo de BASDEVANT-GAUDEMET, B., *Lo statuto giuridico dell'Islam in Francia*, en *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 1996, p. 98. También, *vid.*, PUENTE ALCUBILLA, V., *Minoría de edad...*, *op. cit.*, pp. 203 y ss.

llevar signos religiosos en la escuela. El Consejo de Estado, como órgano consultivo, señaló a través del *avis* de 27 de noviembre de 1989<sup>67</sup>, que llevar estos signos en la escuela no era incompatible con el principio de laicidad, pero estableció unos límites que Martí<sup>68</sup> los reagrupa atendiendo a lo siguiente: a los signos, que no deben ser ostentatorios ni reivindicativos; a las condiciones en que se exhiban (individual o colectivamente); y a los comportamientos que acompañen su exhibición (ánimo de presionar, provocar o atraer). Igualmente advierte que también se limita esa exhibición según sus efectos (que amenacen o dañen la dignidad, la salud...).

Posteriormente, el 12 de diciembre, se publicó una circular del Ministerio de Educación Nacional<sup>69</sup> (circular Jospin), indicando a las autoridades de los centros de enseñanza los principios enunciados por el Consejo de Estado, exhortando a instaurar un diálogo y llegar a una solución ante esta problemática. A tenor de estas consideraciones, el Consejo de Estado, actuando como órgano de la jurisdicción administrativa, procedió, a través del *arrêt* de 2 de noviembre de 1992<sup>70</sup>, a anular algunas de las prohibiciones generales que figuraban en los estatutos de los centros escolares relativas al uso del velo.

Curiosamente, años más tarde, en 1994, se publicó una nueva circular del Ministerio de Educación (circular Bayrou)<sup>71</sup>, en cuya redacción se

<sup>67</sup> Avis du 27 de novembre de 1989, núm. 346893, Conseil d'État, Assemblée Générale Plénière. Puede verse el texto y comentario en JPC (Rapporteur Martine Laroque), *Laïcité scolaire, l'avis du Conseil d'État sur le port du voile islamique à l'école*, en *Actualité juridique. Droit administratif*, 20 janvier 1990, 39-46; también, *vid.* RIVERO, J., «Laïcité scolaire et signes d'appartenance religieuse», en *Revue français de Droit Administratif* 6 (1), jan.-févr. 1990, pp. 1-9.

<sup>68</sup> MARTÍ, J. M., «Enseñanza y religión en Francia», en *ADEE*, XIII, 1997, p. 171. También *vid.*, BRIONES, I., «La laicidad en la jurisprudencia francesa», en *IC*, 1996, pp. 259 y ss.

<sup>69</sup> Puede verse el texto y comentarios en DURAND-PRINBORGNE, C., «La circulaire Jospin du 12 décembre 1989», en *Revue français de Droit administratif*, 6 (1), jan.-févr. 1990, pp. 10-22.

<sup>70</sup> El Conseil d'État anuló las disposiciones del reglamento interior del colegio de Montfermeil «en raison de la généralité de ses termes», ya que disponía que «le port de tout signe distinctif vestimentaire ou autre d'ordre religieux, politique ou philosophique est strictement interdit», en BREILLAT, D., «La religión...», *op. cit.*, p. 168. Puede verse el texto de la sentencia del Consejo de Estado de 2 de noviembre de 1992 (M. Kherouaa et Mme. Kachour, M. Balo et Mme. Kizic, en KESSLER, D., «Neutralité de l'enseignement public et liberté d'opinion des élèves (à propos du port de signes distinctifs d'appartenance religieuse dans les établissements scolaires)», en *Revue français de Droit administratif* 9, (1), jan.-févr. 1993, pp. 112-9.

<sup>71</sup> Señala la Circular lo siguiente: «A la porte de l'école doivent s'arrêter toutes les discriminations qu'elles soient de sexe, de culture, ou de religion... C'est pourquoi il n'est

observa un cambio radical en relación con la anterior postura. En marzo de 2004 se ha aprobado una ley en virtud de la cual se prohíben los símbolos religiosos en las escuelas públicas <sup>72</sup>:

B) La libertad de culto y asistencia religiosa. Ésta, que se contempla desde dos ópticas, positiva y negativa, comprende los siguientes derechos:

– *Derecho a recibir asistencia religiosa de su propia confesión.*

En este caso, como señala Olmos <sup>73</sup>, el Estado actúa de intermediario para facilitar la asistencia religiosa de aquellos que se encuentran en centros públicos de especial dependencia. Esta asistencia se concreta fundamentalmente en el ámbito hospitalario y penitenciario, así como en los orfanatos.

En el ámbito hospitalario, el menor que se encuentra ingresado en un centro público de salud podrá solicitar, en el ejercicio de su derecho de libertad religiosa, el derecho de asistencia religiosa que garantiza a todo usuario de los centros hospitalarios el Real Decreto 2082/1987, de 25 de agosto <sup>74</sup>. Si se trata de un menor católico, como en cada centro debe

---

pas possible d'accepter à l'école la présence et la multiplication de signes ostentatoires que leur signification est précisément de séparer certains élèves des règles de vie commune à l'école. Ces signes sont en eux-mêmes des éléments de prosélytisme, à plus forte raison lorsqu'ils mettent en jeu la sécurité des élèves ou lorsqu'ils entraînent des perturbations dans la vie commune des établissements...», en *Journal des Jeunes*, n. 138, oct. 1994, 7, citado por RAYMOND, G., *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, París 1995, 302. Sobre esta disposición *vid.* también FERRARI, S. L., «L'islam e il separatismo francese», en *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 1996, pp. 150-4.

El Consejo de Estado, no obstante, anuló algunas de las decisiones de los Directores de los Centros que prohibían la presencia del velo islámico en las aulas. Por ejemplo Arrêt du Conseil d'État, 2 mai 1996, Ministre de l'Éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la Recherche c/M. Ali, junto con otras sentencias y comentarios, en DURAND-PRINBORNE, C., «Le port des signes extérieures de convictions religieuses à l'école: Une jurisprudence affirmée... une jurisprudence contestée», en *Revue français...*, *op. cit.*, p. 13 (1), jan.-févr. 1997, 151-72.

<sup>72</sup> *Vid.* Circulaire du 18 mai 2004 relative à la mise en oeuvre de la loi n.º 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.

<sup>73</sup> OLMOS ORTEGA, M. E., «La asistencia religiosa», en *Acuerdos de Estado español con los judíos, musulmanes y protestantes*, Salamanca, 1994, p. 193. Sobre este tema, *vid.* también MUSOLES CUBEDO, M. C., «La asistencia religiosa», en *Multiculturalismo y movimientos migratorios*, Valencia, 2003, pp. 221-53.

<sup>74</sup> El artículo 13.1.j) de Real Decreto 2082/1978, de 25 de agosto (BOE núm. 20, de 1 de septiembre), por el que se aprueban normas provisionales de gobierno y administración

existir un servicio de asistencia religiosa católica, verá pronto satisfecho su derecho. En el caso de que el menor perteneciera a la FEREDE, a la FCI o a la CIE, aunque tiene reconocido este derecho, para garantizárselo, deberá comunicar a la dirección del centro su solicitud, a fin de que ésta se ponga en contacto con el ministro de culto de la confesión indicada.

Por su parte, en el ámbito penitenciario, conviene tener en cuenta la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero <sup>75</sup>, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Entre las diversas medidas a imponer a los menores con edades comprendidas entre los catorce y los dieciocho por delitos o faltas cometidos, se encuentra la de internamiento en régimen cerrado. Esta privación de libertad no implica restricción en el ejercicio del derecho de libertad religiosa, pues van a poder recibir asistencia de su propia religión <sup>76</sup>. Aquí, al igual que en el caso de los establecimientos hospitalarios, el régimen o la modalidad es diferente, según se trate de católicos o acatólicos.

– *El derecho al descanso semanal y a conmemorar las festividades religiosas.*

En el artículo 12 de los Acuerdos con la FEREDE, FCI y CIE se dispensa a los alumnos de los centros públicos o privados concertados de la asistencia a clase y de la celebración de exámenes en sus días u horas señalados como de precepto, descanso semanal o festivo. El que se limite el ejercicio de este derecho a los centros públicos o privados concertados es criticable según Ramírez <sup>77</sup>, pues considera que se podría extender también a los alumnos de los centros privados, ya que ello no supondría una quiebra de los derechos propios del centro y sí un fortalecimiento del derecho fundamental.

---

de los servicios hospitalarios y las garantías de los usuarios, señala entre los derechos de los usuarios el relativo a «asistencia religiosa según su confesionalidad».

<sup>75</sup> BOE núm. 11, de 13 de enero de 2000, artículo 7.

<sup>76</sup> Vid. al respecto, BERISTAIN IPIÑA, A., «El derecho a la libertad religiosa en los internados de menores y jóvenes», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, octubre 1987, pp. 595-607; MORENO ANTÓN, M., «La asistencia religiosa católica en Centros Penitenciarios. Comentario al Acuerdo de 20 de mayo de 1993 entre el Presidente de la CEE y el Ministro de Justicia», en *REDC*, 51, 1994, pp. 199-216.

<sup>77</sup> RAMÍREZ NAVALÓN, R., «Las festividades religiosas», en *Acuerdos...*, *op. cit.*, p. 253. También sobre las festividades judías y musulmanas, *vid.*, REDONDO ANDRÉS, M. J. y RIBES SURIOL, A. I., «Análisis descriptivo de las minorías religiosas establecidas en la Comunidad Valenciana: creencias, régimen jurídico confesional y tradiciones», en *Multiculturalismo...*, *op. cit.*, pp. 154-5 y 160-1, respectivamente.

Sobre este derecho conviene recordar que, en el caso de la FERED-DE<sup>78</sup>, el descanso semanal a que tienen derecho estos alumnos comprende desde la puesta de sol del viernes hasta la puesta del sol del sábado, mientras que, en el supuesto de la FCI<sup>79</sup>, el descanso semanal abarca el día del sábado. En la actualidad, el horario escolar incluye desde los lunes por la mañana a viernes por la tarde, por lo que no parece fácil que se puedan originar problemas en este sentido, salvo que se impusiese alguna actividad escolar en sábado. En el caso islámico<sup>80</sup>, como sus horas de precepto semanal son los viernes desde las trece treinta horas hasta las dieciséis treinta horas, franja horaria donde sí suele haber actividad escolar, puede resultar más compleja la efectividad de este derecho.

Por su parte, el derecho a conmemorar las festividades propias de la confesión y, por consiguiente, el derecho a ausentarse de clase y no realizar exámenes en esas fechas se reconoce en los Acuerdos con la FCI y CIE<sup>81</sup>.

En el supuesto de los alumnos católicos, el derecho al descanso semanal y a la conmemoración de los días festivos no genera problemas en la medida en que éstos coinciden con los días de descanso señalados en el Estatuto de los Trabajadores<sup>82</sup>.

---

<sup>78</sup> Vid., artículo 12.3 del Acuerdo entre el Estado español y la FERED-DE, Ley 24/1992, de 10 de noviembre (BOE núm. 272, de 12 de noviembre). Vid. al respecto, BONET NAVARRO, J., «La celebración de festividades religiosas en los Acuerdos de cooperación de 1992», en *REDC* 52, 1995.

<sup>79</sup> Vid., artículo 12.3 del Acuerdo entre el Estado español y la FCI, Ley 25/1992, de 10 de noviembre (BOE núm. 272, de 12 de noviembre).

<sup>80</sup> Vid., artículo 12.3 del Acuerdo entre el Estado español y la CIE, Ley 26/1992, de 10 de noviembre (BOE núm. 272, de 12 de noviembre).

<sup>81</sup> Vid., los artículos 12.3 de los Acuerdos entre el Estado español y la FCI, Ley 25/1992, y la CIE, Ley 26/1992, ambos de 10 de noviembre (BOE núm. 272, de 12 de noviembre).

<sup>82</sup> El artículo III del Acuerdo Jurídico celebrado entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979 (BOE núm. 300, de 15 de diciembre), establece que «El Estado reconoce como días festivos todos los domingos».

El artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 75, de 29 de marzo) señala que: «los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal... que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el domingo...».

Por su parte, el punto 2 del artículo 37 del Estatuto señala que: «Las fiestas laborales... no podrán exceder de catorce al año... Se respetarán como fiestas de ámbito nacional las de la Natividad del Señor, Año Nuevo, 1 de Mayo, como fiesta del Trabajo, y 12 de octubre, como Fiesta Nacional de España».

– *Derecho a celebrar los ritos matrimoniales.*

Así, se puede contraer matrimonio según los ritos religiosos de una determinada confesión, pero ello no implica necesariamente que ese matrimonio goce de eficacia civil. A este respecto conviene recordar que en España existen cuatro formas religiosas de celebración de matrimonio que gozan de eficacia civil<sup>83</sup>. Aquí se podría plantear el tema de si el matrimonio religioso de menores de edad, que, según su normativa confesional, caso por ejemplo del matrimonio canónico y judío<sup>84</sup>, pueden contraer con una edad inferior a la señalada por el Código Civil, goza de eficacia civil. Es decir, si el matrimonio de los menores, válido desde el punto de vista confesional, también lo es desde el punto de vista civil, pues no hay que olvidar que, aunque el matrimonio produce efectos civi-

<sup>83</sup> Sobre el matrimonio religioso, *vid.*, entre otros, NAVARRO VALLS, R., *El matrimonio religioso ante el Derecho español*, Barcelona, 1984; *idem*, «El reconocimiento del matrimonio canónico ante el derecho del Estado», en *Matrimonio. El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio*, Pamplona, 2000, pp. 1489-98; JORGE GARCÍA REYES, J. A., *El matrimonio de las minorías religiosas y el Derecho español*, Madrid, 1986; AZNAR GIL, F., y OLMOS ORTEGA, M. E., *La preparación, celebración e inscripción del matrimonio en España*, Salamanca, 1996; *idem* «El matrimonio y la familia de los miembros de las minorías religiosas en la Comunidad valenciana», en *Multiculturalismo...*, *op. cit.*, pp. 184-220; *idem*, «El matrimonio religioso no canónico en el ordenamiento civil español», en *Curso de Derecho matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del foro*, XI, Salamanca, 1994, p. 307-32; *idem*, «Los Acuerdos con la FEREDE, FCI y CIE», en *Acuerdos...*, *op. cit.*, pp. 95-118; *idem*, «Los derechos de la familia», *REDC*, 51, 1994, pp. 597-99; RAMÍREZ NAVALÓN, R. M., «La eficacia civil del matrimonio religioso acatólico», en *Curso sobre derecho de familia. Cuestiones civiles y penales*, Valencia, 1997, pp. 173-99; RODRÍGUEZ CHACÓN, R., «El matrimonio religioso no canónico en el derecho español», en *ADEE*, X, 1994, pp. 371-83; ALENDA SALINAS, M., «Derecho de familia musulmán en un país de inmigración: entre el desconocimiento y la normalidad del instituto matrimonial islámico en España», en *Derecho de familia...*, *op. cit.*, pp. 299-315.

<sup>84</sup> Según el canon 1083.1 del Código de Derecho Canónico: «No pueden contraer matrimonio válido el varón antes de los dieciséis años cumplidos, ni la mujer antes de los catorce, también cumplidos». No obstante, el párrafo 2 señala que «Puede la Conferencia episcopal establecer una edad superior para la celebración lícita del matrimonio».

En este sentido, el Decreto General de 26 de noviembre de 1983 establece en su artículo 11 que «no podrán contraer lícitamente matrimonio el varón y la mujer que no hayan cumplido los dieciocho años».

Por su parte, en el Derecho judío, la edad para contraer no está bien definida. Para unos autores es la de doce años para la mujer y trece para el varón; mientras que otros entienden que el Talmud señala como edad conveniente la de los dieciocho años. Sobre los ritos que acompañan a la celebración, *vid.*, MIHALOVICI, I., y TOLEDANO, E., «Los judíos en...», *op. cit.*, p. 472. También REDONDO ANDRÉS, M. J., y RIBES SURIOL, A. I., «El judaísmo», en *Acuerdos...*, *op. cit.*, p. 63, y FÉLIX BALLESTA, M. A., «El régimen jurídico acordado...», *op. cit.*, pp. 147-85.

les desde su celebración, para el pleno reconocimiento es necesaria su inscripción en el Registro Civil <sup>85</sup>, que se denegará si el matrimonio no reúne determinados requisitos exigidos en la legislación civil, entre otros, el de haber alcanzado los dieciocho años.

Como sabemos, en estos casos en que el menor contrae por debajo de esta edad se le puede atribuir eficacia civil a su matrimonio si el Juez de Primera Instancia le concede la dispensa oportuna del impedimento, siempre que tenga más de catorce años <sup>86</sup>, o si el menor, mayor de dieciséis, se encuentra emancipado <sup>87</sup>.

– *Derecho a recibir sepultura digna sin discriminación por motivos religiosos.*

Los menores, como cualquier adulto, tienen en la actualidad fácilmente garantizado el derecho a recibir sepultura digna sin discriminación por motivos religiosos, ya que pueden recibirla bien en un cementerio municipal o bien en un cementerio privado, entre los que se encuentran los confesionales <sup>88</sup>. En los primeros no cabe ningún tipo de discriminación <sup>89</sup> por razón de religión, permitiéndose los ritos funerarios que el difunto hubiera designado o la familia determine <sup>90</sup>.

<sup>85</sup> *Vid.*, artículo VI.1 del Acuerdo Jurídico de 3 de enero de 1979, Instrumento de ratificación de 4 de diciembre de 1979, entre el Estado español y la Santa Sede, sobre Asuntos Jurídicos (*BOE* núm. 300, de 15 de diciembre), y los respectivos artículos 7.1 de los Acuerdos entre el Estado español y la FEREDE, Ley 24/1992, de 10 de noviembre, la FCI, Ley 25/1992, de 10 de noviembre, y la CIE Ley 26/1992, de 10 de noviembre (*BOE* núm. 272, de 12 de noviembre).

<sup>86</sup> Según dispone el artículo 48 del Código Civil, «El Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, los impedimentos del grado tercero entre colaterales y de edad a partir de los catorce años...».

<sup>87</sup> Según el artículo 314 del Código Civil, la emancipación tiene lugar: «1. Por la mayoría de edad; 2. Por el matrimonio del menor; 3. Por concesión de los que ejerzan la patria potestad; 4. Por concesión judicial».

<sup>88</sup> Sobre los cementerios, *vid.*, entre otros, RAMÍREZ NAVALÓN, R. M., «Los lugares de culto y los cementerios», en *Acuerdos...*, *op. cit.*, pp. 119-34; GUTIÉRREZ DEL MORAL, M. J., «Derecho eclesiástico del Estado e inhumaciones», en *Estudios Jurídicos...*, *op. cit.*, pp. 425-9; BONET NAVARRO, J., «Los lugares de culto de las minorías religiosas en la Comunidad Valenciana», en *Multiculturalismo...*, *op. cit.*, pp. 255-94.

<sup>89</sup> A este respecto, el artículo 1 de la Ley 49/1978, de 3 de noviembre (*BOE* núm. 266, de 7 de noviembre), de enterramiento en cementerios municipales, establece que: «Los Ayuntamientos están obligados a que los enterramientos que se efectúen en sus cementerios se realicen sin discriminación alguna por razones de religión ni por cualesquiera otras».

<sup>90</sup> En este sentido, el artículo 2 de la Ley 49/1978, de 3 de noviembre (*BOE* núm. 266, de 7 de noviembre) de enterramiento en cementerios municipales, dispone que:

## C) La información y la enseñanza religiosa.

A este respecto, el artículo 2.1.c) de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, que coincide con el párrafo 3.º del artículo 27 de la Constitución, señala el derecho de los padres de elegir para sí y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Este derecho de los padres tendrá que compaginarse con lo que dispone el párrafo 3.º del artículo 6 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, donde se establece que los padres únicamente deben cooperar con el menor para que éste ejerza su derecho de libertad religiosa. De manera que, tal y como hemos indicado al tratar la capacidad del menor, mientras éste no tenga la suficiente madurez deberán ser los padres quienes elijan su formación religiosa y moral<sup>91</sup>. Alcanzada ésta, los padres tendrán que cooperar con el menor para que éste vea satisfecho el ejercicio de su libertad religiosa.

Este derecho de libertad religiosa comprende no sólo el derecho a recibir una enseñanza religiosa (contenido mínimo), sino también el derecho a una formación religiosa (contenido amplio)<sup>92</sup>. En este sentido, se

---

«los ritos funerarios se practicarán sobre cada sepultura de conformidad con lo dispuesto por el difunto o con lo que la familia determine...».

Los ritos funerarios varían según las confesiones. Así, por ejemplo, los judíos, después de producida la muerte, lavan el cuerpo y lo envuelven en un lienzo, celebrándose el servicio religioso en la casa del difunto. *Vid.*, al respecto, REDONDO ANDRÉS, M. J., y RIBES SURIOL, A. I., «El judaísmo», *op. cit.*, pp. 65-6. Por su parte, los ritos funerarios musulmanes también consisten en lavar el cuerpo y envolverlo en un sudario blanco, recostado del lado derecho y con la cara hacia la Meca, estando prohibida la incineración y la sepultura en nichos, *vid.*, BONET NAVARRO, J., y VENTO TORRES, M., «El islamismo», en *Acuerdos...*, *op. cit.*, p. 84.

<sup>91</sup> CONTRERAS MAZARIO, J. M., *La enseñanza de la religión en el sistema educativo*, Madrid, 1992, p. 64, considera que, «adquirida la discreción de juicio, tales actuaciones –por ejemplo elección de formación religiosa y moral– no caben dentro del ámbito de patria potestad, pudiendo ser ejercido tal derecho por el menor, incluso en contradicción con los criterios paternos».

<sup>92</sup> Sobre la enseñanza, *vid.*, entre otros, MUSOLES CUBEDO, M. C., «La educación y la enseñanza», en *Acuerdos...*, *op. cit.*, pp. 209-29; SATORRAS FIORETTI, R. M., «Los debates parlamentarios en torno a la libertad de enseñanza (art. 27 CE)», en *Estudios Jurídicos...*, II *op. cit.*, pp. 845-53; MORENO BOTELLA, G., «La protección jurídica del menor y el derecho de los padres a elegir su educación de frente a la Administración. (Entorno a la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 23-11-99)», en *Derecho de familia...*, *op. cit.*, pp. 631-4; REDONDO ANDRÉS, M. J. y RIBES SURIOL, A. I., «La enseñanza religiosa acatólica: sistema de aplicación e incidencia real en la Comunidad», en *Multiculturalismo... op. cit.*, pp. 171-81.

manifiesta el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, celebrado entre el Estado español y la Santa Sede, y los estipulados con la FEREDE, FCI y CIE<sup>93</sup> que garantizan en los centros de educación la enseñanza de la religión respectiva.

Actualmente, la Ley de Calidad<sup>94</sup> establece que tanto en la Educación Primaria (art. 16.2) como en Secundaria (art. 23.1) y Bachillerato (art. 35.5) se cursará el área de sociedad, cultura y religión de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional segunda<sup>95</sup>. En esta disposición se señala que esta área comprenderá dos opciones: una de carácter confesional, acorde con la confesión que opten los padres o los alumnos, y otra de carácter no confesional.

La normativa de desarrollo<sup>96</sup>, al tratar el procedimiento de elección, remite al artículo 3.1 y 3.2 del Real Decreto 2438/1994, de 16 de diciembre (anterior a la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor). En el párrafo primero de dicha disposición se señala que los padres o tutores o los alumnos, si fueren mayores de edad, manifestarán al centro el deseo de cursar la enseñanza de la religión, mientras que el párrafo segundo se está refiriendo a aquellos que opten por la opción no confesional.

Parece que este párrafo primero del artículo 3 se está refiriendo más a la comunicación al centro que propiamente a la elección. Aunque la comunicación al centro la efectúen los padres cuando se trate de menores de edad, no hay que olvidar que, a tenor del derecho de libertad religiosa reconocido en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, la

---

<sup>93</sup> Vid. el artículo II del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre enseñanza y Asuntos Culturales (*BOE* núm. 300, de 15 de diciembre) y los artículos 10.1 de los Acuerdos celebrados entre el Estado español y la FEREDE, Ley 24/1992, la FCI, Ley 25/1992, y CIE, Ley 26/1992, todos ellos de 10 de noviembre (*BOE* núm. 272, de 12 de noviembre).

<sup>94</sup> Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre (*BOE* núm. 307).

<sup>95</sup> Un comentario a esta disposición lo realiza OLMOS ORTEGA, M. E., «Sociedad, cultura y religión: nueva área de conocimiento propuesta por la Ley de Calidad de la Educación», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 1, [www.iustel.com](http://www.iustel.com) (portalderedcho); idem, «Sociedad, cultura y religión: asignatura de doble configuración», en *Revista General de Derecho Canónico...*, *op. cit.*, núm. 3.

<sup>96</sup> Vid., al respecto, la disposición adicional primera 4, del Real Decreto 830/2003, de 27 de junio, por el que se establecen las enseñanzas comunes de la Educación Primaria (*BOE* núm. 157, de 2 de julio); del Real Decreto 831/2003, de 27 de junio, por el que se establece la ordenación general y las enseñanzas comunes de la Educación Secundaria Obligatoria (*BOE* núm. 158, de 3 de julio de 2003), y del Real Decreto 832/2003, de 27 de junio, por el que se establece la ordenación general y las enseñanzas comunes del Bachillerato (*BOE* núm. 159, de 4 de julio de 2003), respectivamente.

decisión de cursar bien la opción confesional (sobre cualquier religión perteneciente a una confesión con la que el Estado hubiera firmado Acuerdos de cooperación), o bien la no confesional, correspondería a éstos, si tuvieran la suficiente madurez.

D) Los derechos de reunión, manifestación y asociación.

En virtud del artículo 7 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor<sup>97</sup>, relativo al derecho de participación, asociación y reunión, puede entenderse que también se les reconoce el derecho a participar en actividades religiosas, a asociarse con fines religiosos, así como a participar en reuniones públicas y manifestaciones pacíficas que tengan contenido religioso<sup>98</sup>.

## 5. LÍMITES

La Convención de los Derechos del Niño dispone, de manera semejante al Convenio para la protección de los derechos y de las libertades

---

<sup>97</sup> El artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección del menor... (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996), señala que: «1. Los menores tienen derecho a participar plenamente en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno, así como a una incorporación progresiva a la ciudadanía activa.

Los poderes públicos promoverán la constitución de órganos de participación de los menores y de las organizaciones sociales de infancia.

2. Los menores tienen el derecho de asociación, que, en especial comprende:

a) El derecho a formar parte de asociaciones y organizaciones juveniles de los partidos y sindicatos, de acuerdo con la Ley y los Estatutos.

b) El derecho a promover asociaciones infantiles y juveniles e inscribirlas de conformidad con la Ley. Los menores podrán formar parte de los órganos directivos de estas asociaciones. Para que las asociaciones infantiles y juveniles puedan obligarse civilmente, deberán haber nombrado, de acuerdo con sus Estatutos, un representante legal con plena capacidad.

Cuando la pertenencia de un menor o de sus padres a una asociación impida o perjudique al desarrollo integral del menor, cualquier interesado, persona física o jurídicas, o entidad pública, podrá dirigirse al Ministerio Fiscal para que promueva las medidas jurídicas de protección que estime necesarias.

3. Los menores tienen derecho a participar en reuniones públicas y manifestaciones pacíficas, convocadas en los términos establecidos por la Ley.

En iguales términos, tienen también derecho a promoverlas y convocarlas con el consentimiento expreso de sus padres, tutores o guardadores».

<sup>98</sup> Sobre este derecho, *vid.*, entre otros, ALONSO PÉREZ, M., «La situación jurídica del menor... II», *op. cit.*, p. 27; NÚÑEZ MUÑOZ, C., «Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», en *La*

fundamentales, en el párrafo 3.º del artículo 14 que «La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la Ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades fundamentales de los demás».

Por su parte, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor al tratar los límites no menciona el controvertido concepto de orden público, aunque este límite sí que se señala en otros artículos, tales como el artículo 8, relativo a la libertad de expresión. En concreto, el punto 2 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor señala que «el ejercicio de los derechos dimanantes de esta libertad tiene únicamente las limitaciones prescritas por la Ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás». Para una mayor comprensión del precepto, quizá hubiera que añadir a la primera frase «tiene únicamente las limitaciones prescritas por la Ley», parte del párrafo 3.º del artículo 14 de la Convención «que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicas...».

Conviene recordar que la Constitución señala al orden público como límite del derecho de libertad religiosa, mientras que el artículo 3.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980<sup>99</sup>, al tratar los límites de la libertad religiosa cita la protección de los derechos de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, como «elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley...». Al respecto entiende González del Valle que esta afirmación «resulta discutible y tergiversa el artículo 9.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales... En resumen, se pretende ocultar que la Constitución señala un límite menor que la Convención; y en la Ley de Libertad religiosa se señalan como límites los de la Convención, que son más amplios que los de la Constitución»<sup>100</sup>.

Aunque son varios los problemas que se plantean en relación con estos elementos, y que parece evidente que la libertad religiosa del menor

---

Ley, 5, 1996, p. 1485; GARCÍA, M., «Panorama general de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor», en *Actualidad Civil*, 34, 1997, p. 819.

<sup>99</sup> Señala COMBALÍA, Z., «Los límites del derecho de libertad religiosa», en *Tratado...*, *op. cit.*, p. 479, que la Ley Orgánica de Libertad Religiosa prácticamente calcó la redacción del Convenio.

<sup>100</sup> GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M., edición actualizada por Miguel Rodríguez Blanco, *Derecho Eclesiástico...*, *op. cit.*, p. 249.

no puede argüirse en contra de la salud pública, nos podemos cuestionar si la salud de un menor o, mejor dicho, si el derecho a la vida del menor constituiría un límite al ejercicio de su derecho de libertad religiosa. A este respecto, debemos recordar la Sentencia de 20 de noviembre de 1996, dictada por la Audiencia Provincial de Huesca<sup>101</sup>, donde el Tribunal parece que tuvo en cuenta la decisión de un menor, un niño de trece años, que rechazó una transfusión sanguínea por sus creencias religiosas. El menor se opuso de tal manera a la transfusión que los médicos estimaron no conveniente practicarla. Los padres fueron absueltos por este Tribunal de un delito de homicidio de comisión por omisión, por entender que aun manteniéndose firmes en sus creencias religiosas, siempre acataron y no obstaculizaron la decisión de la justicia en relación con la transfusión sanguínea que se le debía practicar al hijo.

Esta Sentencia, según Vidal, afirma «claramente la superioridad del valor libertad que se concreta en la superioridad del derecho de libertad ideológica derivado del artículo 16... y, consecuentemente, afirma el principio de disponibilidad de la vida mediante la autodeterminación en la persona plenamente autoconsciente, libre y responsable de un menor de trece años»<sup>102</sup>.

El Ministerio Fiscal, basándose en que el consentimiento del menor carece de relevancia jurídica en orden a aceptar o rechazar un determinado tratamiento médico, considera que dicha facultad corresponde a los padres, siendo ellos los responsables de la muerte, procediendo a interponer recurso de casación<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> B. D. Aranzadi. Jurisprudencia. Marginal ARP 1996/1064, Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, de 20 de noviembre de 1996. Núm. 196/1996, Sumario 2/1995. Rollo núm. 48/1995, Ponente Ilmo. Sr. don Gonzalo Gutiérrez Celma.

En el Fundamento jurídico segundo se sostiene que: «... no debe olvidarse que la amenaza inminente de una transfusión provocó en el menor, en este caso, una reacción de auténtico terror que no pudo ser disipado o neutralizado pese a toda la fuerza desplegada, con empeño, por todo el personal sanitario».

<sup>102</sup> VIDAL, E., «El conflicto entre el derecho a la vida y la libertad en la Jurisprudencia española. A propósito de la Sentencia 196/1996, de la Audiencia Provincial de Huesca», en *Revista General de Derecho*, pp. 634-5, julio-agosto 1997, p. 10284.

<sup>103</sup> El Ministerio Fiscal defiende el recurso basándose en diversos argumentos:

«a) El consentimiento del menor –en este caso de trece años de edad– carece de relevancia jurídica en orden a aceptar o rechazar un tratamiento médico...

b) En todo momento los padres tuvieron el dominio del hecho...

c) Los padres, al no consentir que fuera prestada la asistencia sanitaria necesaria para la vida de su hijo, realizan la conducta prevista en el artículo 138 del Código Penal (homicidio) en la modalidad de comisión por omisión dolosa por concurrir en ellos la condición de garantes [art. 11.a) del Código Penal] y existir nexo causal entre la omisión y el resultado...»

El Tribunal Supremo, con fecha 27 de junio de 1997,<sup>104</sup> estima que, si en todo caso un adulto puede negarse, por motivos religiosos, a un tratamiento médico, ello no es posible cuando la vida que está en peligro es la de un menor, donde ha de prevalecer su derecho a la vida y su salud, no pudiendo los padres esgrimir, al respecto, motivos de conciencia<sup>105</sup>. Además estima que «la posición de garante, presente en los padres, no se ve afectada por el hecho de que el hijo, miembro de la misma confesión religiosa, también se opusiera a la transfusión de sangre. Como destaca el Ministerio Fiscal, en los razonamientos de su recurso, el derecho positivo aporta expresivos ejemplos acerca de la irrelevancia del consentimiento u oposición de un niño de trece años de edad, máxime cuando, como en este caso, está en juego su propia vida»<sup>106</sup>.

Los padres del menor recurrieron en amparo por entender vulnerado su derecho de libertad religiosa. El Tribunal Constitucional<sup>107</sup> entiende que «una actuación suasoria o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa yendo más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor. En tal sentido, y en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias.

Así pues, debemos concluir que la actuación de los ahora recurrentes se halla amparada por el derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE), por ello ha de entenderse vulnerado tal derecho por las Sentencias recurridas en amparo».

La decisión del Tribunal Constitucional puede resultar coherente con la demanda de amparo en la que se alega violación del derecho fundamental de libertad religiosa por parte de los padres. Pero no hay que olvidar que el problema que subyace desde el principio en este caso es el

---

<sup>104</sup> *Vid.*, al respecto, Sentencias –primera y segunda– de igual fecha, 27 de junio de 1997, y con igual número, 950/1997, dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 3248/96.

<sup>105</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico único: «El adulto capaz puede enfrentar su objeción de conciencia al tratamiento médico, debiéndose respetar su decisión... Muy distinta es la situación cuando la persona que requiere el tratamiento para salvar la vida... es un menor... El derecho a la vida y a la salud del menor no puede ceder ante la afirmación de la libertad de conciencia u objeción de los padres...».

<sup>106</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico único.

<sup>107</sup> Sentencia 154/2002, de 18 de julio de 2002. Recurso de amparo abogado 3.468/97 (BOE núm. 188, Suplemento de 7 de agosto de 2002).

de si un niño de trece años puede esgrimir su libertad religiosa y oponerse en dicho ejercicio a un tratamiento médico que puede salvarle la vida.

De la lectura de la sentencia del Tribunal Constitucional, en concreto de su fundamento jurídico décimo, parece deducirse que la decisión de un menor, con suficiente madurez, puede ser tenida en cuenta siempre y cuando no ponga en peligro su vida, en cuyo caso su consentimiento se consideraría ineficaz<sup>108</sup>. Según Navarro Valls, «lo que el Tribunal Constitucional declara es que el derecho fundamental a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte»<sup>109</sup>.

La actual ley 41/2002, de 14 de noviembre<sup>110</sup>, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, no resulta del todo esclarecedora en esta materia. Por una parte señala que se otorgará el consentimiento por representación en el supuesto de que el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. Y en ese caso, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor después de haber oído a éste si tuviere doce años cumplidos. Por otra parte señala que, si se trata de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años, no cabe prestar el consentimiento por representación.

Hasta aquí pudiera parecer todo claro, pero finaliza sosteniendo que en aquellas situaciones en que exista un grave riesgo, según criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para adoptar la decisión correspondiente. Es decir, en los casos en los que, a criterio del facultativo, se pueda poner en peligro la vida del menor, su decisión, con independencia de su capacidad, no parece que deba ser tenida en cuenta. Será la opinión de los padres la que se valorará. Esta salida parece un poco arriesgada, puesto que los padres podrían opinar en contra de la vida del menor.

---

<sup>108</sup> Señala la Sentencia que, «ahora bien, el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos, como los que acaban de ser mencionados, no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto –como el ahora contemplado– que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable».

<sup>109</sup> NAVARRO VALLS, R., «¿parricidio o error invencible?», en *Revista General de Derecho Canónico...*, *op. cit.*, núm. 1.

<sup>110</sup> BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002, artículo 9).

Pudiera deducirse que la libertad religiosa del menor no operaría en situaciones de riesgo, mientras que sí que podría actuar la de sus padres. Esto no parece razonable, pues podemos hacer prevalecer el derecho a la vida sobre el derecho a la libertad religiosa o viceversa, pero no hacer prevalecer en estos casos la libertad religiosa de los padres frente a la libertad religiosa del menor que tiene la suficiente capacidad.

Por otra parte, la aceptación de este tipo de decisiones por parte de los menores con suficiente madurez es evaluada de distinto modo. En este sentido, y en relación con el caso que nos ocupa, Santos considera que «el menor tenía suficiente capacidad para decidir por sí mismo acerca de la transfusión, resultando obligado, por consiguiente, respetar su decisión de negarse a la misma»<sup>111</sup>. En cambio, Romeo Casabona considera dudoso que un menor, en el ejercicio de su libertad religiosa, pueda poner en peligro su vida, advirtiendo que, incluso en el caso que tratamos, el menor no tuvo la suficiente madurez a tenor de la reacción descontrolada cuando se negó a la transfusión<sup>112</sup>.

## 6. A MODO DE CONSIDERACIÓN FINAL

Se ha producido un cambio significativo en la posición que ocupaban los menores. De ser meros «pacientes» de sus derechos, pues éstos eran ejercidos por sus padres o representantes legales, se les ha llegado a considerar como sujetos titulares de derechos. Ya no se habla tanto de los derechos del hijo, término que sería encuadrable en el marco de las relaciones paterno-filiales, cuanto de los derechos del niño o menor, como un concepto más amplio, alejado de los lazos de sangre.

---

<sup>111</sup> SANTOS MORÓN, M. J., «Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002, de 18 de julio», en *Diario La Ley* núm. 5675, de 12 de diciembre de 2002 ([www.laley.net](http://www.laley.net)).

Además, añade: «Los padres no son en todo caso –como parece entendió la Sala de lo Penal del TS– garantes de la vida del hijo menor de edad. Los titulares de la patria potestad no pueden ser considerados como «garantes» en los casos en que el menor tiene capacidad natural para decidir por sí mismo si acepta o no la intervención médica».

<sup>112</sup> ROMEO CASABONA, C. M., «¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (La negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, segunda época, núm. 2, 1998; *idem*, «Libertad de conciencia y actividad biomédica», en *Multiculturalismo...*, *op. cit.*, pp. 470-530.

En este sentido resulta particularmente significativo el reconocimiento del derecho de libertad religiosa del menor. Como derecho personalísimo, que abarca un amplio abanico de manifestaciones, va a poder ser ejercido por el menor que tenga la suficiente madurez, limitándose los padres a cooperar con éste en orden a su efectividad práctica. No obstante, en ocasiones, se plantean conflictos entre los progenitores y el hijo o entre los propios progenitores en relación con su opción religiosa. Conviene destacar que, en estos casos, siempre debe primar el principio motor del «interés superior del menor», cuestión por otra parte que no siempre resulta fácil de valorar.

En definitiva, estamos en el inicio de un proceso de reconocimiento de los menores como sujetos de derechos. Este nuevo camino conduce hacia una mayor igualdad entre los niños y los adultos, siendo el tiempo quien nos reafirme su auténtico sentido.