

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Eclesiástico del Estado



**LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y CREENCIAS DE
LOS MENORES DE EDAD**

**MEMORIA PRESENTADA PARA OPTAR AL GRADO DE
DOCTOR POR**

María Belén Rodrigo Lara

Bajo la dirección del Doctor:

Javier Martínez-Torrón

Madrid, 2004

ISBN: 84-669-2489-2

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Eclesiástico del Estado



**LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y
CREENCIAS DE LOS MENORES DE EDAD**

MEMORIA DOCTORAL DE:

MARÍA BELÉN RODRIGO LARA

DIRECTOR:

Prof. Dr. JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN
Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado

MADRID, 2004

A mis padres

INDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS	9
INTRODUCCIÓN	11
Capítulo I. EL SURGIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL MENOR DE EDAD: APROXIMACIÓN HISTÓRICA	17
1. ACLARACIONES TERMINOLÓGICAS	17
1.1. El menor de edad: definición de la Real Academia de la Lengua Española.....	17
1.2. Otros significados: la utilización peyorativa de los términos relacionados con el menor de edad.	19
1.3. La terminología utilizada por la Ley.	20
1.4. Aclaraciones sobre la terminología empleada en el estudio.....	22
2. LA INFANCIA Y EL DERECHO EN LA HISTORIA	24
2.1. La Antigüedad: El mundo romano.	26
A) El menor de edad en Roma.....	27
C) La <i>patria potestas</i> y los hijos.....	35
D) Las distintas edades determinantes de capacidad.	37
E) El matrimonio.	42
2.2. El cristianismo (siglos IV-VI): un cambio en la concepción de la infancia.....	47
A) El abandono de niños.....	48
B) El matrimonio.	50
2.3. La infancia en la Edad Media (ss.VII-XIV).	51
A) Las edades en la Época medieval.	52
B) El matrimonio.	56
C) Las “Cruzadas infantiles”.	58
2.4. La infancia en la Edad Moderna (s. XV-XVIII).	59
A) La Protección de la infancia.	60
B) El matrimonio.	62
2.5. La infancia en el siglo XIX.....	63
A) Protección de la infancia: La regulación de la Casas Cuna y la especialidad pediátrica.	64
B) La regulación jurídica de la menor edad.....	66

C) La protección de los niños trabajadores: la ley Benot de 24 de julio de 1873.....	69
D) Breve referencia al derecho penal de menores.....	70
E) El matrimonio.....	71
3. EL SIGLO XX Y LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA EN LAS CONSTITUCIONES EUROPEAS.	73
3.1. Constitución española.....	73
3.2. Las Constituciones de los Estados integrantes de la Unión Europea.....	76
4. CONCLUSIONES.....	82
<i>Capítulo II. EL MENOR DE EDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL.....</i>	<i>89</i>
1. LA CONCRECIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS DERECHOS DEL NIÑO. LA NECESIDAD DE UN DERECHO DEL MENOR.	89
1.1. La evolución del concepto de derechos humanos y las diversas doctrinas al respecto.....	89
1.2. Los derechos del niño como concreción de los derechos humanos.....	94
2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DURANTE EL SIGLO XX.	101
2.1. Instrumentos de ámbito universal.....	102
A) La Declaración de los derechos del niño de 1924.....	102
B) La Declaración de los derechos del niño de 1959.....	104
C) La Convención sobre los derechos del niño de 1989.....	110
D) Otros instrumentos relativos a menores de edad.....	113
2.2. Instrumentos de ámbito regional europeo.....	119
<i>Capítulo III. TRATAMIENTO DE LA MINORÍA DE EDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL.....</i>	<i>125</i>
1. EL MENOR COMO SUJETO DE DERECHOS Y LIBERTADES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.	125

1.1. Legislación estatal sobre menores de edad: La Constitución española de 1978, la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor y la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero de responsabilidad penal de los menores.	128
1.2. Legislaciones de las Comunidades Autónomas referentes a los menores de edad.	135
2. LA CUESTIÓN DE LOS DEBERES DEL MENOR DE EDAD.	140
3. LA CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR EN EL DERECHO ESPAÑOL. POSICIONES DOCTRINALES.	145
4. LA CONCRECIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR EN LAS DISTINTAS ÁREAS JURÍDICAS... 162	
4.1. Derecho civil.....	163
4.2. Derecho penal	166
4.3. Derecho laboral.....	168
4.4. Derecho administrativo.....	170
4.5. Derecho constitucional: los derechos fundamentales.	173
4.6. Especial referencia al derecho canónico.	175
5. LOS FACTORES DETERMINANTES DE LA CAPACIDAD DE OBRAR DE LOS MENORES DE EDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.	179
5.1. Factores que determinan la capacidad del menor.	180
5.2. El interés del menor.	181
A) Determinación del interés del menor. Posturas doctrinales.	184
B) El interés del menor, ¿factor determinante de la capacidad?.....	188
<i>Capítulo IV. LA LIBERTAD RELIGIOSA DEL MENOR DE EDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO ESPAÑOL.</i>	<i>191</i>
1. DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA: TITULARIDAD Y EJERCICIO DEL DERECHO POR EL MENOR DE EDAD.	191
1.1. Concepto de libertad religiosa.	191
1.2. Titularidad y ejercicio del derecho por el menor de edad.	198

2. EL MENOR DE EDAD Y LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL DERECHO INTERNACIONAL. REGULACIÓN DE LA LIBERTAD RELIGIOSA DEL MENOR EN LOS DOCUMENTOS INTERNACIONALES.203

- 2.1. Documentos específicos sobre menores de edad que contemplan su libertad religiosa.....205
- A) Ámbito universal.205
- B) Ámbito regional europeo.....218
- 2.2. Documentos no específicos sobre menores que regulan aspectos sobre su derecho de libertad religiosa.....221
- A) Ámbito universal.221
- B) Ámbito regional europeo.....224

3. EL MENOR DE EDAD Y LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL.233

- 3.1. La libertad religiosa del menor en la legislación unilateral del Estado.....233
- 3.2. La libertad religiosa del menor en los Acuerdos entre el Estado español y la Iglesia Católica y los Acuerdos del Estado español y las confesiones religiosas minoritarias (Federación de entidades religiosas evangélicas, Federación de comunidades israelitas y Comisión Islámica).242
- 3.3. La libertad religiosa del menor en las leyes de las Comunidades Autónomas.246

Capítulo V. CRITERIOS DETERMINANTES DE LA CAPACIDAD DEL MENOR EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA Y SUS LÍMITES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....255

- 1. EL CRITERIO DE LA MADUREZ O EL SUFICIENTE JUICIO.256**
- 2. EL CRITERIO DE LA EDAD DETERMINADA POR LA LEY. 257**
- 3. EL INTERÉS DEL MENOR Y EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.....262**
- 4. LOS LÍMITES A LA LIBERTAD RELIGIOSA DEL MENOR. REGULACIÓN NORMATIVA.267**
- 5. OBJETO Y FUNDAMENTO DE LOS LÍMITES. ..271**

Capítulo VI. LIBERTAD RELIGIOSA DEL MENOR Y LAS MEDIDAS QUE LE AFECTAN EN LAS CRISIS FAMILIARES.
..... 279

- 1. INTRODUCCIÓN.** 279
- 2. LA DETERMINACIÓN DE LA CUSTODIA DE LOS HIJOS. INCIDENCIA DE LA PERTENENCIA DE UNO DE LOS PROGENITORES A UN GRUPO RELIGIOSO.** 284
 - 2.1. Supuestos en la jurisprudencia de la Comisión y el Tribunal de derechos humanos. 284
 - 2.2. Supuestos en la jurisprudencia española. 302
 - 2.3. Conclusiones. 310

Capítulo VII. LIBERTAD RELIGIOSA DEL MENOR Y DE SUS PADRES EN EL ÁMBITO EDUCATIVO..... 315

- 1. INTRODUCCIÓN.** 315
- 2. LA ENSEÑANZA RELIGIOSA.** 319

La enseñanza religiosa en el ordenamiento jurídico español.
..... 319

 - 2.1. La enseñanza religiosa en la jurisprudencia de la Comisión y el Tribunal Europeo de derechos humanos. 323
 - 2.2. Conclusiones. 327
- 3. ELECCIÓN DE CENTRO EDUCATIVO. HOME SCHOOLING**..... 329
 - 3.1. El derecho a elegir el centro educativo y la educación en casa. 329
 - 3.2. La elección del centro educativo y la educación en casa en la jurisprudencia. 332
 - 3.3. Conclusiones. 343
- 4. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA A DETERMINADAS MATERIAS ESCOLARES Y MÉTODOS PEDAGÓGICOS.** 344
 - 4.1. La objeción de conciencia. 344
 - 4.2. La jurisprudencia relativa a la objeción de conciencia a materias educativas y métodos pedagógicos. 346
 - 4.3. Conclusiones. 357
- 5. EXHIBICIÓN DE SÍMBOLOS Y PRENDAS DE CARÁCTER RELIGIOSO EN LA ESCUELA.** 358

5.1. La exhibición de símbolos religiosos por parte de alumnos y profesores en centros públicos, privados y privados concertados y el principio de neutralidad.....	358
5.2. La jurisprudencia relativa a la exhibición de objetos y prendas religiosas en la escuela.....	369
5.3. Conclusiones.	379
6. OTROS SUPUESTOS.....	380
<i>Capítulo VIII. LA ADSCRIPCIÓN DE LOS MENORES Y/O SUS PADRES A NUEVOS MOVIMIENTOS RELIGIOSOS.....</i>	<i>393</i>
1. ACLARACIONES TERMINOLÓGICAS.	393
2. LA ADSCRIPCIÓN DE UN MENOR A UN NMR.....	400
3. TRATAMIENTOS MÉDICOS.	407
3.1. Libertad religiosa y los derechos a la vida y a la salud. El consentimiento informado.	407
3.2. La objeción a tratamientos médicos por parte de mayores de edad responsables de menores.	421
3.3. La objeción a tratamientos médicos realizada por menores y/o sus padres.....	424
4. LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARA LA PROTECCIÓN DE MENORES.	436
5. CONCLUSIONES.....	462
<i>CONCLUSIONES FINALES.....</i>	<i>467</i>
<i>FUENTES BIBLIOGRÁFICAS, NORMATIVAS Y DOCUMENTALES. RECURSOS ELECTRÓNICOS.....</i>	<i>483</i>
BIBLIOGRAFÍA.....	483
FUENTES NORMATIVAS.....	531
DERECHO INTERNACIONAL.	531
Naciones Unidas.....	531
Organización Internacional del Trabajo.....	532
Consejo de Europa.	533
Parlamento Europeo.	534
Otros Instrumentos jurídicos.	534
DERECHO ESPAÑOL.	535
Acuerdos.....	535
Normativa Estatal.	536

Normativa autonómica.....	536
FUENTES DOCUMENTALES.....	539
Comisión de derechos humanos.	539
Comité de los derechos del niño.....	540
Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas.	540
RECURSOS ELECTRÓNICOS.	541
ANEXO: CUADROS.....	542
Estado de ratificación de la Convención sobre los derechos del niño.	542
Declaraciones y reservas al artículo 14 (libertad de pensamiento, conciencia y religión) de la Convención sobre los derechos del niño.	551
Tabla sobre miembros del Consejo de Europa y edades establecidas en su normativa para que el menor pueda adoptar o cambiar de religión o intervenir en la elección de su educación religiosa.....	556
Relación no exhaustiva de edades en el derecho español en las que el menor adquiere capacidad para realizar algunos actos.	558

ABREVIATURAS UTILIZADAS

<i>ADEE</i>	Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado
AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
c.	contra
CRC	Comité de los Derechos del Niño
<i>DE</i>	Il Diritto Ecclesiastico
Doc.	Documento
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
<i>DR</i>	<i>Decisions and Reports</i>
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
ECOSOC	Consejo Económico y Social (Naciones Unidas)
<i>HRQ</i>	Human Rights Quartely
<i>IC</i>	<i>Ius Canonicum</i>
<i>MEFR</i>	<i>Mélanges d'Archéologie et d'Historie de l'École Française de Rome</i>
NN.UU.	Naciones Unidas
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de las Naciones Unidas
p./pp.	página/s
para.	Párrafo
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966
<i>QDPE</i>	<i>Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica</i>
<i>REDC</i>	<i>Revista Española de Derecho Canónico</i>
<i>RFDUC</i>	<i>Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense</i>
<i>RGDCyDEE</i>	<i>Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado</i>
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de derechos humanos

TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNICEF	Fondo de Naciones Unidas para la Infancia
YB	<i>Yearbook of the European Convention on Human Rights</i>
ZPE	<i>Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik.</i>

INTRODUCCIÓN

La aprobación de la Convención sobre los derechos de la infancia de la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (CDN), marca un antes y un después en el tratamiento jurídico del menor de edad. La CDN constituye el documento de derecho internacional con más Estados parte y, que a diferencia de otros precedentes (como las Declaraciones de derechos de la infancia de 1924 y de 1959), tiene fuerza vinculante. Desde su fecha de aprobación se observa un creciente desarrollo legislativo en nuestro ordenamiento jurídico –también como obligación adquirida con la CDN– sobre menores de edad, hasta el punto de que en la actualidad podemos hablar de una verdadera área de derecho, el derecho de menores, más extensa en su contenido que el tradicionalmente asignado a ésta, relativa a la regulación jurídico-penal del menor.

Conviene notar, por otro lado, que el interés doctrinal por la infancia se ha manifestado con más frecuencia en otras áreas de estudio distintas del derecho, tales como la pedagogía, la historia de la educación, el trabajo social, la sociología y la psicología. Mientras que para el derecho, salvo contadas excepciones, está siendo objeto de interés sólo en los últimos años.

Precisamente, uno de los motivos que nos ha llevado a realizar este estudio es la escasa proliferación de estudios jurídicos sobre los derechos de los menores, lo cual, adquiere mayor trascendencia en el caso concreto de la libertad de pensamiento y de creencias del menor de edad, sobre la que, en el momento de elegir el tema de nuestra memoria de doctorado, existían contados estudios sobre la materia.

Además de la novedad temática desde el punto de vista jurídico, otro motivo que nos ha movido a realizar este trabajo es promover, por una parte, la idea de que los menores de edad son sujetos de derecho, con independencia del *status* jurídico de la minoría de edad, que limita su plena capacidad de obrar pero que no la anula; y, por otra parte, desterrar la función meramente protectora del derecho, que trata al menor como objeto del mismo, ya que considero que ambas

cuestiones son complementarias: el derecho debe tratar al menor como sujeto de derechos y como sujeto de especial protección. He estructurado el trabajo en ocho capítulos.

El capítulo I versa sobre el tratamiento jurídico de la infancia en la Historia, asunto que gran parte de los autores han negado o restado importancia, considerando que el niño simplemente no existía para el derecho. Nuestro objetivo, con esta aproximación histórica, es constatar que el surgimiento de los derechos de la infancia se debe a un proceso paulatino marcado por un devenir histórico y no a un surgimiento espontáneo. La clave de esta aproximación histórica está en observar el tratamiento de la infancia en el contexto histórico concreto, sin caer en el error de trasladar a otras etapas históricas nuestro concepto actual de infancia, y más ampliamente, de la familia y la sociedad. Asimismo, y al hilo de esta cuestión, no hemos querido obviar un primer epígrafe de aclaraciones terminológicas sobre la utilización de los diferentes vocablos (menor, infancia, niño, etc.) que, con asiduidad, se utilizan como sinónimos cuando su contenido y su utilización en los distintos períodos históricos, así como en la actualidad, son bien diferentes.

Los capítulos II y III se centran en analizar el tratamiento jurídico de los menores de edad en el derecho internacional y en el derecho español, respectivamente. Como parte integrante de la regulación internacional, se hace referencia a la relación entre los derechos del niño y los derechos humanos, considerando los derechos del niño como una concreción de los derechos humanos en el ámbito específico de la infancia. La función de estos capítulos es constatar cuál es el marco jurídico de los menores, del que se destaca el reconocimiento generalizado del menor como titular de derechos. Por otra parte, hemos dedicado un espacio amplio a lo que consideramos una parte importante del trabajo: el tratamiento de la capacidad de obrar de los menores en relación con sus derechos, tema debatido por la doctrina y poco claro en el ordenamiento jurídico.

La parte central de esta tesis doctoral la constituyen los capítulos IV al VIII, que comprenden el análisis de la libertad de pensamiento y creencias de los menores de edad. En el capítulo IV realizamos una aproximación al tratamiento jurídico de este derecho del menor en el ámbito del derecho internacional y el derecho español, incluyendo en

éste último la regulación de las Comunidades Autónomas y los Acuerdos con las confesiones religiosas y el Estado español.

A continuación, el capítulo V aborda una cuestión nuclear en este trabajo: partiendo de la titularidad del derecho de libertad religiosa del menor de edad, planteamos la capacidad de éste para ejercer el derecho del que es titular. Para ello, es preciso señalar qué criterios son determinantes de dicha capacidad (como el establecimiento de una edad legal, el criterio de la madurez, el interés del menor y el libre desarrollo de la personalidad), las limitaciones a las que se enfrenta, el papel que juega en ello la relación derivada de la patria potestad, o en su caso, la tutela y la intervención del Estado en el ejercicio de la protección del menor. A efectos de clarificación, hemos incluido algunas referencias al derecho comparado.

Los capítulos VI, VII Y VIII examinan supuestos controvertidos relativos a la incidencia de la libertad religiosa del menor en los ámbitos propios en los que éste se desenvuelve: la familia y la escuela.

Aunque es evidente que el ámbito familiar está presente prácticamente en todo lo relativo al menor, hemos centrado el capítulo VI en la incidencia del factor religioso en supuestos de crisis familiares (separación, divorcio) y la atribución de la custodia de los hijos, por ser situaciones en las que se encuentran implicados tanto el derecho de libertad religiosa de los padres como el de los hijos.

Por su parte, el capítulo VII trata diversas cuestiones, como la opción de la enseñanza religiosa, la elección del centro educativo, con especial referencia a la educación en casa, la objeción de conciencia a determinadas asignaturas y la exhibición de símbolos religiosos.

Finalmente, en el capítulo VIII consideramos de interés referirnos a la adscripción de los menores, con o sin sus padres, a los llamados nuevos movimientos religiosos —que constituye una forma de manifestar el derecho de libertad religiosa—, así como a los problemas que en ocasiones se plantean por ciertos grupos debido a sus actividades o formas de captación de adeptos, y, correlativamente, a la actuación de los poderes públicos en estas situaciones. Además, en este capítulo nos referimos, por la novedad legislativa que supone la ley 41/2002 de autonomía del paciente, a la regulación del

consentimiento informado de los menores de edad en relación con tratamientos médicos, como parte integrante del epígrafe dedicado a la objeción a tratamientos médicos por motivos religiosos de miembros de determinados grupos: en especial los Testigos de Jehová, que rechazan las hemotransfusiones.

En cuanto a la metodología seguida en estos últimos tres capítulos, indicaremos que se ha partido de situaciones hipotéticas de conflicto en las que estuviese involucrado, de alguna forma, el derecho de libertad religiosa del menor de edad. Desde ahí, hemos observado si estas situaciones han llegado a los tribunales; y, de ser así, analizar cuál ha sido la solución dada por la jurisprudencia. Debemos hacer notar, a este propósito, que consideramos esencial recurrir a la jurisprudencia para tener una perspectiva adecuada de la realidad jurídica en este ámbito (como probablemente en casi todos), incluyendo tanto la interpretación de las normas legales relativas a los menores como el grado de conflictividad real sobre el tema. En fin, hemos contrastado las decisiones judiciales, cuando las había, con la doctrina al respecto, lo cual nos ha permitido obtener nuestras propias conclusiones.

No queremos finalizar la parte introductoria de este trabajo sin hacer mención a todas aquellas personas que de alguna forma han contribuido a la realización del mismo. En primer lugar, quisiera agradecer al Prof. Dr. Javier Martínez-Torrón, maestro y director de esta tesis doctoral, por su disposición a asumir la dirección, así como sus enseñanzas, sugerencias y comentarios que me han permitido concluir la tesis doctoral. Igualmente, agradecer al Prof. Dr. Rafael Palomino, por haber aceptado ser mi tutor académico en los años en los que el Prof. Martínez-Torrón desempeñaba su labor en la Universidad de Granada, así como su constante disposición en atender dudas y haber proporcionado recursos y materiales de estudio. Asimismo, el agradecimiento al Departamento de derecho eclesiástico del Estado de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense, y especialmente al Director, Prof. Dr. José Antonio Souto Paz, y a la Secretaria Docente, Prof^a Dra. Ana Fernández-Coronado, que han puesto a nuestra disposición los medios disponibles en el Departamento para la realización de esta memoria de doctorado, así como a las secretarías administrativas que, con su inestimable ayuda,

me han facilitado la consulta de los fondos bibliográficos del Departamento.

Finalmente, fuera del ámbito académico, quiero agradecer a mis padres, Francisco y Consuelo, mi hermano, Jaime, compañeros del Departamento y amigos por su constante apoyo, y especialmente, a David, mi marido, por su comprensión y aliento mostrados durante el tiempo dedicado a este trabajo.

Capítulo I. EL SURGIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL MENOR DE EDAD: APROXIMACIÓN HISTÓRICA.

1. ACLARACIONES TERMINOLÓGICAS.

La precisión en el uso de los términos es necesaria, especialmente cuando se trata de vocablos que reúnen en sus definiciones varios significados. Ocurre en algunos casos con palabras como "menor", "niño"¹, "adolescente" y "joven", que aparecerán a lo largo de este trabajo. Aunque la lectura de dichas palabras permite identificar aproximadamente la franja de edad de la persona, es conveniente definir y aclarar la terminología, ya que en otros períodos históricos el significado que se atribuía, por ejemplo, a "menor" no se refería necesariamente a lo que hoy entendemos por tal.

La finalidad de estas aclaraciones es precisar el concepto que vamos a tomar como punto de partida, para así evitar confusiones interpretativas del texto.

1.1. El menor de edad: definición de la Real Academia de la Lengua Española.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define "menor" en primera acepción como "Adj. comp. de pequeño. Que tiene menos cantidad que otra cosa de la misma especie".

La definición continúa con el uso del adjetivo también como un sustantivo "2. menor de edad. U.t.c.s."

¹ El término "niño" y su plural, "niños", se utilizan en el sentido de englobar tanto a los niños como a las niñas. La Lengua Española, entre sus reglas gramaticales, para expresar en conjunto a ambos géneros cuando existe una pluralidad, adopta el género masculino. Así, se utilizará "niños" para referirnos al conjunto de niños y niñas y, cuando sea preciso, se especificará el género.

y remite a la entrada de "edad". En ella encontramos que "menor de edad" se refiere a "la persona que todavía se halla en la menor edad".

A partir de aquí las definiciones que aparecen dentro de "edad" se interrelacionan de tal manera que una remite a otra. Así pues, la "menor edad" se define como "La [edad] del hijo de familia o del pupilo que no ha llegado a la mayor edad". Mayor edad: "Aquella que, según la ley, ha de tener una persona para poder disponer de sí, gobernar su hacienda, etc."

Por tanto, el que tiene mayor edad es el "mayor de edad" y lo define el diccionario como "Dícese de la persona que ha llegado a la mayor edad legal".

La definición de menor como sustantivo (y el conjunto de definiciones con las que enlaza) permite concluir que se trata de un término *jurídico*. Así se expresa en la definición de "mayor edad", que utiliza las palabras "según la ley". Por lo que, al remitir la entrada "menor edad" a su antónimo, "mayor edad", se interpreta en el mismo sentido que éste, como término jurídico.

El diccionario de la Real Academia permite concluir en que el empleo de "menor" como sustantivo tiene significado jurídico, a pesar de que su uso se está generalizando en otros ámbitos².

Intentemos ahora explicar el uso como sustantivo del adjetivo comparativo "menor". Como comparativo, algo es "menor" en relación con otra cosa. Así pues, se puede interpretar que "menor" es el resultado de la omisión del sustantivo al que se refiere, es decir, la edad. En puridad, la expresión más precisa es la de "menor de edad". "Menor" tiene el referente de la edad, una edad establecida por la ley. Esta edad fija determina la mayoría de edad, la cual capacita a la persona para ejercitar y asumir por sí misma derechos y obligaciones.

² La generalización en el uso del término excluyendo el ámbito jurídico, se puede constatar fácilmente en los medios de comunicación. Se tiende a emplear la palabra *menor* como sinónimo de niño, adolescente o joven, aún cuando el contexto en el que se usa no sea jurídico.

La Constitución española de 1978 establece en el artículo 12 que la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años³.

1.2. Otros significados: la utilización peyorativa de los términos relacionados con el menor de edad.

El uso del término "menor" como sinónimo de "niño", "adolescente" y "joven", puede llevarse a cabo fuera del ámbito jurídico. Es decir, puede utilizarse el adjetivo enfocado no a la edad como dato biológico del que surte un efecto legal, sino como una referencia comparativa a la persona adulta en general.

En este sentido podría darse a "menor" un sentido de *menos que el mayor de edad* en general y no puramente desde el ámbito jurídico. Designar "menor" a un niño conllevaría una carga negativa, alguien con menos valor que el adulto por el hecho de tener menos edad. Se extrapolaría el significado de "menor" con relación a la edad legal. Así, podría entenderse la acepción meramente legal de "menor de edad" en la dualidad mayor-menor con relación a mejor-peor o inferior-superior.

Esta interpretación encontraría un sustento en los diccionarios de sinónimos y antónimos al uso⁴. Así, aparecen como sinónimos de "menor": ruín, menguado e insignificante. En cambio, sinónimos de "mayor" son: magno, importante y principal. No obstante, el uso peyorativo que puede darse a la palabra "menor" no es único dentro del conjunto de vocablos que designan a la persona no adulta. "niño" tiene como sinónimos inconsiderado y alocado; "Infantil" recoge dentro del catálogo de sinónimos las palabras "simplón" y "panoli".

Observamos cómo el lenguaje utiliza el mismo vocablo con distintos significados. Así, el diccionario de sinónimos recoge en una misma entrada las palabras infantil, panoli o necio. Por una parte, infantil designa algo relacionado con la infancia, los niños, y por otra, este mismo vocablo se utiliza en sentido figurado para otras personas o situaciones que no tienen que ver con la infancia propiamente dicha.

³ Art. 12 CE: "Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años".

⁴ Diccionario Espasa sinónimos y antónimos, ed. Espasa, 1997; Diccionario de sinónimos y antónimos de la Lengua Española, ed. Alfredo Ortells, 1994.

También hay que destacar la gran cantidad de sinónimos positivos acerca de los niños y la infancia (por ejemplo, angelito, muñeco o chiquito). En todo caso, es significativo que el lenguaje recurra a vocablos referentes a la infancia para designar situaciones o cualidades negativas de personas.

1.3. La terminología utilizada por la Ley.

El ordenamiento jurídico español, en el que se incluyen los textos legales ratificados en el ámbito internacional⁵, utiliza en ocasiones indistintamente los vocablos "menor", "niño", "juventud" e "infancia". La Constitución Española de 1978 es un ejemplo de ello. El artículo 20.4, en relación con las libertades de expresión y cátedra establece: "Estas libertades tienen su límite en el respeto [...] y a la protección de la *juventud* y de la *infancia* ⁶". Artículo 39.4: "Los *niños* gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos". Artículo 48: "Los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la *juventud* en el desarrollo político, social, económico y cultural".

Sin embargo, la utilización de palabras distintas a la de "menor" en el ordenamiento jurídico representa un bajo porcentaje. Dicho término es el más utilizado en el lenguaje jurídico.

El ejemplo más significativo de la utilización de vocablo diferente al de "menor" es el de la Convención de derechos del niño de 1989. Brevemente diremos que la Convención utiliza ambas palabras como sinónimas. Así se expresa en el artículo 1 de la Convención: "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad."

⁵ Como por ejemplo, la Convención de los derechos del niño, Nueva York, 20 de noviembre de 1989; Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, La Haya, 25 de octubre de 1980, Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, La Haya, 29 de mayo de 1993, Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, Estrasburgo, 25 de enero de 1996.

⁶ Los subrayados en las transcripciones del artículo son míos.

La Constitución española, en el artículo 12, fija la mayoría de edad en dieciocho años, como ya se indicó. Por lo que, *sensu contrario*, la minoría se sitúa por debajo de dicha edad.

Hay que precisar que la naturaleza jurídica de la expresión "menor de edad" es civil. La minoría de edad es un estado civil. La noción de estado civil es lo suficientemente compleja como para abordarla en unas pocas líneas. Sin embargo, es necesario referirnos a ese concepto ya que se califica la minoría de edad como un estado de la persona.

Estado civil, según el profesor Castro y Bravo⁷, tiene varios significados. Entre los que enuncia el autor, podemos destacar el que lo define como expresión de una institución, tal como el matrimonio, y un segundo sentido, el que más nos interesa, como cualidad jurídica de la persona⁸.

Por otra parte, el profesor Albaladejo⁹ entiende la expresión "estado civil" como situaciones de derecho en las que está una persona. Cuando una persona está en alguna o algunas de estas situaciones adquiere una cualidad o condición que se denomina también estado¹⁰.

Menor, como estado civil, es una persona con menos de dieciocho años, y que como tal tiene restringida su capacidad de obrar. No obstante, el derecho español recoge normas respecto a menores de edad en las que, a efectos de esa norma concreta, se considera menor hasta una edad, generalmente más baja que la minoría de edad civil. Un ejemplo de ello lo encontramos en el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, La Haya, 25 de octubre de 1980, artículo 4: "[...] El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis años".

⁷ De Castro (1952), pp. 68 y ss.

⁸ *Ibid.* pp. 70-71. " ... la referencia a la cualidad de la persona para hacer resaltar que el estado civil tiene carácter personal, está unido y califica a la persona ... puede considerarse estado civil la cualidad jurídica de la persona, por su especial situación (y consiguiente condición de miembro) en la organización jurídica, y que como tal caracteriza su capacidad de obrar y el ámbito propio de su poder y responsabilidad".

⁹ Albaladejo (1991, 12ª ed.), pp. 233-239.

¹⁰ *Vid.* Ramos Chaparro (1995a), Parra Lucán (1993).

Ejemplo significativo en nuestro ordenamiento ha sido el de la mayoría de edad penal. Hasta el Código Penal de 25 de noviembre de 1995, en el que se igualaba la edad penal a la edad civil, es decir, dieciocho años, una persona era mayor de edad penal a los dieciséis años.

También se dan casos en los que la norma específica concretamente una edad para la realización de determinados actos o el ejercicio de derechos aunque se sea aún menor de edad¹¹. Tal es el caso de los doce años para consentir una adopción¹², los catorce para contraer matrimonio¹³ o los dieciséis para la emancipación¹⁴.

Esta variedad de edades permite concretar más la terminología en el sentido que propone el profesor Rivero Hernández¹⁵. Este autor considera más propio utilizar el término de "menores" y no "menor" cuando la ley establece diferentes edades en las que a partir de las cuales o hasta una edad, al menor se le reconocen distintos grados en su capacidad de obrar. Así pues, "menor" se refiere al estado civil, a una cualidad jurídica de la persona, ser menor de dieciocho años; y "menores", cuando dentro del estado civil de la minoría de edad, la ley establece edades diferentes para el ejercicio de determinados derechos o actos, es decir, en lo referente a la capacidad de obrar. Así pues, un menor de catorce años no tiene la misma capacidad para ejercer sus derechos que otro menor de cinco años, aunque ambos sean titulares de los mismos derechos.

1.4. Aclaraciones sobre la terminología empleada en el estudio.

Los términos utilizados en este estudio no se ciñen exclusivamente al término jurídico de "menor". Aun así, éste término es el fundamental. Por una parte, porque se trata de un estudio jurídico y es necesaria la referencia principal a dicho vocablo por su significado jurídico. Por otra parte, porque a través de la ley¹⁶,

¹¹ Sobre el tema de la capacidad del menor *vid. infra* III. 3.

¹² Artículo 177 del CC.

¹³ Artículo 48 del CC.

¹⁴ Artículos 314 y ss. del CC.

¹⁵ Rivero Hernández (2000a), pp. 51 y ss.

¹⁶ Artículo 12 de la Constitución.

determina de forma general y clara el conjunto de personas objeto de este trabajo, es decir, todas las personas que no hayan cumplido los dieciocho años.

Aunque el término "menor" delimita el objeto fundamental de este estudio, el derecho contempla especialidades y particularidades en distintas franjas de edad de los menores de dieciocho años, sobre todo con relación a la capacidad de obrar, como se ha indicado. En estos casos optaremos por utilizar el término en plural, "menores", en el sentido que expone el profesor Rivero¹⁷.

No se olvide, por lo demás, que el significado del término "menor", tal y como ha sido expuesto, no ha existido siempre. Es un término cuyo significado no es extrapolable a períodos históricos en los que la minoría de edad como estado civil no existía, o bien la minoría de edad no se correspondía con la actual. La menor edad es una cuestión jurídica, por lo que está sujeta a variaciones dependiendo del momento histórico y de la sociedad. Por ejemplo, durante el siglo XX en España, la mayoría de edad se alcanzaba a los veintitrés años, con restricciones de capacidad para las mujeres hasta que cumplían los veinticinco¹⁸. La Ley de 13 de diciembre de 1943 rebajó la edad de la mayoría a los veintiún años. Finalmente la mayoría de edad actual se estableció anteriormente a la promulgación de la Constitución de 1978. Concretamente por los Reales Decretos Leyes de 16 de noviembre y 5 de diciembre de 1978¹⁹.

El presente trabajo abordará brevemente la consideración de los niños y jóvenes para el derecho en la Historia. Es en la parte histórica donde la utilización del término "menor" entraña más dificultades por los motivos expuestos. En este caso se recurrirá a la utilización de términos como "niño", "joven", "adolescente" e "impúber", y su referencia concreta a edades cuando así aparezcan en las fuentes.

¹⁷ Rivero Hernández (2000a), pp. 51 y ss.

¹⁸ Restricción que suprime la Ley de 22 de julio de 1972.

¹⁹ Como afirma Lete del Río (2000 4ª ed.) la verdadera razón de que los reales decretos leyes se adelanten a la Constitución es política, lo cual se reconoce en el preámbulo del Real Decreto Ley de 16 de noviembre: "los supuestos sociales...unidos al momento de transformación política que vive nuestro país, aconsejan proceder con urgencia a adelantar la mayoría de edad con el objeto de posibilitar la plena incorporación de la juventud española a la vida jurídica, social y política del país", p. 76.

2. LA INFANCIA Y EL DERECHO EN LA HISTORIA.

La regulación jurídica de la minoría de edad no es nada nuevo. Desde la Antigüedad hasta nuestros días se ha tratado de una forma u otra este período de la vida del ser humano. Sobre este tema, se observa diversa regulación en los períodos de la historia. Como trataremos más adelante²⁰, el siglo XX supone una línea que marca un antes y un después en el tratamiento jurídico del menor. La diferencia básica es que en el siglo XX aparece la consideración del niño como sujeto independiente de derechos al que, además, se le dispone de especial protección debido a que aún no ha alcanzado la madurez propia del adulto, habilitando para ello un conjunto de normas específicas, cuya expresión más significativa es la Convención de derechos del niño, hecha en Nueva York, con fecha de 20 de noviembre de 1989. Dicho texto define “niño” en el sentido de menor de edad, tal y como se desprende del artículo 1: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

La comunidad internacional concluyó que un modo de proteger a los menores era regular en un cuerpo legal vinculante para los Estados firmantes, derechos específicamente enunciados para la infancia, aunque la mayoría de ellos podrían inferirse de los textos jurídicos internacionales sobre derechos humanos. El resultado fue la Convención sobre los derechos del niño antes citada. Los Estados firmantes de la Convención expresaron así una especial consideración hacia los niños destacando un papel que hasta entonces apenas se les había reconocido en un plano general y por tantos Estados conjuntamente: el ser sujetos de derechos y, a la vez, sujetos de especial protección.

A ello hay que sumarle lo que se ha llamado una concepción puerocéntrica del derecho²¹ en las últimas décadas, que ha marcado especialmente la consideración jurídica del menor. Esta idea tiene su manifestación más relevante en el principio jurídico indeterminado del

²⁰ *Vid. infra* capítulo II. 2.

²¹ *Vid. Navarro-Valls* (1994), pp. 51-56.

“interés del menor”; elemento clave en cualquier asunto relativo al menor de edad²², no sólo cuando se trata del ejercicio de sus propios derechos, sino también en los casos en los que diversas decisiones adoptadas en sede judicial o administrativa puedan afectarle de algún modo, como por ejemplo en las resoluciones judiciales relativas a separación o divorcio de matrimonios con hijos menores, o en los procedimientos de adopción.

Esta breve exposición de algunas ideas básicas actuales sobre la regulación jurídica del menor de edad y el desarrollo de la teoría de los derechos del niño en el siglo XX requerirán nuestra atención en páginas sucesivas²³; no obstante, vale la pena tenerlas en cuenta antes de exponer los distintos enfoques con los que el derecho ha contemplado la figura del menor de edad en la historia.

Se trata, naturalmente, de una síntesis sin pretensión alguna de exhaustividad, que persigue determinar unas líneas básicas sobre el estado histórico-jurídico de la minoría edad en dos campos concretos: el primero la regulación de la edad como factor determinante de

²² Así lo hacen notar las normas relativas a la regulación del estatuto jurídico del menor en diversas dimensiones. Por ejemplo a nivel internacional la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, en el artículo 3.1: “En todas las medidas concernientes a los niños[...], una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” y la Carta Europea de los derechos del niño, de 8 de julio de 1992, en el apartado 8.14: “Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses. [...]”. Y por lo que concierne al derecho interno español, la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, en el artículo 2 “En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir [...]”, el Código Civil, artículo 154: “La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos[...]” y artículo 172.4: “ Se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés su reinserción en la propia familia [...]” y la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores de 12 de enero de 2000, artículo 7.3: “Para la elección de la medida o medidas adecuadas, tanto por el Ministerio Fiscal y el letrado del menor en sus postulaciones como por el Juez en la sentencia, se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor [...]”; La ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores no escatima en referencias al principio del interés del menor, hasta tal punto de resultar excesivas.

²³ *Vid. infra* capítulo II. 2.

capacidad, y el segundo, la protección que el derecho otorga al niño (regulación del abandono de niños preferiblemente)²⁴.

La exposición que sigue está estructurada de forma cronológica y atendiendo primeramente a las fuentes jurídicas; en el caso de que éstas no recojan regulación de la menor edad, recurriremos a fuentes subsidiarias que ayuden a conocer la situación de los niños, tales como fuentes literarias u otros documentos de la época que directa o indirectamente lo reflejen.

También hemos considerado oportuno, para hallar un elemento común en la exposición, hacer un seguimiento al matrimonio y en concreto a la regulación jurídica de la capacidad para contraerlo. Se trata de una institución presente en las distintas épocas históricas y ordenamientos jurídicos e implica, igualmente, a personas muy jóvenes. Además, de que la institución matrimonial era el referente para el paso a la edad adulta en muchos de los períodos históricos a tratar.

Finalmente, una cuestión importante cuando se trata la Historia es no descontextualizar el objeto de estudio. En nuestro caso concreto, no sería correcto, por ejemplo, comparar con parámetros actuales la situación de la infancia en Roma antigua con la de nuestros días, y afirmar taxativamente que los niños romanos carecían de protección, máxime cuando hablamos de una sociedad en la que la esclavitud era un estado personal reconocido y permitido por las leyes.

2.1. La Antigüedad: El mundo romano.

Nuestra referencia al mundo antiguo se va a circunscribir al ámbito romano. Fundamentalmente porque el derecho romano constituye la primera pieza de la tradición jurídica continental europea, a la que España pertenece, y ha dejado una huella importantísima en nuestras instituciones de derecho privado. Precisamente, por este mismo motivo, hemos decidido tratar con

²⁴ Dejamos al margen otros ámbitos propios de la infancia y que los historiadores y juristas han tratado extensamente como la educación, la tutela o la adopción. A algunas de ellas haremos mención a lo largo de este capítulo, pero no tienen relación directa con el objeto principal de nuestro estudio.

mayor extensión esta época histórica que otras, herederas en gran medida del derecho romano.

Una vez hechas estas aclaraciones, un inconveniente *a priori* en el estudio histórico de la minoría de edad es precisamente el de la fijación de cuándo se adquiere la mayor edad. El establecimiento de la mayoría de edad y el significado que se le da a la misma difiere a lo largo de la Historia. En el caso concreto del derecho romano los textos D. 4, 4 y Paul. 1, 9 mencionan la edad de veinticinco años²⁵, aunque la determinación de esta edad no puede entenderse como una mayoría de edad legal tal y como la entendemos en la actualidad. En general, cuando tratemos del menor de edad en diferentes épocas, entenderemos por tal a la persona que aún no haya alcanzado la mayoría de edad estipulada; y en el caso de que esta edad legal no exista, se tendrá en cuenta el momento en el que se considera a una persona adulta, hecho determinado, en líneas generales, por la edad de contraer matrimonio o el ejercicio de una profesión.

A) El menor de edad en Roma.

Sobre la infancia en la Roma antigua se dispone de pocas fuentes directas. Por otra parte, el período que abarcamos en este apartado es lo suficientemente amplio como para tratar de definir un modo de tratamiento único hacia los niños. Durante este tiempo, desde la Ley de las XII Tablas, en torno al s. IV a.C. hasta el s. V d.C. el derecho romano ha ido regulando aspectos concretos de la infancia, que trataremos de interpretar con el fin de determinar, si es posible, el marco jurídico del menor.

Para la interpretación de las normas es útil recurrir a ámbitos no jurídicos. Aunque las fuentes, tanto directas como indirectas, no son prolíficas en esta materia, destacamos las inscripciones funerarias, la decoración de sarcófagos infantiles, esculturas, monedas, así como escritos de la época de manos de Plinio el Joven, Séneca y Quintiliano como cita de algunos ejemplos, que describen aspectos de la sociedad romana, incluyendo a los niños.

²⁵ Sobre esto *vid.* Veyne (1991) p. 36.

Autores como Ariès²⁶ y Kleijwegt²⁷, estudiosos de la infancia en la Historia, comparten la idea de que el mundo adulto, y concretamente el varón ciudadano romano, representaba el mejor valor de la sociedad. Esto generaba una doble consecuencia: por una parte, que los otros sectores de población como las mujeres, los esclavos y también los niños, tuvieran escasa importancia, y por otra, y debido a esa escasa relevancia y la falta de interés en la infancia, se la consideraba como una etapa no productiva, con la tendencia a envolver este período de un carácter propio de los adultos. Esto se constata en la representación del niño como un “pequeño adulto”²⁸ en ámbitos como el arte²⁹ o la literatura³⁰.

No sólo en el mundo del arte o las letras, sino también en el ámbito social, la infancia se consideraba una etapa de la vida improductiva que convenía pasar cuanto antes; se fomentaba la pronta incorporación al mundo de los adultos como objetivo, bien fuera a través del trabajo, para los niños de clases menos favorecidas, o de la educación, como medio para acceder en edad joven a profesiones como la medicina, o las relacionadas con las leyes o a iniciar la carrera militar o política³¹. La educación, la carrera para la incorporación a cargos públicos y militares, o el trabajo, eran medios para el ingreso progresivo de los menores de edad en la sociedad.

²⁶ Ariès (1979).

²⁷ Kleijwegt (1991), p. 58.

²⁸ La expresión *puer senex* describe esta visión de pequeño adulto y es tratada con más detalle por Carp (1980) pp. 736-739.

²⁹ El *Ara Pacis*, el friso conmemorativo de la paz en época de Augusto (finales s. I a.C. comienzos de s. I d.C.) refleja una procesión religiosa en la que participan niños; también existen numerosos relieves de sarcófagos infantiles. Sobre esto último *vid.* Huskinson (1996). La autora recoge un completo catálogo con fotografías, dibujos y comentarios. La mayor representación de niños en el Arte tiene lugar en la época imperial, siendo especialmente numeroso durante el s. II d.C., Rawson y Weaver (1997), pp. 205 - 232.

³⁰ Plinio el Joven en una carta describe la tristeza de un padre por la muerte de su hija que aún no había cumplido los catorce años, la cual se caracterizaba por su prudencia y la seriedad de una señora (*suavitas puellaris, annalis prudentia, matronalia gravitas*), *Epístolas*, V, 16, 2.

³¹ La edad mínima establecida por la ley romana para acceder a cargos públicos fue distinta según la época, en tiempo de Augusto (27 a.C.-14 d.C.) se estipulaba en veinticinco años. No obstante, no era extraño encontrar personas más jóvenes de familias pudientes y/o relacionadas con cargos públicos importantes inmersos en la carrera política. Kleijwegt (1991), pp. 58 y 304-316.

Por tanto, el ideal del ciudadano romano que tiende a acelerar la incorporación del niño al mundo adulto, es un factor que determina que la infancia no era considerada como un período que haya que preservar durante mucho tiempo.

B) La protección de la infancia.

La protección de la infancia en Roma en una sociedad en la que el niño era una persona sin ningún valor “productivo”, y en la que el concepto de infancia no estaba desarrollado tal y como lo entendemos actualmente, es un tema que podría resumirse en pocas líneas afirmando que la legislación romana no se caracterizaba por su interés en la protección de los niños. No obstante, contemplemos tres ejemplos que podrían considerarse excepciones a la actitud “desconsiderada” de Roma con la infancia: el abandono de niños y su regulación jurídica, las instituciones alimentarias (*alimenta*), y los registros y certificados de nacimiento.

i. El abandono (*expositio*) de niños y su regulación jurídica.

Los historiadores³² han tratado con mayor o menor detalle la práctica de la exposición y venta de niños. El abandono de los hijos era un acto cuyo fundamento se hallaba en la *patria potestas*. La *patria potestas* contenía el derecho del padre sobre la vida del hijo (*ius vitae et necis*). Este derecho, recogido por textos jurídicos y testimonios de la época³³ ha sido interpretado por algunos autores como un poder absoluto del padre sobre el hijo, hasta el punto de poder decidir su muerte³⁴. El *ius vitae et necis* tiene otra lectura, que

³² Vid. Boswel (1989), pp. 10-33. Ariès y Duby (1991), Evans (1991), Neraudau (1984), Rawson (1991), Wiedemann (1989).

³³ Ulpiano, D., 48, 8, 2 " el padre no puede matar al hijo sin que éste sea oído, sino que debe acusarle ante el prefecto de la provincia". Marciano, D., 48, 9, 5 sobre el castigo impuesto por el emperador Adriano a un padre que mató en una cacería a su hijo porque éste cometía adulterio con su madrastra. La resolución de Adriano dice que "lo deportó a una isla, porque lo mató como a un ladrón más bien que por el derecho de padre, pues la *patria potestad debe consistir en piedad, no en atrocidad*" (la cursiva es nuestra).

³⁴ Garnsey/Saller (1991), p. 163. Por el contrario, Evans (1991), p. 177, considera improbable que el padre hiciera uso de ese derecho una vez que los hijos hayan alcanzado cierta edad. Existen casos recogidos en las fuentes en los que el

comparto, y que concretaba este derecho del padre al acto de reconocimiento del hijo³⁵, es decir, la situación de optar por reconocer o abandonar al niño que se le presentaba³⁶. Así, el abandono podía interpretarse como “muerte” jurídica del niño, al no ser reconocido por su progenitor. El abandono podría deberse a cuestiones físicas (deformaciones, enfermedades) del hijo³⁷ o sociales (ilegitimidad, pobreza)³⁸.

Por otra parte, no es necesario recordar que una característica de la Roma antigua es la riqueza y precisión normativa. La familia era una institución importante, objeto de amplio tratamiento en los textos legales y que requirió atención diversa por parte de los gobernantes.

La Ley de las XII Tablas (s. IV a. C.) disponía en la Tabla IV, además de la venta de los hijos como capacidad de la potestad paterna, la muerte de los nacidos con malformaciones³⁹. Indirectamente, el emperador Octavio Augusto (27 a.C. - 14 d.C.) amplió la regulación de las XII Tablas respecto a los niños. Augusto se destacó en su

padre establece la muerte del hijo adulto. Pero la duda se plantea porque el padre en estos casos detenta poder de gobierno, con lo que la interpretación se mueve en la ambigüedad de entender la condena como ejercicio del *imperium* como gobernante, o bien, como el ejercicio de la *patria potestas*. L. Junius Brutus, cónsul, decretó la muerte de sus hijos por traición (509 a. C.); Spurius Cassius, fue hallado culpable de traición en un *consilium* de familia (486 a. C.). En el famoso caso de la conspiración Catilina (sobre el 102 a.C. y el 63 a.C.), A. Fulvius fue ejecutado por su padre.

³⁵ Jurídicamente, la posición del hijo con respecto del padre es la de una persona *alieni iuris*, dependiente y subordinado al padre. La expresión de la potestad del padre sobre el hijo se manifiesta ya desde el hecho mismo del nacimiento, ya que ello no implicaba que surgiera la relación paterno-filial. Era preceptivo la aceptación del hijo por su padre; el verdadero lazo de unión (jurídica) surgía en un acto formal de reconocimiento de la paternidad (*ingenuus o tollere*). En este sentido autores como Kleijwegt (1991), p. 59, consideran que el *ius vitae et necis* del padre no se aplicara a hijos de cierta edad y se refiriera más al hecho del reconocimiento o adopción.

³⁶ Evans (1991), pp. 177-178.

³⁷ Séneca en *De la ira*, I, XV, justifica la práctica del abandono y/o muerte de niños deficientes o deformes afirmando que " destruimos los partos monstruosos, y aun a nuestros hijos, si nacieron entecos y deformes, los ahogamos; y no es la ira, sino la razón, la que separa de los inútiles a los elementos sanos".

³⁸ Suetonio en la obra *Claudio*, recoge un pasaje de la vida de este emperador en el que ordena el abandono de Claudia, la hija de su mujer y un liberto.

³⁹ *Cito necatus taquam ex XII tabulis insignis ad deformitatem puer.*

política legislativa por la abundancia de normas referentes a la familia, con la intención de "rescatar" la concepción tradicional de "familia" que durante la República atravesó un período de decadencia. Estas normas establecían fundamentalmente medidas protectoras del matrimonio y la familia, obligaciones en cuanto a la edad para casarse y el fomento de la natalidad. Vale la pena citar la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 a.C.), *Lex Iulia de adulteriis coercendis* (18 a.C.) y la *Lex Papia Poppaea nuptialis* (9 a.C.). Estas leyes establecían privilegios a los ciudadanos romanos dependiendo de si tenían o no hijos y el número de éstos⁴⁰. Tales normas causaron un decrecimiento del abandono puesto que la cantidad de hijos era determinante para adquirir ciertos privilegios. En este momento, la justificación del "abandono" consistía en dar al niño en adopción, no tanto por la protección del niño, sino para que los matrimonios que no pudieran tener hijos biológicos, garantizaran la sucesión y el patrimonio familiar.

Los legisladores posteriores a Augusto durante el siglo I d.C., no contemplaron con interés la situación de la infancia, lo que provocó el aumento de los abusos y abandonos de niños. El cambio se produjo con los emperadores Nerva (96 - 98), Trajano (98 - 117), Adriano (117 - 138) y Antonino Pío (138 - 161) que intentaron paliar la práctica del abandono yendo a una de las raíces del problema: la pobreza. La medida más significativa fue la institución de los *alimenta*.

Septimio Severo (193 - 211), reguló expresamente el abandono con leyes que castigaban a los padres que abandonaban a un hijo habido en el matrimonio. En cambio, la ley no condenaba a la mujer soltera que abandonaba al hijo. Destacamos que esta norma, aunque protegía a los niños castigando en abandono, era una "protección parcial", ya que se refería sólo a los hijos legítimos, habidos en el matrimonio. Aún así, consideramos que era una ley positiva ya que

⁴⁰ Así, la *Lex Papia* establecía que un hombre casado sin hijos legítimos perdía la mitad de su herencia, Gayo, *Ins.* 2. 286^a. Por otra parte, la *Lex Iulia* favorecía el acceso a los cargos públicos a aquellos ciudadanos que tuvieran mayor número de hijos, y reducía los impuestos a los ciudadanos romanos con tres o más hijos; si eran familias del resto de Italia, el número ascendía a cuatro hijos y para el resto de las colonias a cinco.

protegía una parte de los niños, y eso es preferible a ninguna regulación.

Es en el siglo IV cuando la legislación va a prohibir cualquier forma de abandono y venta de niños, debido en gran parte a la influencia del cristianismo. Así, fueron los primeros emperadores cristianos los que legislaron más intensamente sobre este asunto, y no sólo desde el ámbito de la prohibición o la sanción, sino incluso dando alternativas al abandono en el caso de que éste se realizara por la situación de pobreza. Sobre esto podemos referirnos, a modo de ejemplo, a Constantino I (315), el cual estableció por ley una ayuda a las familias que declaraban su pobreza, con la finalidad de sufragar los gastos de comida y vestido de aquellos hijos presentados por el padre ante la autoridad.

Podemos concluir que la regulación del abandono y la venta de niños no fue una materia principal de interés para el legislador romano. Sólo un número escaso de leyes abordaba el problema, y en ocasiones de manera indirecta: es decir, la disminución de abandonos era provocada por la aplicación de otras normas. Por otra parte, fue regulado de modo desigual a lo largo de los años. Basta recordar que hasta el año 374 no era punible el acto de abandono⁴¹. Finalmente, observamos que durante el s. II d. C. surgió una política social (*alimenta*) que trataba de atajar el abandono de niños con ayudas a las familias pobres.

ii. Los *alimenta*⁴².

Nerva (96 - 98) fue el primer emperador que dentro de la política social concedió ayudas públicas a las familias que carecían de medios para sacar adelante a los hijos. Estas ayudas se conocen con el nombre de *alimenta*.

El emperador Trajano (98 - 117) fue su mayor impulsor. El aspecto más original que introdujo Trajano lo encontramos en el

⁴¹ DeMause (1982), p.105.

⁴² Este tema ha sido tratado por historiadores como Garnsey (1968) y Veyne (1958) tomando como fuente de estudio testimonios epigráficos relativos a los *alimenta* como la *Tabula Veleia* (C.I.L. XI, 1147) y la *Tabula Baebianorum* (C.I.L. IX, 1455).

origen de los fondos que no provenían directamente de una partida reservada del dinero público. El procedimiento consistía en destinar a *alimenta* el interés cobrado por la concesión de créditos a los agricultores. El interés del crédito era del 5 por ciento, más bajo del habitual, precisamente para fomentar la petición, y se garantizaba con la hipoteca de las tierras.

Adriano, en la misma línea de política social que su predecesor, mantuvo la institución alimentaria e incluso, para mejorar y garantizar la distribución y su utilización, creó la figura del *praefectus alimentorum*. Su sucesor, Antonino Pio, creó las *Puellae Alimentariae Faustinianae*, en honor a su mujer Faustina la Mayor. El objeto de esta institución alimentaria era aún más concreto que los *alimenta*: en un principio estas ayudas iban destinadas a las niñas, aunque con el tiempo se extendió a todos los niños pobres.

Por otra parte, los *alimenta* como idea de ayuda tuvieron reflejo en el ámbito privado. Las fuentes nos proporcionan algunos ejemplos de mujeres ricas que deseaban conmemorar a familiares (sobre todo hijos fallecidos) con un gesto de altruismo⁴³.

iii. El registro y los certificados de nacimiento: el interés del niño.

El registro de nacimiento y sus certificados existían en época romana. Consideramos importante tratarlo porque el registro de los niños en Roma era la garantía de un *status* personal al que va iban ligados una serie de derechos.

Augusto ya reguló en dos leyes los registros de nacimiento; son la *Lex Aelia Sentia* (4 d.C.) y la *Lex Papia Poppaea* (9 d. C.). No todos los nacidos podían ser inscritos; sólo tenían tal facultad los que

⁴³ Un ejemplo lo encontramos en *Hispalis*, documento del s. II, en el que una adinerada de la ciudad, Fabia Hadrianilla, dispuso destinar los intereses de un préstamo de 50.000 sesteracios a un 6% de interés a los niños y niñas libres (*ingenui*) de su ciudad para mejorar su alimentación. El reparto se haría dos veces al año en las fechas del natalicio de su marido y el suyo. Fabia H. destinó más dinero a las niñas (40 sesteracios) que a los niños (30). Recientemente ha sido hallada una nueva placa de bronce relativa a fundaciones alimentarias. Tomlin (2000) pp.287-291, realiza un comentario de este nuevo hallazgo datado entre los años 209-211 y que, al igual que la de *Hispalis*, también se localiza en *Hispania*.

cumplían los requisitos para ser ciudadano romano⁴⁴. En un principio, en la legislación de Augusto sólo accedían al registro los niños legítimos, aunque se contemplaba la posibilidad de una *testatio*, documento privado ante testigos, para reconocer al hijo ilegítimo. Marco Aurelio da un giro a favor de los niños ilegítimos y les permite el acceso al registro. Esta medida se recoge en la *Constitutio Marci* y se desconoce su fecha exacta (161-180 d. C.)⁴⁵.

La determinación de la ciudadanía romana del hijo, lo cual procuraba el acceso al registro, no daba lugar a dudas cuando ambos progenitores eran ciudadanos romanos. La duda se planteaba cuando alguno de ellos era, por ejemplo, latino o esclavo. La norma establecía que la determinación personal del hijo se basaba en el *status* del padre. Adriano reconoció el derecho del nacido a ser libre si la madre en el momento del nacimiento lo era, aunque el padre fuese esclavo. También se optaba por el *status* materno si ésta era ciudadana romana y el padre latino. Vista esta regulación, destacamos que la Ley resolvía a favor de lo más beneficioso para el niño, incluso en caso de duda sobre el *status* del padre o la madre, por lo que consideramos que la determinación de la ciudadanía de un niño es una de las primeras normas en las que se obra en interés del menor.

Por otra parte, los certificados eran la prueba de la ciudadanía romana. Su presentación mostraba frente a terceros y ante los propios órganos públicos romanos el *status* de ciudadano romano.

En conclusión, el registro y los certificados de nacimiento garantizaban un *status* jurídico al niño inscrito, si bien no era una práctica permitida a todos los niños sino tan sólo a los legítimos (s. I y primera mitad del II d. C.) y, posteriormente, ampliada por Marco Aurelio (161-180 d. C.) a los ilegítimos. Consideramos que es una de las primeras normas de la historia en las que se tiene en cuenta el

⁴⁴La ciudadanía romana se adquiría por nacimiento, por la Ley, por manumisión y por la concesión del Poder Público. El ciudadano romano detentaba todos los derechos, por ejemplo, el *ius suffragii* (derecho a voto), *ius honorum* (derecho al desempeño de cargos públicos), *ius connubii* (derecho al matrimonio), *ius actionis* (capacidad procesal) e *ius commercii* (derechos patrimoniales), *vid.* Arias Ramos y Arias Bonet (1990), pp. 74 y ss.; Gayo, *Ins.* I. 29 - 35.

⁴⁵Schulz (1942/1943) echaba en falta la mención de esta norma en los libros de derecho.

interés del niño, pero con matizaciones, ya que no englobaba a todos los niños, sino sólo a aquellos que sean ciudadanos romanos. No obstante, teniendo en cuenta la clasificación de las personas que el derecho Romano establecía⁴⁶, la práctica registral de los niños y los certificados muestran la intención de la Administración romana de definir ya desde la infancia los derechos de esa persona, y por tanto, se obra, aunque sea indirectamente, en interés de esos niños. Por otra parte, la forma de determinar el *status* del niño teniendo en cuenta el de los padres, y optando por el más beneficioso en derechos, sí era un modo de proteger al niño.

Finalmente, no queremos obviar la cita de otra norma del derecho Romano fundamentada en el interés del niño. Se trata de la presunción de nacido a los concebidos en aquellos asuntos que le beneficiaran⁴⁷, fundamentalmente de carácter patrimonial. Esta previsión legislativa protectora del niño aún no nacido era similar a la existente en nuestro derecho civil actual.

C) La *patria potestas* y los hijos.

La *patria potestas* es una de las instituciones de derecho romano más estudiadas por los historiadores y especialistas en derecho romano⁴⁸. Se trata de un tipo de dependencia de las existentes en derecho Romano (además de la del esclavo respecto de su dueño, o la mujer respecto del marido) habida entre los hijos en relación con el padre. La sujeción al poder parental existía independientemente de la edad y sólo desaparecía en los casos establecidos por el derecho⁴⁹.

⁴⁶ Gayo, *Ins* I, 9 - 12.

⁴⁷ Paulo, D., 1, 5, 7 : “ Al concebido se le protege como si ya hubiese nacido, siempre que se trate de su beneficio”.

⁴⁸ Arias Ramos y Arias Bonet (1990), Bonfante (1963), Iglesias (1993) y D’Ors (1997), así como la bibliografía allí citada. Por otra parte, Gayo en las *Instituciones* establece una división del derecho de personas basado en la dependencia e independencia de éstas, *Inst.* 1. 48 también en D. 1. 6. 1 pr. Gayo afirma que la patria potestad opera sobre “nuestros hijos habidos en legítimo matrimonio. derecho éste que es particular de los ciudadanos romanos [...]”; *Inst.* 1.55; además en D. 1. 6. 3.

⁴⁹ Gayo, *Ins.* I, 127-134. Por muerte del padre, la entrega en adopción, por ser el padre condenado a una pena que conlleve pérdida de ciudadanía romana, por ser el hijo investido sacerdote de Júpiter o la hija ser escogida como virgen Vestal y por emancipación, la cual podría ser voluntaria por parte del padre e incluso

El control del padre amparado en la patria potestad, en teoría, era absoluto, tanto en lo relativo a la esfera personal como patrimonial del hijo. Compartimos la opinión, más flexible, de un sector de la doctrina relativa a la patria potestad, la cual sostiene que, aunque el derecho otorgaba un poder amplio al padre, considera que en la práctica ese poder era menos rígido; los padres lo ejercían de forma heterogénea, y atendían más o menos a la edad del hijo o la hija y a su grado de desarrollo.

El poder del *pater familias* no puede entenderse como ilimitado. El derecho romano también protegía el derecho del hijo. Por ejemplo, el derecho a la herencia del padre (*suus heres*) podía peligrar ante el excesivo poder dispositivo del padre que, dando en adopción a su hijo, indirectamente le privaba de su derecho a herencia. Por eso, para proteger este derecho, Justiniano⁵⁰ introdujo la necesidad del consentimiento del hijo para la adopción.

Por otra parte, los hijos sujetos a *patria potestas* no eran titulares de bienes. Una excepción a esta norma, sobre todo cuando los hijos alcanzaban cierta edad, era la asignación de *peculium*⁵¹. El *peculium* era el dinero propio que el padre daba a los hijos para ser administrado por ellos mismos. Los hijos tenían capacidad para disponer libremente de la cantidad y respondían con él de las obligaciones generadas con su manejo. La cantidad a la que ascendía el *peculium* variaba dependiendo de la voluntad del padre y de sus posibilidades económicas. En algunos casos, un hijo que con el *peculium*, podía incluso mantener una casa y llevar una vida acomodada⁵².

Tanto el derecho a la herencia como el *peculium*, ambos referidos al ámbito patrimonial, son ejemplos, sobre todo el segundo, en los que se constata una importante capacidad de disposición del hijo en relación con la estricta regulación legal de la patria potestad.

obligada por la autoridad ante hechos como el que recoge Papiniano (D. 37,12, 5). En este suceso, el emperador Trajano obligó a emancipar a un hijo ya que su padre le maltrataba "despiadadamente" y había vulnerado el deber de piedad.

⁵⁰ Nov. 89 c11.

⁵¹ Gayo, *Ins*, II, 106. Sobre la teoría e historia de los *peculia* vid. Daza Martínez y Saiz López (2000), pp. 817-829.

⁵² Evans (1991), p. 179.

En todo caso, la situación general de dependencia del hijo con respecto al padre podía generar conflictos entre padre e hijo, sobre todo si atendemos a la edad en la que aún se podía estar *in potestate*. Algunos historiadores, como Veyne, sugieren que muchos jóvenes sentirían cierta animadversión o rechazo hacia el padre como resultado de esa excesiva dependencia paterna y de su falta de "libertad"⁵³. Sin obviar esta posibilidad, nosotros compartimos la tesis de Kleijwegt⁵⁴ al afirmar que los conflictos paterno-filiales no eran tan frecuentes como podría suponerse a primera vista. La razón que este autor esgrime es que los hijos deseaban entrar cuanto antes en el mundo de los adultos. Esto era debido a que, como ya se ha indicado, la infancia no era una etapa significativa o con una entidad propia (tal y como la entendemos ahora), sino un momento de la vida que había que pasar cuanto antes. La figura que mejor representaba el modelo adulto a imitar era el padre. De hecho se procuraba seguir los pasos del progenitor y éste a su vez trataba de modelar al hijo conforme a sus deseos.

No obstante, se produce un paulatino proceso de "individualización" del niño que tiene su máxima expresión a partir del s. II, y que se recoge en el arte y la literatura de la época y en las numerosas inscripciones funerarias de niños en las que se manifiesta el protagonismo de éstos y la expresión de afecto personal hacia ellos. Algunos autores, como Neraudau⁵⁵ consideran que esta revalorización de la infancia se debió en gran medida a la erosión de la *patria potestas*.

D) Las distintas edades determinantes de capacidad.

Autores como Kleijwegt⁵⁶ afirman que no hay una terminología definida ni tampoco se establecen unas franjas de edad ciertas que nos

⁵³ El autor, además de la falta de derechos de propiedad del hijo, hace hincapié en la posibilidad de que el *paterfamilias* le pudiese desheredar. "[...] psicológicamente, la situación de un adulto cuyo padre viva resulta insostenible [...] Sólo es dueño, a título precario, de su peculio, exactamente igual que un esclavo. Y a semejantes humillaciones venía a añadirse el riesgo de verse desheredado, que era muy real". Veyne (1991), p. 42- 43.

⁵⁴ Kleijwegt (1991), pp. 57 y 67.

⁵⁵ Neraudau (1984), p. 24.

⁵⁶ Kleijwegt (1991), pp. 52-57.

permitan hablar de niños, adolescentes y jóvenes como conceptos independientes en el mundo antiguo.

Aristóteles ya realizó una incipiente división de las edades del hombre⁵⁷. También, el filósofo Varrón⁵⁸ fue uno de los primeros en dividir la vida del ser humano, indicando que se componía de cinco etapas de quince años. Este tipo de divisiones se caracterizaba por ser franjas de años iguales y, en la mayoría de los casos, por influjo de la numerología, de cargado significado mágico. El ejemplo más conocido de la división de la vida del hombre por franjas de edad es el modelo recogido por San Isidoro de Sevilla, quien en sus *Etimologías*, en el *Liber numerorum*, divide las edades del hombre en períodos de siete años⁵⁹. No obstante, San Isidoro había tomado esta clasificación del médico griego Hipócrates, conocido como “padre de la medicina”⁶⁰.

Por otra parte, los términos *iuventus* y *adolescentia* parecen no definir la adolescencia y la juventud de una forma concreta, similar a nuestros días. Eyben (1981), considera incluso que los términos *iuventus* y *adolescentia* son sinónimos en Roma y no indican grupos diferentes, sino que constituye un grupo que abarca edades comprendidas entre edades tan dispares como los 15 y los 45 años; y no es hasta el Bajo Imperio cuando se realiza verdaderamente la distinción entre ambos grupos. Datos hallados en inscripciones funerarias dan testimonio de ello⁶¹.

El derecho romano establecía en veinticinco años la edad legal en la que el ciudadano alcanzaba la mayor edad⁶². Esta edad no suponía la incapacidad de las personas menores de dicha edad, sino que la atribución de capacidad que la ley reconocía era paulatina desde la pubertad. La adquisición de la toga *virilis* por parte de los niños era un

⁵⁷ *Políticas* VII, 17.

⁵⁸ Citado por Delgado (1998), p. 32.

⁵⁹ La clasificación de San Isidoro tiene cierta analogía con las edades que posteriormente se adoptaron para determinar la capacidad de obrar y el grado de desarrollo de las personas. *Vid. infra* capítulo III, epígrafe 4.

⁶⁰ Con escasas diferencias por lo recogido por San Isidoro, divide las edades del hombre en siete etapas de siete años cada una, y ya en edad avanzada, con múltiplos de siete. Recogido por Delgado (1998), p. 33.

⁶¹ *C.I.L.* VI, 10026, *C.I.L.* VIII 5001, *C.I.L.* XII 3502.

⁶² D. 4,4. Paul. 1,9.

símbolo del abandono de la niñez como paso a otra etapa de sus vidas. Este momento se correspondía con la pubertad, edad en torno a los catorce-quince años en el hombre, que también determinaba la edad legal requerida al varón para contraer matrimonio.

Para las menores no existía un acto propio del paso a la pubertad. Su condición de adultas se adquiría cuando alcanzaban la edad legal para contraer matrimonio, los doce años, y definitivamente cuando se casaba, siendo el rito más significativo la ofrenda de la *bullā* a la diosa Juno en la víspera de la celebración del matrimonio.

El ámbito personal era en el que la capacidad era reconocida antes, como por ejemplo, la edad para contraer matrimonio, doce en la mujer y catorce en el hombre. Kleijwegt⁶³ afirma que en la práctica la edad determinante de la vida adulta era la que capacitaba para contraer matrimonio.

Gradualmente se adquiría capacidad para los asuntos patrimoniales⁶⁴ aunque la titularidad de los derechos era del *paterfamilias*. Por tanto, cabe preguntarse cuál era el significado de la edad de veinticinco años recogida en la ley. A esta edad, según el derecho romano se alcanzaba la mayoría de edad legal. Sin embargo, hay que tener presente que esa "mayoría" no puede entenderse en el sentido actual, ya que la edad de veinticinco años no suponía ser titular de derechos, pues aunque una persona tuviera los veinticinco años podría continuar bajo la autoridad paterna. Por tanto, la edad de veinticinco años otorgaba capacidad de obrar para determinados actos establecidos en la ley, como por ejemplo el desempeño de algunos cargos públicos y militares.

Finalmente, una materia importante en la capacidad de los menores es su participación en la vida religiosa. Como ya sabemos, la religión romana era pública y politeísta; era extraño no encontrar un dios o diosa referente a cualquier aspecto de la vida de las personas y de la naturaleza. Por ello, la infancia también tenía un amplio catálogo de dioses que se referían incluso a etapas anteriores al nacimiento⁶⁵.

⁶³ Kleijwegt (1991), p. 133.

⁶⁴ Por ejemplo, la administración del *peculium*.

⁶⁵ Entre otros, cabe citar a *Lucina*, que ayudaba a tener un buen parto; *Cunina*, que velaba por el espacio de descanso del niño, la cuna; *Ossipagina*

Este aspecto pasivo de la religiosidad infantil se completa con otro que a nuestro estudio interesa más, y es la posibilidad de que ya de muy jóvenes se consagraran a la vida religiosa, desligándose a su vez de la patria potestad. Por ejemplo, las niñas podían ser vestales⁶⁶.

Asimismo, la participación pública de los niños en manifestaciones religiosas⁶⁷ era frecuente. Acudían con su familia o parte de ella o, los de más edad, acudían organizados en *collegia iuvenes*⁶⁸, una especie de agrupaciones o asociaciones que tenían sus propias fiestas y divinidades⁶⁹. No obstante, la posición de los niños, y también las mujeres, en los cultos públicos era marginal⁷⁰. Esta “marginación” se debe en gran medida a la posición relevante de la figura del *paterfamilias* y el papel dependiente del resto de los miembros de la familia. Algunas excepciones, además de los *collegia iuvenes* son los *camili*, niños de familias pudientes que hacían funciones auxiliares en algunos cultos⁷¹ así como otro grupos de niños y niñas, también de familias acomodadas formaban parte de rituales públicos al cantar el *Carmen saeculare* y participar en los juegos Troyanos (*lusus Troiae*) auspiciados por Augusto y que recoge Suetonio en su obra⁷². Estos casos, que aún mostrando cierta participación de los niños en los rituales religiosos, no dejan de ser

favorecía el crecimiento, *Potica* y *Cuba*, divinidades de la comida y la bebida del niño, y *Fabulinus* y *Locutius* fomentaban el aprendizaje del habla. Regginani (1990), p. 24.

⁶⁶ El procedimiento para formar parte del culto a Vesta durante la República y el Imperio se iniciaba por el *Pontifex Maximus*. Accedían las niñas con edades comprendidas entre los seis y los diez años, en perfecto estado de salud (física y psíquica), de padres libres que nunca hayan sido esclavos y vida honorable y residentes en Italia, Gell. I, 12.

⁶⁷ Para una aproximación general a la religión en Roma *vid.* Garnsey/Saller (1991), pp. 193-208.

⁶⁸ Los *collegia iuvenes* tenían un papel en diferentes ámbitos, lúdico, deportivo, religioso y político. En los ámbitos lúdico y deportivo, los *collegia* organizaban y participaban en juegos (*ludi serviales*, *ludus Troiae*) y en eventos deportivos. Desde un punto de vista religioso, los *collegia* solían consagrarse a una divinidad. Asimismo, los *collegia* podían participar en la vida política, sobre todo en el ámbito municipal. Marrou (1965), p. 383.

⁶⁹ Kleijwegt (1991), p.

⁷⁰ Mangas (2001), pp. 35-37.

⁷¹ Wiedemann (1989), p. 183, Mangas (2001), p. 38.

⁷² *Aug.* 43. También Suetonio se refiere a la participación de Nerón niño en los juegos Troyanos en *Ner.* 7.1). Un comentario a estos juegos puede encontrarse en Mangas (2001), p. 39 y en Wiedemann (1989), p.182.

excepciones. Sin embargo, algunos autores⁷³ destacan el papel del niño en los procesos de adivinación y proféticos, como si de un mediador se tratara, es decir, un nexo entre los dioses y los hombres, aunque al margen de la religiosidad pública. Esto se constata en las obras de clásicos romanos en las que encontramos varios ejemplos⁷⁴. Es curioso observar como el poder profético se atribuye a niños de buena salud y romanos, e incluso a fetos que, curiosamente llegaron a ser emperadores⁷⁵. En cambio, los niños deformes o discapacitados eran signo de mal presagio⁷⁶.

Hasta ahora hemos observado que los jóvenes adquirían capacidad a temprana edad, llegada la pubertad, si bien no se desligaban completamente de su dependencia del *paterfamilias*. En lo referente a actos jurídicos patrimoniales, el *paterfamilias* era el propietario y representante de sus hijos en estas cuestiones⁷⁷, pero podía darse el caso de púberes *sui iuris* de catorce años o pocos más. Actuar en el tráfico jurídico a esas edades entrañaba el peligro de la inexperiencia y la posibilidad de sufrir engaños por parte de otras personas. Para evitarlo la *Lex Laetoria* protegía al púber menor de veinticinco años, y establecía un procedimiento por el cual se debía restituir el dinero⁷⁸ objeto del engaño. También comenzó a instaurarse la práctica conveniente (por tanto en principio no era obligatorio) de que un *curator* asistiera en los negocios al púber menor de veinticinco años. Fue con el emperador Marco Aurelio (161 - 180) cuando se impuso la necesidad de la asistencia del curador (*cura minorum*)⁷⁹.

⁷³ Wiedemann (1989), pp. 177 y ss, Mangas (2001), pp. 47 y ss.

⁷⁴ Suetonio en *Galb.* 10.1, *Ner.* 1.1., Plutarco en *Aem. Paul.*, 10.4, Horacio en *Épodo V*.

⁷⁵ Caso de Octavio que soñó como del vientre de su mujer radiaba una luz, en referencia a su hijo Augusto, como a modo de presagio de su futuro poder como emperador, Suetonio *Aug.* 94.6 y 94.8.

⁷⁶ Suetonio en *Aug.* 83.2 pone en estas ideas en boca del emperador Augusto.

⁷⁷ Recordemos la excepción que suponía la administración por parte del hijo del *peculium*.

⁷⁸ Arias Ramos y Arias Bonet (1990), p.797; Wiedemann (1991), pp. 190 y 191.

⁷⁹ No existe una doctrina pacífica sobre la obligatoriedad o no de que todos los menores de veinticinco años tuvieran un curador. Arias Ramos y Arias Bonet (1990), pp. 798 y 799.

Esto implicaba necesariamente cierto recorte en la capacidad del menor a favor de la protección de sus derechos (patrimoniales).

Las edades referidas a la adquisición de capacidad (catorce aproximadamente, y veinticinco) nos pueden parecer extremas. El derecho romano, que se caracterizaba, además de por una pormenorizada regulación, por su practicidad, otorgó, en la época del emperador Constantino, una solución intermedia que se concretaba en la *venia aetatis*. Una especie de "permiso" por razón de edad en la que los menores de veinticinco pero mayores de veinte (los hombres) o de dieciocho (las mujeres) podían solicitar al emperador más capacidad. No se trataba de un adelanto de la plena capacidad sino sólo de una parte de ésta.

E) El matrimonio⁸⁰.

La capacidad para contraer matrimonio se ha caracterizado en derecho Romano por dos teorías sustentadas por sendas escuelas jurídicas: sabinianos y proculeyanos. Los sabinianos opinaban que la capacidad para contraer matrimonio se adquiría con la madurez física de los contrayentes. En el caso de las mujeres se manifestaba con la primera menstruación y en el de los hombres a través de la denominada *inspectio corporis*. Durante el Imperio se adoptó la postura proculeyana, fijando la edad legal de doce años para la mujer y catorce en el hombre. Primando la seguridad jurídica frente a la adquisición real de la madurez física de los contrayentes. Naturalmente, la edad estaba fijada con base en la edad biológica, llegada la cual las personas alcanzaban la pubertad y consecuentemente se presumía la capacidad para tener hijos⁸¹. Sin embargo, los intérpretes de las leyes aportaron a ambas teorías diferentes lecturas. Por una parte, Priscus⁸² consideraba que los varones debían reunir los dos requisitos (tener catorce años y someterse a la prueba de *inspectio corporis*) y por otra, Quintiliano

⁸⁰ Para un estudio del matrimonio en Roma además de los manuales de derecho romano *vid.* el completo estudio de Treggiari (1991).

⁸¹ En la legislación Justiniana *Inst* I, 22.

⁸¹ Gayo, *Ins* I 196.

opinaba que la capacidad se alcanzaba cuando se cumplía cualquiera de las dos condiciones.

Dos notas caracterizaban la regulación jurídica de la capacidad para contraer matrimonio: la primera, la edad legal va a determinarse por la edad biológica que capacita para generar hijos; y la segunda, consecuencia de la primera, la distinta edad para mujeres y hombres.

A pesar de que la Ley reconocía capacidad a tempranas edades, existían diferencias en cuanto a la edad real de casamiento de los jóvenes. Antes de entrar en esta cuestión conviene reseñar que contraer matrimonio no suponía "independencia" del *paterfamilias*. Primeramente, porque para contraer matrimonio tanto los hombres *in potestate* como las mujeres, debían contar con el permiso paterno. En segundo lugar, el matrimonio no tenía como efecto la emancipación, por lo que los hombres, aunque casados, seguían estando sujetos a la potestad paterna. En el caso de las mujeres se producía un "cambio" de poder parental a poder marital. La ley *Papia Poppaea* al establecer el privilegio de la prole posibilitó a las mujeres desligarse de esa tutela⁸³.

Como ya se ha dicho, la edad legal de doce y catorce años (mujeres y hombres respectivamente) estaba basada en la edad biológica para la generación de hijos y en Roma, el matrimonio era el ámbito propio de los hijos legítimos, luego parece ser que uno de los motivos principales de establecer esas edades es la consecución de un fin matrimonial: los hijos legítimos. Los motivos de fijar la edad para el matrimonio en la edad biológica para tener hijos podrían deberse a la alta tasa de mortandad infantil, a determinadas leyes de fomento de natalidad que "premiaban" determinado número de hijos con privilegios o que evitaban no sufrir perjuicios y por el deseo (sobre todo de las clases pudientes) de tener herederos para su patrimonio.

En cuanto a lo primero, un tercio de los niños menores de 3 años moría y la mitad no llegaba a cumplir los 10. Se cifraba que uno de tres llegaría a los 60 años y uno de siete a los 70. Por lo que un alto porcentaje de personas no llegaba a la edad de contraer matrimonio. Sólo la mitad de las niñas cumplían la edad de doce años, edad legal

⁸³ *vid. supra* sobre la emancipación. Poner referencia cuando esté definitivo.

para su primer matrimonio. La esperanza de vida y la alta mortandad infantil favorecía el que matrimonio se produjese a la edad núbil, con la finalidad de asegurar la tenencia de hijos legítimos.

Por otra parte, existían normas proteccionistas de la familia que "premiaban" la paternidad⁸⁴. Asimismo, Tácito recogía como el número de hijos se tenía en cuenta para nombrar gobernadores de provincias⁸⁵. La *Lex Malacitana* (82-84 d. C) establecía el funcionamiento del Consejo y como para ser elegido al mismo, ante igual número de votos, se daba prioridad al casado frente al soltero, y ante dos casados, al que mayor número de hijos tuviera. Similar fórmula se encuentra en la *Lex Irnitana* en lo referente al orden de votación⁸⁶.

Finalmente, la transmisión del patrimonio e incluso asegurar una posición social de la familia en el tiempo dependía de un heredero. El matrimonio era el ámbito propio de tener hijos legítimos, y por tanto, herederos. No obstante, los hijos adoptivos llegaron a equipararse a los hijos legítimos en cuanto a los derechos hereditarios⁸⁷. Caso bien conocido es el de Julio César cuando adoptó a Octavio Augusto, el que llegaría a ser su heredero en el poder, o la adopción de Antonino Pío por parte del emperador Adriano.

Con todo lo dicho hasta ahora, cabe preguntarnos si el derecho romano al establecer esas edades legales para el matrimonio tiene en cuenta el desarrollo psíquico y físico de las personas, y en consecuencia, reconocer unas capacidades tendentes a asumir responsabilidades del ámbito matrimonial. En un principio, consideramos que la respuesta del derecho romano sobre la capacidad para contraer matrimonio fue enfocada a la generación de hijos, capacidad física o de maduración biológica, con lo que no era una capacidad entendida en función de asumir y poder realizar otras responsabilidades matrimoniales. Esto se veía reforzado con la práctica habitual de que los matrimonios se hicieran por previo acuerdo de los padres o, al menos, con el consentimiento expreso de ambos *paterfamilias*; por tanto, el factor de la capacidad de los

⁸⁴ *Lex Papia y Lex Iulia*, s. I.

⁸⁵ *Annales*, 15,19.

⁸⁶ González (1986), pp. 147-243. D'Ors (1988).

⁸⁷ Veyne (1991) pp. 32-33.

contrayentes para prestar su consentimiento estaba mediatizado o en parte anulado por la voluntad de los padres. Decimos en un principio porque posteriormente con Justiniano⁸⁸, los matrimonios acordados por los padres debían contraerse siempre y cuando los futuros cónyuges dieran su consentimiento; luego creemos que la ley refuerza la importancia del consentimiento e indirectamente, presupone la capacidad de los contrayentes para prestar ese consentimiento⁸⁹ a los doce para las mujeres y catorce para los hombres. No debemos olvidar que según Ulpiano "No es la cópula, sino el consentimiento lo que hace el matrimonio"⁹⁰.

Aunque las edades legales eran doce y catorce, las fuentes nos proporcionan datos sobre las diferentes edades en las que se contraía matrimonio en realidad, con diferencias dependiendo de la clase social y del sexo del contrayente.

Los historiadores⁹¹, basándose en fuentes epigráficas y literarias establecen las edades de casamiento de las mujeres entre los doce y los quince años. A partir de los quince años decrece paulatinamente el número de inscripciones referentes al matrimonio para resurgir con fuerza las relativas al de mujeres a partir de dieciocho años. En cuanto a los hombres, las fuentes epigráficas muestran que las edades de matrimonio rondaban los treinta años⁹². Por otro lado, las fuentes también nos proporcionan datos sobre cónyuges con edades similares; generalmente, en estos casos se trata del primer matrimonio del hombre y el segundo o sucesivos de la mujer⁹³.

La diferencia de edad entre los cónyuges solía ser de una media de diez años. La mayoría de los autores interpretan que estas diferencias de edad entre hombre y mujer se deben fundamentalmente a que el valor de la mujer para el matrimonio era la capacidad para

⁸⁸ *Vid. infra* capítulo I, epígrafe 2.2.

⁸⁹ Para prestar consentimiento válido éste debe ser voluntario y la persona que lo manifiesta ser consciente de las obligaciones y derechos que conlleva el objeto del consentimiento.

⁹⁰ D. 50.17.30 "Nuptias non concubitus, sed consensus facit".

⁹¹ El estudio clásico de Friedländer (1979) realiza una compilación de edades de casamiento de las mujeres recogidas en inscripciones funerarias, vol. IV, p. 126.

⁹² Saller (1987), pp. 21-34.

⁹³ Treggiari (1991), p. 401.

tener hijos, la fertilidad, mientras que el hombre aseguraba primero la estabilidad económica o la posición social. Treggiari⁹⁴ incorpora una interpretación relativa a las características de la relación entre cónyuges con una diferencia de edad considerable. Esta autora cree que la diferencia de edad implicaba diferente grado de madurez y de gustos y debido a la juventud de la esposa "facilitaba" al marido el manejo de la autoridad.

Por otra parte, la edad para el matrimonio difería no sólo entre hombre y mujer sino también en las clases sociales. Así en las clases bajas se observa un aumento en la edad de contraer matrimonio en las mujeres, en torno a los veinte años, con respecto a la que establecía la ley y acostumbraban las clases pudientes, mientras que en los hombres sucedía al contrario, disminuía sensiblemente la edad⁹⁵. En cambio, las clases acomodadas solían contraer nupcias jóvenes, y en algunos casos demasiado jóvenes incluso para la ley. Tal fue el caso de Octavia que contaba con once años cuando contrajo matrimonio con Nerón, de dieciséis. El derecho romano contemplaba el matrimonio de niñas menores de doce años bajo la fórmula jurídica de *Minor duodecim annis nupta*⁹⁶, asemejándose el supuesto a la situación legal de esponsales y una vez cumplidos los doce años adquiría la condición de casada⁹⁷. Los esponsales requerían los mismos requisitos que el matrimonio salvo el de la edad, que se fijaba en siete años⁹⁸. Además del consentimiento del *paterfamilias* se requería el de los futuros contrayentes, aunque en la mujer existía consentimiento implícito si no se oponía. En la mayoría de los supuestos el consentimiento era suplido por los padres, debido en ocasiones a que los *sponsa* se realizaban cuando los contrayentes eran aún muy niños, como en el caso de Agrippina que contaba con dos años de edad cuando fue prometida a Tiberio.

⁹⁴ Treggiari (1991), p. 400. Esta misma idea puede verse en Garnsey/Saller (1991), p. 157.

⁹⁵ Friedländer (1979); Treggiari (1991), p. 402.

⁹⁶ D. 5.3.13.1

⁹⁷ D. 23. 2. 4.

⁹⁸ D. 23. 1. 14.

2.2. El cristianismo (siglos IV-VI): un cambio en la concepción de la infancia.

La conversión de Roma al cristianismo de manos del emperador Constantino en el año 313 no debe inducirnos a creer en una inmediata aplicación de los preceptos religiosos en la regulación legal de la infancia. Un ejemplo es que la práctica del abandono de niños seguía produciéndose con impunidad.

No obstante, la concepción cristiana⁹⁹ de la persona y de los niños en particular favoreció un paulatino cambio de mentalidad que influyó tanto en las relaciones paterno-filiales como en la legislación a favor de la infancia.

Pasajes del Nuevo Testamento¹⁰⁰ nos revelan la consideración del niño como símbolo de inocencia, pureza y humildad. Esto se refleja en escritos de autores como San Isidoro de Sevilla que en sus *Etimologías* deriva el vocablo “puer” (niño) de la palabra *puritas* ya que para el autor a los niños se les llama así, *pueri*, debido a su pureza¹⁰¹. Por tanto, nos encontramos que la noción de niño lleva implícito su carácter de seres puros.

A pesar de ello, los padres de la Iglesia en sus comienzos, tenían una visión ambivalente de la infancia. Por un lado, los niños también soportaban la carga del pecado por la transmisión que del mismo hacían sus padres. San Agustín (m. 430), uno de los primeros padres de la Iglesia que trató ampliamente la infancia, consideraba en sus *Confesiones* que "lo único que hay de inocente en un niño es la debilidad de los órganos, no su alma". Aunque también desarrolló la idea, que tardó en concretarse, de que los niños también estaban bajo la protección de Dios: “[...] algunos fatigados bajo el peso de los años, otros en la flor de la juventud, *algunos de ellos niños*, otros, hombres hechos. Otros, mujeres; *Dios está igualmente presente en todos*”¹⁰². Además del carácter no inocente del niño por el hecho de ser portador del pecado, la infancia era un estado que, en general, los primeros padres de la Iglesia no consideraban de interés en sí mismo,

⁹⁹ Sin obviar el influjo del pensamiento estoico, Veyne (1991) p. 29.

¹⁰⁰ Mateo 18:10, Marcos 10:15, Lucas 18:17 y Mateo 18:3-4.

¹⁰¹ Etimologías XI, 2-10.

¹⁰² *Serm.*. XLVII, 16, 30. La cursiva en el texto es nuestra.

sino por su potencial; así San Jerónimo escribió: " A los niños no hay que alabarlos por lo que son, sino por lo que llegarán a ser".

Por otra parte, la otra cara de la Patrística sobre la infancia, es la consideración de los niños como seres portadores de alma y queridos por Dios. A este respecto Justino¹⁰³ considera que los hijos son regalos divinos que deben ser criados y cuidados por sus padres. La misma idea comparte Clemente de Alejandría¹⁰⁴. La figura del niño adquiere una mayor consideración en el ámbito familiar¹⁰⁵ y el trato de los padres hacia sus hijos llega a ser un factor importante de su comportamiento cristiano. Sobre esta idea, San Juan Crisóstomo se ocupó de la educación moral que debían proporcionar los padres a sus hijos y del trato hacia los niños desde pequeños¹⁰⁶.

Finalmente, el bautismo de los niños, en la mayoría de los casos recién nacidos, constató la preocupación de los cristianos por sus hijos; no sólo por el hecho de mitigar el pecado original, sino para evitar que el niño, en caso de morir, vagase por el limbo eternamente. Además del componente religioso, el acto del bautismo suponía el primer "rito de iniciación" o "socialización" en la vida del niño, semejante al existente en la Roma pagana.

A) El abandono de niños.

Un aspecto importante en el que la Patrística impulsó un gran avance fue el abandono de niños. Los padres de la Iglesia abogaron por la protección del niño basándose en la concepción cristiana de la persona y de los niños en particular como dones de Dios y por ello, dignos de la protección divina y la de sus padres. Lactancio (m. 340) condenó el infanticidio y el abandono: "pues Dios aliente en sus almas

¹⁰³ Apología 1. 29.

¹⁰⁴ Citados por Colón (2001), p. 105.

¹⁰⁵ Respecto a la consideración del niño *vid.* Colón (2001), p.104.

¹⁰⁶ Discurso en Antioquía, año 388, sobre "la vanagloria y la manera recta de educar a los hijos", acerca de la responsabilidad de los padres respecto de la educación moral de sus hijos: " Si se inculcan en el alma los buenos preceptos cuando todavía está tierna, nadie podrá borrarlos cuando se hayan consolidado, como sucede con el sello en la cera. Haz el uso debido de los comienzos de su vida. Tú serás el primer beneficiado si tienes un buen hijo, y después Dios... Es preferible que en todo momento teman los golpes pero sin recibirlos".

para la vida, no para la muerte [...] tan inicuo es abandonar como matar”¹⁰⁷.

Constantino fue el primer Emperador cristiano en condenar y prohibir el abandono de niños, en 315 d. C., dando una alternativa a los pobres¹⁰⁸. Previamente, la Iglesia, en el Concilio de Elvira (306), c. 12, castigaba con la excomunión a los padres que vendían a sus hijos¹⁰⁹.

El Código de Eurico se considera el primer cuerpo legal del período visigodo, normas de derecho visigodo recopiladas por orden del rey Eurico antes del año 480, del cual sólo conocemos fragmentos. Uno de ellos es la disposición 299 que prohibía la venta o donación de los hijos. Aunque no encontramos referencias expresas al abandono, D’Ors en su reconstrucción del Código, incluyó un capítulo bajo el nombre *De expositis*¹¹⁰.

El *Codex Theodosianus* (438) sí recogía expresamente el abandono e incluía las regulaciones anteriores de emperadores romanos (Valentiniano I, Valente, Graciano, Valentiniano II, Teodosio I. Honorio y Teodosio II). En este cuerpo legal se prohibía la esclavitud infantil durante más de cinco años. Valentiniano III, al igual que Constantino, vio como causa del abandono la pobreza y prohibió que las deudas pudieran saldarse con la venta del hijo¹¹¹.

Por otra parte, en el año 529 con la promulgación del *Codex Iustinianus*, comenzó a aunarse la ley con el interés patristico respecto al abandono. Este Código, fuente legal de la Edad Media, establecía que los niños abandonados no podrían ser esclavos ni vendidos, aunque preveía la excepción de poder hacerlo en casos de extrema pobreza. En el Concilio de 529 d.C., el abandono se calificó como homicidio con pena de muerte (400 años después de que Justino, incluso antes que Lactancio, lo calificara de asesinato). Junto a esta

¹⁰⁷ *Divinae Institutiones* 1, VI, c. XX.

¹⁰⁸ Colón (2001), p.106.

¹⁰⁹ Sobre la exposición y venta de niños trataron sucesivamente otros Concilios como el de Vaison (442), Arles (443-452?), Agde (506).

¹¹⁰ D’Ors (1960).

¹¹¹ *C. Th.* X, V, 10-1.

evolución legislativa, la Iglesia resaltaba en el plano asistencial atendiendo a niños huérfanos y abandonados.

En conclusión, en un intervalo de 500 años aproximadamente, la regulación de la infancia ha ido paulatinamente valbrando al niño, sobre todo en lo concerniente a las medidas legales contra el abandono de niños. A ello contribuyó en gran medida la concepción cristiana de la dignidad del niño, que por el hecho de ser persona también es acreedor de protección.

B) El matrimonio¹¹².

El cristianismo dotó de una nueva configuración al matrimonio. Esta nueva configuración se caracterizó porque su regulación se basaba en normas de derecho natural y divino y, a diferencia del derecho romano, a través de la prestación del consentimiento, se establecía la indisolubilidad del vínculo matrimonial.

Por otra parte, la Iglesia consideraba el matrimonio el ámbito propio de procreación y encauzador de las relaciones sexuales, a lo que hay que añadir el valor que la Iglesia confería a la virginidad de los contrayentes, elementos que podían explicar que se contrajera matrimonio a edades tempranas. La Iglesia mantuvo las edades legales establecidas por el derecho romano, catorce años para el varón y doce para la mujer, así como la edad de los esponsales en los siete años¹¹³. La edad legal presumía la pubertad real, por motivos de seguridad jurídica. No obstante, a efectos de validez del matrimonio, la Iglesia prevalecía la pubertad real frente a la legal, y este requisito no era taxativo; la pubertad legal era presunción *iuris tantum*¹¹⁴. Ejemplo de

¹¹² Para un estudio más concreto de la historia del matrimonio canónico, *vid.* Saldón (1971), que a su vez forma parte de un estudio histórico más amplio hasta el siglo XVI, junto a Rincón y Tejero, en la obra *El matrimonio: misterio y signo*.

¹¹³ Como excepción, el Concilio de 692 y la legislación del emperador bizantino León VI consideraron fijar la edad de diez años como más conveniente para prometerse en vez de los siete.

¹¹⁴ López-Alarcón y Navarro-Valls (2001), p. 121. Como afirman los autores, el requisito de la edad para el derecho canónico de esta época no conformaba un impedimento claramente definido y se aplicaban los impedimentos de impotencia en los casos de inhabilidad sexual (por falta de madurez sexual debido a la edad) y el de incapacidad consensual (madurez mental). Aznar Gil

ello lo encontramos en la concesión de dispensas del impedimento de la edad¹¹⁵ o la ratificación de matrimonio entre menores de edad legal cuando se había producido consumación (*In matrimonio carnalis malitia suppleat aetatem*)¹¹⁶.

A diferencia de la época clásica romana, la edad real de casamiento entre matrimonios cristianos¹¹⁷, es ligeramente inferior en el caso de los hombres. Esta afirmación se basa exclusivamente en datos epigráficos hallados en estelas funerarias, y cuyo valor estadístico a efectos de investigación histórica es puesto en entredicho por algunos historiadores¹¹⁸, dado la escasez de datos y el restringido campo (personal, económico...) del que proceden los datos.

2.3. La infancia en la Edad Media (ss.VII-XIV).

El tratamiento jurídico de la infancia (en concreto, el abandono de niños y el matrimonio) durante la Edad Media no cambió sustancialmente con respecto a la regulación del derecho Romano. Se observa, en cambio, un incremento en la atención al período de la infancia en la biografía de los santos como parte de la vida en la que ya se manifestaba la fe o la fuerza de la llamada religiosa¹¹⁹. Esto, que en gran medida se hacía para justificar la “santidad” de una persona desde sus comienzos, más que para destacar la infancia como un período importante, fue reforzado en este último sentido, por la

(1989) p. 72, recoge un texto del Sínodo de Segovia de 1325 sobre la vinculación entre la falta de edad legal y el impedimento de impotencia por la incapacidad de los menores para realizar el acto sexual. Esta situación finaliza cuando el CIC de 1917 define claramente el impedimento de edad y establece las edades legales en dieciséis para el hombre y catorce para la mujer.

¹¹⁵ Aznar Gil (1989), pp. 71-73.

¹¹⁶ Gaudemet (1993), p. 229.

¹¹⁷ Treggiari (1991), p. 402.

¹¹⁸ Shaw (1987), p. 42 y Garnsey/Saller (1991), p. 152.

¹¹⁹ Gélis (1991), aunque su obra abarca los siglos XIV-XVIII, se refiere a la labor de difusión de los modelos de niño que postulaba la Iglesia durante este período, que son el modelo de niño místico y el niño Cristo; modelos que tienen sus orígenes en la Edad Media pero que se consagra en la época que trata el autor. A modo de ejemplo cita la imagen del niño-santo en Pedro de Luxemburgo y Catalina de Siena. España también fue lugar de niños-santos. Un conocido ejemplo es el de los niños Santos Justo y Pastor, que fueron mártires en la persecución de Daciano en el año 304. San Ildefonso en el s. VII realizó el estudio de sus vidas y martirio, situándolo en Alcalá de Henares (*Complutum*, nombre de la ciudad romana).

representación de Jesús niño, sobre todo en la iconografía, como paradigma del ideal de niño¹²⁰.

San Nicolás fue la figura en la que convergió la llamada religiosa desde la infancia y su consagración como santo protector de los niños. San Juan Crisóstomo y San Metodio dedicaron líneas a la vida de San Nicolás¹²¹.

Esta etapa histórica también se caracterizó por el papel predominante de la Iglesia respecto a la protección de la infancia a través de instituciones de acogida y la educación. Además, tanto la institución de ayuda a niños pobres y huérfanos como el campo educativo suponían a la Iglesia una fuente de futuros clérigos.

A) Las edades en la Época medieval.

Como ya indicamos anteriormente, la división de las edades del hombre ha sido objeto de atención por parte de los estudiosos ya desde la antigüedad, pero fue en esta época con la obra de San Isidoro de Sevilla quien, tomando como base los autores clásicos, elabora una de las más importantes clasificaciones de las edades¹²².

¹²⁰ Carp (1980).

¹²¹ Ya desde niño se constata su opción por los pobres, repartiendo sus bienes entre los que carecían de ellos. Además se le atribuye el milagro de salvar a unos niños heridos de muerte, en un contexto que varía según la época o el autor que relata el hecho, desde que se trataban de niños a los que un criminal hirió a cuchillo hasta la historia de tres estudiantes acogidos en una posada, cuyo dueño los despedazó. Todas las versiones terminan con la intercesión de San Nicolás, que devuelve a la vida a los niños. Su festividad se celebra el día de su muerte, 6 de diciembre de 345. Como Santo protector de la infancia llega hasta nuestros días en la imagen de un anciano de barba blanca, también llamado Santa Klaus (en alemán San Nikolaus). La tradición es que la noche del seis de diciembre San Nicolás llega a la casa de los niños para dejar regalos y dulces. La celebración el día 6 de diciembre tiene mayor arraigo, entre otros, en Bélgica, Países Bajos y Rusia, mientras que la llegada de Santa Klaus o Papa Noel (Papa Navidad) se produce en la Noche Buena. Evidentemente, la relación con la infancia está clara también en este caso, celebrar la llegada del niño Jesús.

¹²² *Etimologías, Liber numerorum*, VII, 46. Un amplio estudio sobre las edades en la época medieval y sus diversas interpretaciones cosmológicas (planetas, estaciones, meses del año...), religiosas... lo hallamos en la obra monográfica de Sears (1986) y a la amplia bibliografía allí citada. Brevemente, las edades del hombre se han dividido en diversas etapas según la interpretación que se realizara, así nos encontramos la división en tres, número al cual se le atribuía el significado

A su vez, durante la Edad Media se utilizaron diversos vocablos para designar ciertas franjas de edad. Beceiro y Córdoba¹²³, sirviéndose como fuente principal de la obra de Don Juan Manuel¹²⁴ realizan una correspondencia de dichos vocablos y las edades de referencia. Así, los “niños” son aquellos que seguían criándose por nodrizas y alcanzaba hasta la edad de siete años. La etapa entre los siete y catorce años, se denominaba la “mocedad”; era la etapa del aprendizaje, fundamentalmente para las clases pudientes, o el momento en el que se producía la incorporación al trabajo en el campo o talleres artesanos y en el caso de las niñas a realizar las labores caseras. Entre los catorce y veinticinco años al hombre joven se le llamaba “mancebo” y a aquellos pertenecientes a clases aristocráticas en espera de ser nombrados “caballeros” se le denominaba “doncel”. Esta clasificación se aplicaba a jóvenes hombres, mientras que para las mujeres, el factor determinante de su apelativo era la soltería o el

de la totalidad, en este sentido, los pitagóricos y Aristóteles veían en la tríada la simbología de un principio, un medio y un final. El mito más conocido de la división de las edades del hombre en tres es el de Edipo salvando Tebas cuando afronta la pregunta de la esfinge sobre aquello que camina a cuatro patas primero, luego sobre dos y finalmente sobre tres, contestando que es el ciclo de la vida del hombre, primero gatea, luego anda y finalmente se apoya en un bastón. Una de las más curiosas interpretaciones sobre el número tres es la de los tres Reyes Magos. Sears considera que hasta el siglo XIII, momento en el que la apariencia de los tres Reyes Magos se uniformiza, en realidad se trataba de la representación de las edades del hombre. Lo sustenta en documentos y obras de arte de la época en la que se representa al primer rey, Melchor con barba blanca (senectud), al segundo, Gaspar, con barba negra y, finalmente, a Baltasar como imberbe, a los que se les atribuía distintas cualidades según su edad, y que representaban, consideradas en conjunto al “buen” seguidor de Jesús. representan a todos los hombres de todas las edades rindiendo homenaje a Cristo. Idea que se refleja en *Epiphania Domini* de San Agustín (*Serm.* 202, PL 38, 1033): “*Quia et illi Magi quid iam fuerunt, nisi primitiae Gentium? Israelitae pastores, Magi gentiles*”. En resumen, como afirma Sears (1986), los Magos representan a todos los hombres de todas las edades rindiendo homenaje a Cristo, p. 93. Otras divisiones más conocidas, son las etapas de cuatro (en conexión con las estaciones del año, los cuatro elementos y los cuatro humores del *Corpus* hipocrático), seis (en relación con la creación del Mundo en seis días), siete (siete planetas, los conocidos en ese momento, siete días, los múltiplos de siete definen edades que corresponde a las distintas etapas (7, 14, 21, 35, 49, 63, 98), siete movimientos del cuerpo (subir, bajar, adelante, atrás, izquierda, derecha y giro) y las siete partes del cuerpo (cabeza, cuello, torso, dos brazos y dos piernas) y doce etapas (la más tardía de las divisiones, en relación con los doce meses del año).

¹²³ Beceiro y Córdoba (1990).

¹²⁴ Libro Enferido. Obras completas.

matrimonio. Así, cuando aún permanecían solteras, y ya no eran niñas, tenían más de siete años, se las llamaba “mozas” o “doncellas” y cuando ya estaban casadas, “dueñas”.

Por otra parte, los cuerpos legales de la época regulaban distintas edades con las que se adquiría la mayoría de edad o cierta capacidad para realizar actos con efectos jurídicos. El Fuero Juzgo establecía de un lado, los catorce años como edad en la que se alcanzaba la pubertad y se podía salir de la dependencia paterna, aunque con la posibilidad de que aún teniendo esa edad, esté bajo tutela¹²⁵. Asimismo, con catorce años se podía ser testigo¹²⁶. De otro lado, el Fuero Juzgo determinaba que la *perfecta aetas* se alcanzaba a los veinte años. No obstante, esta *perfecta aetas* que podríamos interpretar como la mayoría de edad no es taxativa y como afirma De Castro y Bravo junto a ella rige "como causa general de independencia del poder paterno, el que el hijo o la hija se case"¹²⁷. El Fuero Real, de influencia germánica como el Fuero Juzgo, también recogía las edades de catorce y veinte años. Ambos cuerpos legales rebajaron la edad establecida desde época romana y regulaban como factor determinante de independencia de los hijos el que éstos contrajeran matrimonio.

Las Partidas retomaron el criterio romano y repuso la edad de veinticinco para llegar a la mayoría, aunque se regularon distintas edades para contraer matrimonio, catorce para hombre y doce para la mujer¹²⁸, siguiendo la tradición jurídica romana y canónica.

Finalmente, hay que destacar que el derecho canónico medieval¹²⁹ regulaba el derecho de los niños a acceder al estado clerical y religioso y a los sacramentos. Aparte del bautismo, que se recibía a edades muy tempranas, la Iglesia determinó que para acceder a los sacramentos de confirmación y eucaristía se precisaba un grado de discernimiento en

¹²⁵ Fuero Juzgo, 2,3,4.

¹²⁶ *Fuero Juzgo*, 2,4,12.

¹²⁷ *Vid.* De Castro (1952), p.158.

¹²⁸ Partida IV, Título I, Ley 6

¹²⁹ *Vid.* Metz (1976a), pp. 23-67, sobre los menores y la religión en el derecho canónico medieval. También del mismo autor sobre la profesión religiosa de los menores y la autoridad paterna al respecto (1976b) pp. 187-200 y sobre el estado clerical y los beneficios eclesiásticos (1974), pp. 553-567.

el niño. Concretamente, el Concilio de Letrán de 1215 fijó en el canon 21 este requisito¹³⁰, estableciéndose los siete años como la edad en la que adquiriría la razón, por lo que llegada a ella, los niños serían capaces de confesar sus pecados y recibir el sacramento de la eucaristía¹³¹. No obstante, en concilios posteriores se fijaron edades superiores para la confesión, por ejemplo el Concilio de Tarragona (1329) estableció la edad de la pubertad, doce años para las niñas y catorce para los niños y los Concilios de Narbona (1227) y Aviñón (1341) fijaron para ambos sexos los catorce años. Estas edades fueron posteriormente modificadas retrotrayéndose a la edad de los siete años.

Como confirmación de la edad de los siete años como edad clave en el derecho canónico medieval, los niños debían tener la edad de siete años para el desempeño de las órdenes menores dentro del estado clerical¹³².

Por lo que respecta a la profesión religiosa¹³³, que a diferencia de lo anterior, podían tomar tanto los niños como las niñas, hay que indicar que los padres tenían libre disposición sobre los hijos siendo práctica habitual durante la Edad Media la oblación. La entrega de los niños a monasterios equivalía a la declaración personal de los propios hijos por lo que esta actuación de los padres dio lugar a diversos pronunciamientos en el derecho canónico. De un lado, los textos más antiguos daban efectos irrevocables al acto de los padres, por lo que el niño, aún alcanzada la pubertad, no tenía facultad para emitir su consentimiento y revocar esta disposición. El cambio hacia una postura más flexible y protectora de la libertad de los menores la protagoniza Graciano y los papas Alejandro III, Clemente III y

¹³⁰ No obstante, un sector de canonistas era partidario de elevar la edad más allá de la edad de suficiente juicio y proponían los doce-catorce años, para hacerlo coincidir con la pubertad. Metz (1976a), p. 63.

¹³¹ Alexandre-Bidon y Didier Lett (1999), p. 29. También en Metz (1976a) pp. 58-67. Este autor se refiere además al sacramento de extremaunción.

¹³² Órdenes menores que aparecen en distintos textos canónicos agrupados de forma distinta según épocas pero de los que podemos citar algunos como el portero (*ostiarius*), lector (*lector*), exorcista (*exorcista*), acólito (*acolitus*). El autor también menciona el acto de la tonsura a partir de los siete años y a los beneficios eclesiásticos, Metz (1976a), pp. 32-50 y (1974), pp. 553-567.

¹³³ Metz (1976b), pp. 187-200.

Celestino III¹³⁴ al estipular que llegada la edad núbil los menores. La regulación definitiva se estableció en el siglo XIII al exigir una declaración de voluntad y un tiempo de “prueba” antes de la incorporación definitiva a la profesión religiosa.

Asimismo, la edad de ingreso va aumentándose desde los doce para las niñas y catorce para los niños a dieciséis para ambos en el Concilio de Trento.

Con la fijación de esta edad por el Concilio y la abolición de la ablación por Martín V en 1430 se constata un creciente interés de la Iglesia que se concreta en la protección del menor, tanto personal como de su patrimonio y en el protagonismo de los menores en la toma de decisiones que implica el reconocimiento y ejercicio de su “libertad religiosa”¹³⁵.

B) El matrimonio.

Como hemos tratado anteriormente, el matrimonio por influencia del cristianismo pasó de ser un “contrato”¹³⁶ de libre disposición por las partes, a conformar una institución de derecho natural y religioso. Institución reforzada por un concepto de matrimonio sagrado e indisoluble, cuya regulación y conocimiento de causas compitió al ordenamiento canónico prácticamente en exclusiva hasta el proceso de secularización del matrimonio (s. XVI – XVIII), proceso que tuvo pronto desarrollo en países centroeuropeos (Países Bajos, Austria, Alemania) y que se acentuó con la Revolución Francesa¹³⁷.

¹³⁴ Metz (1976a) se refiere a un caso en el que intervino el propio papa Celestino III. Un niño fue entregado por su padre a un monasterio con la intención de privarle de su patrimonio. Celestino III exigió que el menor llegada la pubertad expresara su opinión sobre su estado religioso y decidiera por el mismo o por volver a la vida seglar. Optó por lo último y reclamar su patrimonio. pp. 56-57.

¹³⁵ Con la matización de que esta expresión debe entenderse en su contexto histórico, tanto por la definición misma de “libertad religiosa” como por la concepción de la infancia en esta época.

¹³⁶ Gaudemet (1993) p.223, señala que el derecho romano nunca calificó como “contrato” el matrimonio, pues esa noción era restrictiva en Roma, si bien se consideraba una “sociedad” que en efecto, sí constaba como contrato.

¹³⁷ Para un estudio más detallado sobre el proceso de creación del modelo matrimonial en occidente *vid.* Navarro- Valls (1994), concretamente pp.7-36.

Al igual que en épocas anteriores, el matrimonio fue un indicativo del paso a la edad adulta, sobre todo en las niñas¹³⁸. Así Duby (1977) señala que la entrada al mundo adulto por parte de un varón la determinan tres factores: el matrimonio, la paternidad y el señorío propio.

La capacidad de los contrayentes en cuanto a la edad se mantenía conforme la regulación romana. Se mantuvieron como pubertad legal los catorce años del varón y doce para la mujer¹³⁹. Pubertad legal que podía ser desvirtuada por la pubertad real. Ejemplo de ello encontramos en la concesión de dispensas¹⁴⁰ o la ratificación de matrimonio entre menores de edad legal para contraerlo cuando se ha producido consumación (*In matrimonio carnalis malitia suppleat aetatem*)¹⁴¹.

Dentro de los cuerpos legislativos, destacamos el Fuero Real y las Partidas, ambos del s. XIII. Las Partidas, herederas del *Corpus Iuris Civilis*, trataron el matrimonio en la Partida IV, Título I, Ley 6. En ella se recogía la edad de siete años para celebrar esponsales y las de catorce para hombre y doce para mujer como edad legal para contraer matrimonio. Un aspecto importante que regulaba las Partidas era que la edad legal para contraer matrimonio iba a servir para delimitar la responsabilidad penal por delitos sexuales¹⁴².

Por otra parte, el Fuero Real nos proporciona dos datos importantes con relación al consentimiento matrimonial. Por un lado, nos dice que un mayor de veinticinco años no necesitaba consentimiento paterno para contraer matrimonio¹⁴³, lo que *sensu contrario* era necesario en personas de menor edad. Por otro lado, se refiere a la naturaleza consensual del matrimonio y desautorizaba la imposición de marido¹⁴⁴. Esta idea de libertad en el consentimiento defendida por los canonistas era menoscabada con la práctica de los

¹³⁸ Beceiro y Córdoba (1990).

¹³⁹ En el ámbito eclesiástico, estas edades se recogieron en los sínodos de Segovia, 1325, Salamanca, 1410, Burgos, 1498 y Orense, 1543-1544, Aznar Gil (1989) pp. 72-73.

¹⁴⁰ Aznar Gil (1989), p. 71.

¹⁴¹ Gaudemet (1993), p. 229.

¹⁴² Partida VI, título XVIII, Ley 2, relativa al incesto.

¹⁴³ libro III, título I, ley 6.

¹⁴⁴ libro IV, título 10, ley 8.

matrimonios concertados por los padres de los contrayentes o, en otros casos, por la suplantación de la voluntad de la mujer a cargo de su padre¹⁴⁵.

Las Partidas establecían la mayoría de edad a los veinticinco, guardando la tradición de derecho romano, que requería esa edad fundamentalmente para cargos públicos. Así, mientras que una persona de catorce años podía contraer matrimonio, a efectos de derechos patrimoniales dependía de un curador hasta los veinticinco, la mayoría de edad. Las similitudes con el derecho romano se acentúan con la posibilidad de acceder a una *pubertas* plena, a través de unos acuerdos otorgando un juramento especial¹⁴⁶.

En resumen, las edades legales para contraer matrimonio seguían fieles a lo establecido en el derecho romano y asumidas por el derecho canónico. Además, el matrimonio constituía un estado que configuraba en gran medida, fundamentalmente a las mujeres, el paso a la vida adulta. Al igual que en época romana, los matrimonios seguían contrayéndose a edades tempranas, sobre todo en la aristocracia.

C) Las “Cruzadas infantiles”¹⁴⁷.

Creemos interesante traer a colación el episodio infantil de las Cruzadas, no sin antes advertir que las Cruzadas constituyen un tema histórico complejo que se escapa de nuestro ámbito de estudio¹⁴⁸. Hacemos mención a ello por la excepción que supone este hecho a la consideración social de la infancia. Son destacables dos aspectos, el primero, la capacidad que se presume en un grupo de adolescentes para organizar una campaña de un gran número de participantes y con un objetivo tan ambicioso -al menos teórico- como el de conquistar

¹⁴⁵ Gaudemet (1993), p. 209, recoge el ejemplo de un ritual de matrimonio del s. XII, en el que el sacerdote, en el acto de manifestación de consentimiento, dirige la pregunta al padre de la novia “¿Quieres dar a esta mujer en matrimonio a este hombre?”, y posteriormente preguntaba al novio, mientras que la novia no expresaba su consentimiento.

¹⁴⁶ Beceiro y Córdoba (1990).

¹⁴⁷ Hecho histórico recogido en extenso por Cardini y Del Nero (1999), Shahar (1990) y De Mause (1982).

¹⁴⁸ Entre las obras de referencia sobre las Cruzadas citamos entre otros a Brundage (1991), Mayer (2001), Maalouf (1992) y la bibliografía allí recogida.

Tierra Santa, y la segunda, por la actitud que sectores de la sociedad, y en especial de la Iglesia (apoyando y destacando la valentía de estos niños), mostraron hacia el fenómeno.

Brevemente, la historia de las Cruzadas Infantiles comienza en 1212 en dos ciudades, Vendôme (Francia) y Colonia (Alemania). La idea de la expedición infantil no surgió de los propios niños, sino de un predicador o predicadores que, desalentados de los intentos anteriores, estaban convencidos de que la empresa de recuperar la Tierra Santa debía encomendarse a personas de fe y almas puras. Este mensaje pronto recaló en grupos de niños, fundamentalmente de familias de campo dando lugar a una inesperada organización que crecía en número a pasos agigantados. La misión francesa tuvo su estandarte en Esteban, pastor de catorce años que lideró al grupo hasta su entrada en Marsella. Según Shahar unas de las razones que explican la incorporación de los niños a tal empresa, es la situación de pobreza, desesperanza y desconsideración familiar que sufría gran parte de la infancia que impedía augurar un futuro mejor; así que la posibilidad de formar parte de un hecho histórico y de suma importancia para el ámbito religioso era una apuesta atrayente. Esta llamada a los niños pareció desbordar lo previsible por parte de los adultos, y un gran grupo de niños emprendieron rumbo a la costa, A su paso por las ciudades iban uniéndoseles otros niños e incluso adultos. La aventura trató de frenarse por una minoría compuesta por padres, religiosos y gobernantes, mientras que la muerte afectaba a millares de niños. Finalmente, la intercesión de unos mercaderes facilitó a la Cruzada de niños la puesta a su disposición de barcos para cruzar el Mediterráneo. El episodio terminó con el naufragio de parte de las embarcaciones y el secuestro y venta de los niños y de los adultos que los acompañaban como esclavos.

2.4. La infancia en la Edad Moderna (s. XV-XVIII).

La Edad Moderna es la etapa histórica en la comienza a vislumbrarse un cambio de mentalidad en lo concerniente a la infancia. Este cambio se ve propiciado por uno más amplio que tiene lugar por una nueva concepción de la familia (familia nuclear) y por la vida en la ciudad, que generó un mayor interés de los padres en el

cuidado y en la protección de los hijos¹⁴⁹. Este proceso de individualización del niño fue consecuencia de “una conciencia más lineal y más segmentada de la existencia. En este contexto, el individuo tiene el valor que tiene, y la sombra del grupo familiar, del parentesco, ya no borra la personalidad”¹⁵⁰.

A) La Protección de la infancia.

Como hemos mencionado antes, en esta época surge un mayor sentimiento de protección de los padres con respecto de sus hijos, lo que pone de manifiesto la falta de una medicina preventiva y de tratamiento de enfermedades en los niños. Fruto de este interés y preocupación es la obra de Locke, *La educación de los niños* (1693), en la que el autor aconseja a los padres sobre la necesidad de una prevención como mejor forma de evitar las enfermedades.

El cambio del sentimiento hacia los hijos hizo que los padres fueran más atentos y complacientes. Esto, por un lado, supuso un “descubrimiento” del niño, se le observó como una persona despierta y con unas capacidades intelectuales no valoradas suficientemente. Pero, por otra parte, la actitud de estos padres podía tornarse excesivamente condescendiente de modo que un talante que se estima positivo cuando es extremo perjudica al niño, la familia y por extensión a las relaciones sociales¹⁵¹.

¹⁴⁹ Tal y como describe Gélis (1991) pp. 296-299, el nuevo sentimiento hacia la infancia no fue un cambio lineal, sino que tuvo altibajos en el tiempo, además de manifestarse sobre todo en las clases altas y en el ámbito de las ciudades. Es en este contexto donde aparecen las manifestaciones de preocupación por preservar la vida del hijo y el miedo ante determinadas enfermedades.

¹⁵⁰ Gélis (1991), p.298.

¹⁵¹ Sobre este punto es muy significativo el texto de Locke al considerar que es deber de los padres amar a los hijos pero “no contentos con amar sus personas hasta llegan a estimar sus defectos” “ y esto les perjudica porque “cuando los niños se hacen mayores y sus malos hábitos crecen en proporción, los padres, que ya no pueden regalarles ni jugar con ellos, comienzan a decir que son unos pillos, unos espíritus ariscos y llenos de malicia” “ Pero si a un niño se le acostumbró a tener plena libertad de hacer todo lo que quiso mientras llevó el sayo vaquero, ¿por qué ha de parecerse extraño que pretenda el mismo privilegio y que use de todas sus mañas para seguir disfrutándolo cuando llega a llevar las calzas?”. Citado por Gélis (1991), p. 302.

Para evitar que la educación excesivamente indulgente que el niño recibía en el ámbito familiar perjudicara a la sociedad, uno de los medios con los que contaba el Estado era dotar una educación “pública” (por contraposición al ámbito privado de la familia). Junto con el Estado, la Iglesia jugó un papel muy relevante en el sistema educativo¹⁵². El colegio se convirtió, junto con la familia, en ámbito de socialización del niño¹⁵³. Rousseau, con la publicación de su obra *Emilio o de la educación* en 1792, aportó una nueva visión no sólo en la forma educativa y su contenido, sino en lo que al objeto de nuestro estudio interesa, separa el hombre adulto del niño, afirmando que no se puede examinar en un plano de igualdad al niño y al hombre (adulto). Además, se le puede considerar un precursor de la teoría de la psicología evolutiva, al distinguir las distintas etapas de desarrollo del niño y las peculiaridades de cada una de ellas, destacando la importancia de que el educador (ayo) respete las particularidades que deben desarrollarse en los distintos estadios, superando las de la etapa anterior, pero no adelantar o potenciar las propias de las que está por venir¹⁵⁴.

¹⁵² *Diccionario de Pedagogía Labor*, sobre San José de Calasanz, entre otros, pp. 490-491.

¹⁵³ A la escuela, hay que sumarle una corriente que potenció los usos sociales y las normas del decoro en los niños. Ya en el año 1530, Erasmo publicó *De civitate morum puerilium (De la urbanidad en las maneras de los niños)* (1985 edición bilingüe), dedicado al Príncipe niño Enrique de Borgoña en el que sistematiza las reglas de comportamiento de un niño (vestido, juego, en la mesa, en el templo, en los encuentros...) y que supuso una obra de gran calado y que pronto comenzó a estudiarse en las escuelas. Por otra parte, Juan Bautista de la Salle, fundador de las Escuelas Cristianas, escribió *Les Règles de Bien-séance y de la Civilité chrétienne*, que supuso la aportación cristiana a esta corriente. Finalmente, en España podemos encontrar estas ideas en la obra de Vives que en 1538 publica *Exercitatio linguae latinae*, dedicado a Felipe II, cuando aún era príncipe, y que al igual que la obra de Erasmo se utilizó como texto escolar. Otros autores destacados y seguidores del espíritu de la obra de Erasmo en España fue Palmireno con *El estudioso de la aldea* de 1568 y Ledesma con *Documentos de crianza* de 1599. Por otra parte, en el año 1762 se publica *Emilio o de la educación*, de Rousseau. No obstante, no todos los niños tenían posibilidades de acceder a una educación en la escuela, en cuyo caso, el ámbito de socialización se circunscribía, además de la familia al entorno laboral, como aprendices de un oficio. Sobre este tema *vid.* Pancera (1993).

¹⁵⁴ Así, la primera etapa se cumple cuando el niño aprende a hablar y desarrolla su sistema locomotor. La segunda etapa, hasta los seis - siete años, el niño toma conciencia de sí mismo "Importa, pues, comenzar a considerarle aquí como un

Por otra parte, los abandonos de niños seguían produciéndose en número cuantioso aunque la ley los castigaba. Al igual que en épocas anteriores¹⁵⁵, los hijos habidos en relaciones extramatrimoniales o durante la soltería de la mujer, así como los medios escasos para mantener a la familia propiciaban esta práctica. No obstante, no podemos afirmar que el abandono fuera un recurso exclusivo del ámbito rural, de familias pobres o en relación con la ilegitimidad, sino que también tenía lugar en familias burguesas, artesanos y con hijos legítimos. Esto último se confirma en las *Confesiones* de Rousseau, en la que hace mención del abandono de cinco de sus hijos en la inclusa¹⁵⁶.

Como acabamos de mencionar, los abandonos solían materializarse en lugares religiosos (tornos de conventos e iglesias) en los que había escaso control de los niños que allí llegaban. La Iglesia, concedora de la realidad habitual del abandono, a pesar de su prohibición legal y religiosa, instituyó centros para albergar a los niños abandonados, a los que se podía acudir directamente a entregar al niño. Un ejemplo fue la labor de San Vicente de Paúl, fundador de Hospital de la Couche, en París¹⁵⁷.

B) El matrimonio.

La Edad Moderna fue la época en la que se fraguó uno de los mayores cambios en la regulación del matrimonio. El derecho canónico comenzó a ser cuestionado como único ordenamiento del matrimonio por otra corriente religiosa: la Reforma. El carácter civil que los reformadores atribuyeron al matrimonio junto con las ideas de la Ilustración que alimentaban esa concepción, hizo que surgieran las

ser moral". (Libro II). Si bien, no será capaz de raciocinio hasta los doce o trece años (Libro III)., la cuarta etapa, la adolescencia, es la edad en la que se debe introducir al niño (ya adolescente y joven) en la sociedad. Aquí Rousseau trata la educación religiosa del niño y advierte que antes de la adolescencia no es conveniente hablar de religión a los niños, ya que éstos no tienen aún raciocinio bien ejercitado (Libro IV, 53 "La idea de Dios es inaccesible a los niños").

¹⁵⁵ *Vid. supra* el epígrafe sobre el abandono en Roma.

¹⁵⁶ Lecercle, en su comentario al *Emilio* de Rousseau (1973), menciona que este hecho pudo jugar un papel importante en los motivos que condujeron al autor a escribir un libro sobre la infancia, p. 85.

¹⁵⁷ La labor iniciada por San Vicente de Paúl recaló en España y llegó hasta nuestros días de manos de la orden de las Hijas de la Caridad.

primeras regulaciones del matrimonio por el Estado moderno, como el Código Napoleónico de 1804¹⁵⁸.

También en este período histórico, la Iglesia tomó importantes decisiones en cuanto al matrimonio en el Concilio de Trento, cuyas disposiciones fueron aplicadas como regulación exclusiva matrimonial en España a través de la Real Cédula de Felipe II en 1564 hasta finales del s. XIX. Respecto a la edad de matrimonio, se mantuvo la existente; es destacable que para el derecho tridentino la falta de consentimiento de los padres, fueran menores o mayores de edad los contrayentes, se consideraba una decisión condenable, incluso teólogos del s. XVI lo consideraban pecado mortal¹⁵⁹.

2.5. La infancia en el siglo XIX.

Durante el siglo XIX se continuó desarrollando la nueva concepción de la infancia. Además del cambio social producido como resultado del paso de la sociedad rural a la ciudad, la revolución industrial, la familia burguesa, la preocupación por el cuidado del hijo y su proceso de individualización, a ello contribuyó el impulso que paulatinamente fueron generando distintos ámbitos como la medicina, la pedagogía y la psicología evolutiva y que culminó en el siglo XX.

Por otra parte, la familia, con el esquema de jerarquía paterna¹⁶⁰, no consideraba la infancia como una etapa de la vida que había de preservarse mucho tiempo, sino lo necesario para conseguir la incorporación al mundo adulto cuanto antes¹⁶¹. Esta idea, que fue una constante desde la Roma antigua, no va a superarse hasta el siglo XX.

El concepto de infancia va a aparecer en diccionarios especializados de la época. En España, el *Diccionario de Educación, Instrucción y Enseñanza* de Pío Zuazua (1847) definía la infancia en

¹⁵⁸ López-Alarcón y Navarro-Valls (2001), p. 25.

¹⁵⁹ Gaudemet (1993), p. 402.

¹⁶⁰ El padre sigue considerándose la figura de referencia en la familia, representa la autoridad a la que los demás miembros deben respetar. La primera redacción del Código Civil de 1889 así lo recogía.

¹⁶¹ Borderies-Guereña (1996), Fernández Vargas y Lorenzo Navarro (1989), sostienen que la infancia es una etapa en la que más que una etapa dorada es un proceso de "domesticación de la persona" y en la que se persigue que el niño ocupe pronto un lugar en la sociedad.

dos etapas, primera infancia hasta los siete años y segunda, hasta la pubertad. Maximino Carrillo de Albornoz, en el *Diccionario de la niñez, colección de consejos y nociones útiles y agradables para la lectura de los jóvenes y de las familias* (1866) también establecía las dos infancias pero añadía, como elemento divisor, el desarrollo psicológico cuando afirma que "En la puericia, segundo período de la niñez, el niño ya está apto para emprender mayores estudios, su razón se aclara y desarrolla, su inteligencia se afirma y la religión y la sociedad le van marcando sus deberes"¹⁶². Las definiciones de infancia y el paso de una etapa a otra en la que se tiene en cuenta el desarrollo físico y el psíquico se materializaban en la práctica con rituales que, lejos de ser nuevos, perduran en las distintas épocas con diferentes formalismos pero en los que subyace la peculiaridad común en ellos: el cambio de etapa en la vida de la persona. La cultura occidental cristiana hasta nuestros días simboliza este cambio en la infancia con el bautismo¹⁶³ y la primera comunión.

En resumen, el niño adquiere un mayor protagonismo debido al cambio de mentalidad de los padres (primero en clases altas y burguesas) y la preocupación del Estado¹⁶⁴ y la Iglesia en su educación en la escuela, como medio socializador del niño fuera del ámbito privado de la familia.

A) Protección de la infancia: La regulación de la Casas Cuna y la especialidad pediátrica.

A pesar del cambio de mentalidad con respecto al niño que comienza en el s. XVI, se mantenía la práctica del abandono de niños, hecho que pone en evidencia a la sociedad y sus leyes aún en el siglo XIX y hasta entrado el s. XX¹⁶⁵. Los motivos del abandono no difieren

¹⁶² Citado por Borderies-Guereña (1996).

¹⁶³ El bautismo más que un cambio de etapa en la vida supone la acogida religiosa y social del niño, teniendo en cuenta que, debido a la alta mortalidad infantil, se les bautizaba a pocos días del nacimiento e incluso nada más nacer.

¹⁶⁴ La idea del nuevo Estado Moderno, en que la educación se considera de interés estatal, es debida a que la educación de los niños determina en un alto grado las características de los futuros ciudadanos.

¹⁶⁵ Cuando afirmamos que el abandono de niños acontece hasta entrado el siglo XX, no queremos decir que desaparezca, el abandono de niños sigue produciéndose aún en nuestros días, sino que hasta ese momento, el número de abandonos en proporción al número de niños es una cifra altamente significativa. Un

de los de otras épocas (pobreza, moralidad...); en cuanto a la forma, se recurría a los conventos, el templo o la puerta de una casa de familia pudiente, si bien el lugar habitual es la Casa Cuna o incluso, casi siempre conferidas a religiosas¹⁶⁶. Se tratan de instituciones públicas reguladas por el Estado por la *Ley para el establecimiento de la Beneficencia* de 23 de enero de 1822 y la *Ley de Organización General de la Beneficencia* de 20 de junio de 1849.

Aunque esta época seguía conociendo cifras elevadas de mortalidad infantil¹⁶⁷, la cara positiva de esta situación la encontramos en la creciente preocupación de los padres por mantener a sus hijos alejados de la enfermedad¹⁶⁸. Esto supuso el interés de médicos, maestros y otros especialistas en la prevención y la curación de las enfermedades que afectaban a los niños. Así fue como surgieron ramas especializadas en la infancia tales como la puericultura y la pediatría. Durante el último tercio del siglo XIX, la Iglesia junto a los incipientes especialistas llevaron a cabo campañas de información sobre prevención y salud infantil¹⁶⁹.

reciente estudio que aborda la cuestión de los niños expósitos en la historia de nuestro ordenamiento jurídico ha sido realizado por Sevilla (2001).

¹⁶⁶ Anteriormente, nos referimos a la labor emprendida por San Vicente De Paúl en la fundación de centros asistenciales para niños abandonados. Un ámbito importante de asistencia a esos niños es el educativo. En este aspecto destacó San Juan Bosco (1815 – 1888) fundador de los Salesianos, tanto en rama masculina como femenina y promotor de la formación profesional con preferencia por la infancia y juventud pobre.

¹⁶⁷ Cifras que relacionaban el abandono y la mortalidad infantil. En 1859, de los expósitos en incluso un 72% (12.300) murieron. Dos décadas posteriores la situación sigue parecida, así por ej. en Sevilla los niños de incluso fallecidos entre 1874 y 1878 se acerca a las tres cuartas partes de los ingresados, en la incluso de Madrid entre 1881 y 1891 fallecen el 74% de los niños ingresados en esos años. Cohen Amselem (1996), pp. 142 -143.

¹⁶⁸ Las costumbres supersticiosas (amuletos) y religiosas (escapularios) eran un recurso protector que seguían practicándose. Ejemplos son el poder protector que se suponía al ajo en Galicia, anudar una cinta roja en la muñeca de la niña en Valencia, una bolsa con romero, migas de pan y grano de trigo en Andalucía. En la sociedad urbana, las clases acomodadas recurrían a libros sobre higiene y medicina para aplicar en el ámbito familiar que se publicaron durante el s. XIX. "Best-seller" de la época, valga la expresión, fue *Consejos prácticos sobre la higiene de la infancia* de Francisco Vidal Solares. Obra que en las últimas dos décadas del siglo llegó a alcanzar la publicación de siete ediciones. Rodríguez Ocaña (1996), p. 156.

¹⁶⁹ Fruto de este interés fue la revista *La madre y el niño* fundada en 1883 por el Dr. Manuel Tolosa Latour, médico del Hospital del niño Jesús. Su finalidad

Por otra parte, la ley de 1857, conocida como la Ley Moyano, regula la instrucción pública, obligatoria para niños entre seis y nueve años y gratuita a los alumnos con dificultades económicas. Esta ley considerada básica en la legislación sobre enseñanza en España, contempla el derecho a la educación de los niños¹⁷⁰.

B) La regulación jurídica de la menor edad.

Como hemos expuesto anteriormente, durante finales del siglo XIX y comienzos de XX, se produce en España un paulatino cambio de mentalidad con respecto a la infancia. Este cambio se manifiesta no sólo en los ámbitos de la medicina o la pedagogía, sino también en la política, con la consecuencia de su plasmación en las leyes¹⁷¹.

era la protección de la infancia, y sus contenidos se circunscribían a higiene y educación de la mujer, crianza física, moral y sentimental de los niños, socorro a las madres pobres y amparo al niño desvalido. Borderies- Guereña (1996), pp.34-35. El Dr. Tolosa Latour , al igual que Ellen Key, defendió la importancia de los derechos del niño, lo que se constata en palabras pronunciadas en el III Congreso Internacional de Higiene Escolar celebrado en París: "...al comenzar el siglo XIX se habían proclamado los derechos del hombre, el siglo XX debía proclamar y defender los derechos del niño". Texto recogido por Ramas Varo (2001) p. 92. Asimismo, Tolosa Latour junto con la totalidad de los integrantes del I Congreso Español de Higiene Escolar celebrado en 1912 en Barcelona "aprobaron" por unanimidad los "derechos del niño". Evidentemente, se trata de un acto simbólico, sin ninguna transcendencia jurídica y que reproducimos no sólo como curiosidad, sino como muestra de la conciencia que sobre la infancia iba adquiriéndose en la España de la época:

"Habitantes de un planeta regido por el sol, rodeado de atmósfera y cubierto de agua en las dos terceras partes, corresponde por modo ilegislable a todos los niños:

- 1º El derecho a la luz del sol.
- 2º El derecho al aire abundante.
- 3º El derecho al agua y a la limpieza que con ella se obtiene.
- 4º El derecho al sustento.
- 5º El derecho al ejercicio corporal.
- 6º El derecho a la alegría.
- 7º El derecho al amor.

8º El derecho a la verdad." El texto es recogido por Ramas Varo (2001), p. 93 y en *Pro Infantia*, núm. 40, agosto de 1912, pp. 501-502.

¹⁷⁰ Referencias específicas sobre la Ley Moyano son García (1994) y Capitán (2000).

¹⁷¹ Para un análisis detallado de los argumentos que se esgrimían desde los ámbitos de la política, la medicina y la educación *vid.* Ramas Varo(2001), pp. 93-114.

Durante el siglo XIX la regulación de la edad comenzó un proceso de cambio que se manifestó en la codificación, concretamente en el Código civil y el Código de comercio, y sobre todo, en el ámbito laboral. Asimismo, durante este siglo, las distintas constituciones recogían edades, pero referidas a la edad mínima para acceder a cargos de representación o a la mayoría de edad de los príncipes herederos o reyes.

En este sentido, es interesante la referencia a la edad en que el rey alcanza la mayoría y compararlo con la regulación jurídica general de la edad. El Estatuto de Bayona de 1808¹⁷², la Constitución de Cádiz de 1812¹⁷³ y la Constitución de 1869¹⁷⁴ establece la mayoría de edad del rey a los dieciocho años. Las constituciones de 1837¹⁷⁵ y 1845¹⁷⁶ rebajan la edad hasta los catorce años y, posteriormente, la Constitución de 1876¹⁷⁷ la estableció en dieciséis años. Como podemos observar, estas edades eran bastante inferiores a la mayoría de edad que, según la normativa vigente, variaba entre los veinte y los veinticinco años¹⁷⁸.

El proceso de codificación francés tuvo su influencia en el español en lo que respecta al establecimiento de una mayoría de edad, llegada la cual, los hijos se desligaban de la patria potestad. Esta mayoría de edad en el proyecto de 1821 se estableció en veinticinco años, con la posibilidad de que el menor pudiera solicitar la emancipación a los veinte. Por otra parte, el proyecto de Código Civil de 1951 fijó en veinte años la edad de la mayoría. Finalmente, el Código Civil de 1889 en su artículo 320 estableció la mayoría de edad en los veintitrés años, restringiendo en el artículo 321 la capacidad de obrar de las mujeres que vivían en el hogar paterno hasta que alcanzaran los veinticinco años, limitación que se suprimió por ley del 22 de julio de 1972.

¹⁷² Artículo 8: "El Rey será menor hasta la edad de diez y ocho años cumplidos. Durante su menor edad habrá un Regente del reino".

¹⁷³ Art. 185: "El Rey es menor de edad hasta los diez y ocho años cumplidos."

¹⁷⁴ Art. 82: "El Rey es mayor de edad a los dieciocho años."

¹⁷⁵ Art. 56. "El Rey es menor de edad hasta cumplir catorce años."

¹⁷⁶ Art. 56. El Rey es menor de edad hasta cumplir catorce años".

¹⁷⁷ Art. 66: "El Rey es menor de edad hasta cumplir dieciséis años."

¹⁷⁸ *Vid.* De Castro (1952), pp.157-161.

Esta línea divisoria en la vida de la persona que traza el ordenamiento jurídico al fijar una mayoría de edad, nos lleva a plantearnos la capacidad de obrar del menor de edad.

Aunque este asunto lo trataremos en otro capítulo de forma extensa¹⁷⁹, mencionaremos que el ordenamiento jurídico español del siglo XIX no recogía expresamente una limitación absoluta de la capacidad de obrar de la persona que aún no hubiese cumplido la mayoría de edad, sino que, tal y como señala De Castro" en contradicción con la doctrina antigua, entre los autores franceses, italianos y españoles se ha ido difundiendo... la idea de que los menores están totalmente privados de la facultad de obrar por sí mismos... De ahí que se acepte como indudable que la regla general es la incapacidad de los menores y se señalen como casos excepcionales aquellos en que la ley admite expresamente su capacidad de obrar"¹⁸⁰. Una de las explicaciones posibles que proporciona el autor a este cambio en la concepción de la capacidad del menor es por una confusión generada en los ordenamientos jurídicos latinos al recibir la distinción alemana entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Los infantes, entendidos como los menores de siete años, carecían de capacidad de obrar, por lo que la confusión pudo provenir según De Castro por la traducción de "infante" por "menor" en su sentido amplio, hasta que se cumpliera la mayoría de edad. La consecuencia de ello, según De Castro, es la inversión del sistema¹⁸¹.

Así, se interpretó que el menor de edad es incapaz de obrar, salvo los casos reconocidos expresamente en las normas. Dicha teoría es la que se encuentra en un sector de la doctrina¹⁸².

Por otra parte, la restricción que el Código civil hacía a la capacidad de obrar del menor, y más concretamente, a la capacidad contractual, se justificó en aras a la protección del menor. No obstante, esta previsión no debió generalizarse a toda la capacidad de menor, sino sólo en aquellos casos que fuesen en su perjuicio o negocios mantenidos por engaño, en un sentido similar a la *Lex Praetoria*

¹⁷⁹ *Vid infra* capítulo III de este trabajo.

¹⁸⁰ De Castro (1952), pp. 172-173.

¹⁸¹ De Castro (1952), pp. 173-174.

¹⁸² Castán, Puig Brutau, Espín Cánovas (1982, 8ª ed.) pp. 289-293.

romana, que anulaba el contrato y reponía el daño al patrimonio del menor.

C) La protección de los niños trabajadores: la ley Benot de 24 de julio de 1873¹⁸³.

El trabajo de los niños fue una de las primeras cuestiones que abordaron las legislaciones tanto europea como española en el marco de la protección de la infancia, junto con la regulación penal del abandono y el infanticidio. Efectivamente, la ley de 24 de julio de 1873 sobre el trabajo en los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros de ambos sexos regularizó la situación del niño en el trabajo. Como se constata por el título de la ley, la actividad laboral infantil estaba permitida y el objetivo de la ley era establecer medidas tendentes a proteger al niño de determinadas tareas.

Aunque la ley Benot fue la primera en regular esta materia, la preocupación de la sociedad sobre las condiciones del trabajo infantil se refleja en numerosos proyectos de ley anteriores. Destacamos el promovido por Alonso Martínez en 1855 sobre ejercicio, policía, sociedades, jurisdicción e inspección de industria manufacturera, cuyo artículo 7 regulaba las condiciones de trabajo de los niños¹⁸⁴ y el proyecto sobre mejora de las condiciones morales de las clases obreras, con referencia a las condiciones de trabajo de los niños, promovido por Manuel Becerra¹⁸⁵.

No obstante, la eficacia de la ley no puede considerarse como un logro de la época. En un documento de la época recogido por Borrás Llop¹⁸⁶, D. Fernando García Arenal comenta que la ley de 24 de julio de 1873 no es respetada, y afirma que la norma es ineficaz y "no hay

¹⁸³ Gaceta de 28 de julio. El nombre de la ley proviene de su promotor, el ministro de Fomento de la época, Eduardo Benot. Entre los estudios que han tratado esta ley, destacamos Borrás Llop (1996), Ruano Albertos (2001) y Ramas Varo (2001).

¹⁸⁴ Diario Sesiones Cortes Constituyentes de 8 de octubre, apéndice 1 al número 214.

¹⁸⁵ Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional de 20 de octubre, apéndice 8 al número 3.

¹⁸⁶ Borrás Llop (1996), p. 288.

obligación moral por parte de los patronos, ya que el Estado tampoco ha hecho nada para hacerla cumplir"¹⁸⁷.

Posteriormente surgieron nuevas leyes que intentaron paliar los defectos surgidos en la ley Benot. Concretamente, la ley de 26 de julio de 1878 sobre trabajos peligrosos de los niños¹⁸⁸ y la ley de 13 de marzo de 1900 acerca de las condiciones del trabajo de las mujeres y los niños¹⁸⁹. La ley de 1878, tenía la peculiaridad, tal y como destaca Ramas Varo¹⁹⁰, de aunar en una misma ley los dos ámbitos principales de protección de la infancia tratados por el derecho, las condiciones laborales y el abandono de niños. Ambas leyes pusieron las bases a una normativa sobre protección de menores que fue desarrollándose en las décadas posteriores de manera más abundante y detallada¹⁹¹.

D) Breve referencia al derecho penal de menores.

Desde el derecho romano, la capacidad delictiva de los menores estaba condicionada por la estructura de edades. Así pues, el infante, menor de siete años, no era responsable de hechos delictivos, el impúber, mayor de siete años hasta los doce tenía responsabilidad penal limitada, siendo que hasta los diez años no se imponía pena, y a partir de esta edad, se tenía en cuenta la capacidad de discernimiento para establecer la pena. En la edad púber, los doce-catorce años, la responsabilidad penal era plena, si bien, la pena impuesta podía atenuarse en razón de la edad.

A lo largo de los siglos, la jurisdicción penal no distinguía entre niños y adultos. Es a partir del siglo XIV cuando surgen instituciones especializadas en la atención de los menores infractores, pero no con una naturaleza exclusivamente penal, sino más bien encaminada a la protección de los menores. Destacamos El Pare d'Orfens en Valencia,

¹⁸⁷ Para un estudio pormenorizado de la regulación jurídica del trabajo de los menores, *vid.* Ruano Albertos (2001). Por otra parte, Ramas Varo (2001) expone un recorrido sobre la legislaciones europeas acerca de la regulación del trabajo de menores en el s. XIX y comienzos del XX.

¹⁸⁸ Gaceta de 28 de julio.

¹⁸⁹ Gaceta de 14 de marzo.

¹⁹⁰ Ramas Varo (2001), p. 172.

¹⁹¹ *Vid.* la tabla elaborada por Ramas Varo (2001), pp. 175 y 176, sobre legislación acerca del trabajo infantil en España entre 1873 y 1909.

año 1337, la Casa de la Misericordia –Consell Municipal de Barcelona–, año 1583 y el Padre General de Menores de Castilla, s. XVII.

Ya en el siglo XIX la primera ley que reguló una jurisdicción de menores especializada fue la ley de 1899 de Chicago. En el ámbito de los ordenamientos jurídicos europeos citamos la ley de 1907 de Colonia, la *Children Act* de 1908 de Gran Bretaña, la ley portuguesa de 1911, sendas leyes belga y francesa del año 1912 y finalmente en 1913 la ley de Hungría y la de Suiza. En España se regula por ley de 25 de noviembre de 1918 el Tribunal para niños¹⁹², de la cual destacamos el artículo 6, en el que se afirma que sólo se condenará a prisión si el Tribunal considera que obró con discernimiento.

Asimismo, hay que destacar que durante el siglo XIX se observa un especial interés desde el ámbito del derecho penal en la protección de los menores, como víctimas de delitos. En este sentido, se castigaba la mendicidad, la explotación, el abandono, la detención, el secuestro y la corrupción de menores¹⁹³.

E) El matrimonio.

El sistema matrimonial canónico, al igual que en siglos anteriores, continuaba siendo el único con efectos jurídicos en España durante prácticamente todo el siglo XIX.

La ley de matrimonio civil de 18 de junio de 1870 estableció como único matrimonio válido el contraído civilmente. Esta ley tuvo un corto período de vigencia, sólo cinco años, cuando en 1875 se publicó un Decreto que derogó esta ley y configuró el sistema matrimonial que retomaría el Código Civil de 1889¹⁹⁴.

¹⁹² Gaceta de 27 de noviembre.

¹⁹³ Ley de 26 de julio sobre trabajos peligrosos de los menores de dieciséis años, prisión y sanción económica según el artículo 501 del Código penal a los dediquen habitualmente niños en la mendicidad. Igualmente, la ley de 23 de julio de 1903 sobre prohibición de la mendicidad de los menores de dieciséis años, preveía la prisión y multa a los padres que entregaran a la mendicidad a sus hijos. La Ley de protección de la infancia menor de diez años de 12 de agosto de 1904 disponía la aplicación del Código penal cuando hubiese malos tratos y abusos de menores.

¹⁹⁴ Vid. López-Alarcón y Navarro-Valls (2001), p.39.

El Código Civil de 1889 regulaba dos clases de matrimonio, el canónico y el civil¹⁹⁵. Era un sistema matrimonial dualista, pero el matrimonio civil se configuraba subsidiario, es decir, sólo podían contraer matrimonio civil aquellos que no eran católicos, los cuales venían obligados a casarse canónicamente¹⁹⁶. La regulación matrimonial canónica, así como la jurisdicción eclesiástica prevalecían y gozaban de la protección estatal al asumir el ordenamiento jurídico estatal el matrimonio canónico y como subsidiario, el civil. Tanto uno como otro matrimonio surtían los mismos efectos. En este sentido, el derecho civil no intervenía en la regulación matrimonial canónica, competencia exclusiva del ordenamiento eclesiástico, y tampoco establecía requisitos o condiciones al matrimonio canónico para reconocerle efectos civiles¹⁹⁷. Los antiguos artículos 75, 76, 80 y 82 del Código Civil regularon estos aspectos¹⁹⁸.

En cuanto a la edad mínima para contraer matrimonio regían las disposiciones canónicas, es decir, los catorce para los hombres y los doce para las mujeres, edades en las que se presumía la madurez necesaria para el matrimonio. Presunción de madurez que era *iuris tantum*.

Hasta el Código de derecho canónico de 1917 no se eleva la edad mínima de los doce a los catorce para las mujeres, y de los catorce a

¹⁹⁵ Art. 42 (antiguo) del Código Civil: " La ley reconoce dos clases de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesan la religión católica, y el civil, que se celebrará del modo que determine este Código".

¹⁹⁶ Vid. sobre los sistemas matrimoniales López-Alarcón y Navarro-Valls (2001), pp. 31-37 y, en particular, sobre el sistema matrimonial histórico español, pp. 38-42.

¹⁹⁷ Vid. Albaladejo (1996), p. 34, López-Alarcón y Navarro-Valls (2001), p. 38.

¹⁹⁸ Artículo 75: "El matrimonio canónico...se regirá por las disposiciones de la Iglesia católica". Artículo 76: "El matrimonio celebrado según las normas del derecho canónico produce desde su celebración plenos efectos civiles". Artículo 80: "El conocimiento de las causas sobre nulidad y separación de los matrimonios canónicos...corresponde exclusivamente a la jurisdicción eclesiástica...y sus sentencias y resoluciones firmes tendrán eficacia en el orden civil...". Artículo 82: " La jurisdicción civil promoverá la inscripción y ejecutará en todo lo demás relativo a efectos civiles, las sentencias y resoluciones firmes dictadas por la jurisdicción eclesiástica... La ejecución se llevará a cabo en virtud de comunicación canónica...".

los dieciséis para los hombres. Estas nuevas edades fueron obligatorias previéndose la posibilidad de solicitar dispensa.

En nuestra opinión, las nuevas edades legales que iban a regir el matrimonio canónico establecidas por el Código de derecho canónico de 1917 supusieron un avance en la protección de menor, puesto que se abandonó en cierta forma el estricto criterio biológico del desarrollo para dotar de mayor importancia la madurez psíquica que habilitara a los contrayentes prestar un consentimiento válido y además, una vez contraído el matrimonio, cumplir con las obligaciones matrimoniales.

3. EL SIGLO XX Y LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA EN LAS CONSTITUCIONES EUROPEAS.

El siglo XX fue el período en el que surgió la doctrina de los derechos de niño como un cuerpo de derechos concretados en el ámbito especial de la infancia, y cuyo máximo desarrollo se ha producido en los últimos años y aún continúa en la actualidad.

El surgimiento de los derechos del niño tuvo su germen principalmente en las organizaciones internacionales y se materializaron, como textos específicos en el plano internacional, en la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración de derechos del niño de 1959. El desarrollo de los derechos del niño en el ámbito internacional se tratará ampliamente en un capítulo posterior de este trabajo¹⁹⁹ pero conviene ahora hacer notar que ese desarrollo ha influido de manera importante en los textos constitucionales de los Estados europeos. Eso permite comprobar que la doctrina y los documentos sobre derechos del niño, y los derechos humanos en general, surgidos en el plano internacional durante el siglo XX, han tenido un reflejo en muchos Estados a través de su norma suprema. Veamos algunos ejemplos.

3.1. Constitución española.

En el caso de España tal influencia puede observarse ya en los dos textos previos a la vigente Constitución de 1978, la Constitución

¹⁹⁹ *Vid. infra* capítulo II.

republicana de 1931 y las llamadas Leyes Fundamentales del Reino promulgadas durante el régimen del General Franco²⁰⁰.

La Constitución de 1931 en el capítulo 2^a, sobre “Familia, economía y cultura” del título III (“Derechos y deberes de los españoles”) recogió, en el artículo 43, referencias a la protección de la infancia²⁰¹. El artículo se centraba en el ámbito de las obligaciones de los padres con respecto a sus hijos y la garantía que ofrecía el Estado en el cumplimiento de estas obligaciones y las medidas de protección del menor.

Destacamos en este artículo la mención expresa a la Declaración de Ginebra de 1924, el primer texto internacional referente a los derechos del niño, que fue así “constitucionalizado”, siguiendo lo que, como veremos, fue la tónica del resto de las constituciones europeas, recoger la teoría de los derechos humanos, la cual comenzó a resurgir con fuerza en el ámbito internacional a partir de la Segunda Guerra Mundial, como forma de traer los derechos humanos al derecho interno del Estado y hacer más efectiva su protección.

Siguiendo esta idea, podría afirmarse que la Constitución de 1931 al concretar en el ordenamiento jurídico estatal la Declaración de Ginebra, que carecía de fuerza vinculante para los Estados, avanzó un paso más en la protección a la infancia, ya que, de algún modo, la garantía de estos derechos sería mayor en la medida en que estuvieran recogidos por las normas internas. A pesar de que el texto constitucional dotó de base jurídica a los derechos del niño recogidos en una norma no vinculante, algún autor²⁰² ha afirmado que la

²⁰⁰ Más adelante habrá ocasión de volver al tratamiento constitucional de la minoría de edad en España, *vid infra*. Capítulo III, 1.

²⁰¹ Artículo 43: “La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado... 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. Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él. Las leyes civiles regularán la investigación de la paternidad. No podrá consignarse declaración alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de los nacimientos no sobre el estado civil de los padres, en las actas de inscripción, ni en filiación alguna. 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 los derechos del niño.

²⁰² Carreras (1992), p. 186.

mayoría de las constituciones que recogieron los derechos humanos en sus artículos se limitaban a incluir una mera enunciación o definición de esos derechos, sin prever otros mecanismos para su protección, dejando esta tarea al desarrollo legislativo²⁰³.

Por su parte, las Leyes Fundamentales del Reino, durante el régimen del General Franco, no proporcionaban ningún tratamiento especial o mención de documentos internacionales sobre la infancia, a excepción del Fuero del Trabajo, que ordenó como compromiso del Estado proteger a los niños, prohibiendo que realizaran trabajos nocturnos²⁰⁴.

Actualmente, la Constitución de 1978 establece en el artículo 12 la mayoría de edad en dieciocho años. Curiosamente, la Constitución es uno de los pocos textos en nuestro ordenamiento que no recoge el término de "menor de edad", y se refiere a la "infancia" y la "juventud"²⁰⁵.

Concretamente son cuatro los artículos, (20.4, 27.3, 39, 48), en los cuales observamos que la Constitución, en el tratamiento de los menores, se rige por el principio de protección del menor²⁰⁶. Pero salvo en el artículo 48, no se derivan de ahí consideraciones claras sobre su capacidad de obrar²⁰⁷.

Al principio protector se suma la consideración de los menores como sujetos de los derechos establecidos en los artículos 14 a 29,

²⁰³En el caso de España, sobre legislación de menores *vid. infra* capítulo III.

²⁰⁴ II. 1: " El Estado se compromete a ejercer una acción constante y eficaz en defensa del trabajador, su vida y su trabajo. Limitará convenientemente la duración de la jornada para que no sea excesiva, y otorgará al trabajo toda suerte de garantías de orden defensivo y humanitario. En especial prohibirá el trabajo nocturno de las mujeres y niños."

²⁰⁵ *Vid. supra* sobre la terminología capítulo I. 1.

²⁰⁶ *Vid. infra* capítulo III.1, Rico Pérez (1980).

²⁰⁷ Artículo 48: "Los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural". De lo que, con una interpretación amplia del artículo, podemos inferir el reconocimiento de cierta capacidad de obrar conforme al desarrollo del "joven" menor de edad.

sobre derechos fundamentales, los cuales, por tratarse de derechos personalísimos, deber ser ejercidos por sus titulares²⁰⁸.

3.2. Las Constituciones de los Estados integrantes de la Unión Europea²⁰⁹.

En el momento en el que la Unión Europea sigue construyendo la unidad económica, política y social, donde destacamos la reciente Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea²¹⁰ y el Proyecto de la futura Constitución Europea, no hay que olvidar que las disposiciones nacidas en el seno común se aplican en ordenamientos jurídicos distintos. Por ello, vamos a acercarnos a las constituciones de los Estados de la UE, ya que éstas nos sirven para conocer el marco constitucional en el que se basan los respectivos sistemas jurídicos.

Además, debemos tener en cuenta que la Historia del constitucionalismo europeo en su mayoría se remonta al siglo XVIII-XIX, coincidiendo con las primeras declaraciones de derechos humanos. Entre ellas sobresalen la primera constitución francesa del año 1799 que incluye a modo de preámbulo la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, así como las leyes constitucionales del Reino Unido, en las que se encuentran la *Carta Magna Liberthatum* de 1215 y el *Bill of Right* de 1688.

El primer aspecto destacable de las constituciones de la UE es que todas con mayor o menor detalle recogen en su articulado los derechos humanos. Por otra parte, en aquellas constituciones en que estos derechos se desarrollan más, se incluyen como parte de los derechos sociales la protección a la familia y, en concreto, a la infancia. Por último, algunos textos constitucionales establecen expresamente que los niños son sujetos de determinados derechos, tal es el caso del derecho a la educación.

En cuanto a la primera cuestión mencionada, las constituciones que tienen capítulos o apartados específicos sobre derechos humanos son:

²⁰⁸ *Cfr.* con el artículo 162 C.C.

²⁰⁹ Palici di Suni Prat, Cassella y Comba (eds.) (2001), Rubio Llorente y Mariano Daranas Peláez (eds.) (1997) y Gómez Orfanel (ed.) (1996).

²¹⁰ D.O.C.E. Doc. C 364/01, 18 de diciembre de 2000.

Alemania, capítulo I, "derechos fundamentales" artículos 1 al 19.

Bélgica, título II "De los belgas y sus derechos", artículos 8 al 32.

Finlandia, capítulo 2 "derechos Fundamentales", artículos 6 al 23.

Francia, aunque no se refiere en capítulo independiente a los derechos fundamentales, los recoge en el preámbulo afirmando que "El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos...tal y como fueron definidos por la Declaración de 1798, confirmada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946".

Grecia menciona los derechos humanos en el artículo 2 refiriéndose al respecto y la protección de la persona y las normas de derecho internacional para lograr "el fortalecimiento de la paz y la justicia...". La segunda parte de la Constitución está dedicada a las "libertades públicas y derechos sociales", artículos 4 al 25. Como colofón a este apartado, el artículo 25 menciona las garantías que se ha de proveer para el respeto de los derechos humanos, indicando que "los derechos del hombre como individuo y como miembro del cuerpo social están bajo la protección del Estado, cuyos órganos están obligados a asegurar su libre ejercicio".

Irlanda, bajo la rúbrica "Derechos fundamentales, derechos personales", expone en el artículo 40 un conjunto de ellos, dejando para tratar aparte, en artículos siguientes la familia, artículo 41, la educación, artículo 42, la propiedad privada, artículo 43 y la religión, artículo 44.

Italia en el artículo 2 de su constitución afirma que "La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre...". En la parte primera, artículos 13 al 54, se recogen los "derechos y deberes de los ciudadanos" estructurados en cuatro títulos: relaciones civiles, relaciones ético-sociales, relaciones económicas y relaciones políticas.

Luxemburgo los agrupa en el capítulo II: "de los luxemburgueses y de sus derechos", artículos 9 al 31.

En los Países Bajos los hallamos en el capítulo I, artículos 1 al 23.

Portugal los recoge en la parte I: "derechos y deberes fundamentales", artículos 12 al 79. De forma semejante al artículo 10.2 de la Constitución española, El artículo 16.2 expresa que "Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los derechos del Hombre".

Suecia menciona los derechos humanos en el capítulo 2, "derechos y libertades fundamentales", artículos 1 al 23.

En lo que respecta a la protección del menor²¹¹, las constituciones son menos explícitas, aunque evidentemente, este análisis "literal" de los textos constitucionales no nos debe llevar a extraer conclusiones negativas de modo definitivo.

Las constituciones que sí contemplan la protección de los menores son:

Alemania que en el artículo 5.2., relativo a la libertad de expresión, establece como límite la "protección de la juventud".

En este mismo sentido se expresa la Constitución finlandesa en el artículo 12 relativo a la libertad de expresión y publicidad al afirmar que "Se podrán regular por Ley las restricciones en el acceso a materiales visuales que sean imprescindibles para la protección de los niños".

La Constitución griega, en el artículo 21 afirma que la infancia se encuentra bajo la protección del Estado.

Irlanda regula en el artículo 41 la familia, la cual es considerada como una institución poseedora de "derechos inalienables e imprescriptibles anteriores y superiores a cualquier ley positiva" y en consecuencia, el Estado "garantiza la protección de la familia...como base necesaria del orden social...", entre los que incluimos a los niños, como parte integrante de la familia, aunque el artículo 41 no mencione expresamente a los menores.

²¹¹ Alcón Yustas (1998), pp.189-208.

La Constitución italiana en el artículo 31 expresa que la República protegerá la infancia y la juventud. También el artículo 37 contempla la protección de los menores pero en el ámbito laboral, en el que se establece que los menores con edad legal para trabajar deben estar protegidos con normas especiales.

La Constitución de Portugal en el artículo 59, sobre los derechos de los trabajadores, establece medidas de protección especial a los menores trabajadores. Más adelante, en el artículo 69, sobre infancia se afirma que: "1. Los niños tendrán derecho a la protección de la sociedad y del Estado, con vista a su desarrollo integral. 2. Los niños, en especial los huérfanos y los abandonados, tendrán protección especial de la sociedad y del Estado contra todas las formas de discriminación y de opresión y contra el ejercicio abusivo de autoridad en la familia y en las demás instituciones". Además, la constitución portuguesa recoge en otro artículo, el 70, la protección a la juventud: "1. Los jóvenes, sobre todos los jóvenes trabajadores, gozan de protección especial para la efectividad de sus derechos económicos, sociales y culturales...2. La política de juventud deberá tener como objetivos prioritarios el desarrollo de la personalidad de los jóvenes..."²¹².

Finalmente, son todavía menos las constituciones que dan un tratamiento específico a los menores como sujeto de derechos, pues la mayoría suele decantarse por señalarlos como objeto de protección. El derecho a la educación es el que más se asocia al titular menor de edad. No obstante, el tratamiento de este derecho se centra en la responsabilidad de los padres para con sus hijos, que les obliga a velar por la educación de sus hijos, y como contrapartida, se les reconoce el derecho a educarlos como parte integrante de la patria potestad.

En este sentido la postura más extrema la hallamos en las constituciones danesa e irlandesa, que reconocen el derecho de los padres a educar a sus hijos en el hogar²¹³.

²¹² En semejantes términos se expresa el artículo 48 de la Constitución española de 1978.

²¹³ Art. 76 de la constitución de Dinamarca: " Todos los niños en edad de instrucción obligatoria tienen derecho enseñanza gratuita en las escuelas públicas primarias. Los padres o tutores que se encarguen ellos mismos de dar a sus hijos una instrucción igual a la que se exija generalmente en las escuelas públicas primarias,

Los textos constitucionales que contemplan al menor como sujeto de derechos son las constituciones de Bélgica, Dinamarca, Irlanda, Países Bajos, Portugal, Suecia y Finlandia.

La Constitución belga, en el artículo 24, apartado 3, recoge que "todos los alumnos en edad escolar obligatoria tienen derecho, a cargo de la comunidad, a una educación moral o religiosa".

Dinamarca en el artículo 76 afirma que: "Todos los niños en edad de instrucción obligatoria tienen derecho a enseñanza gratuita en las escuelas públicas primarias. Los padres o tutores que se encarguen ellos mismos de dar a sus hijos una instrucción igual a la que se exija generalmente en las escuelas públicas primarias, no están obligados a enviar a los niños a las escuelas públicas".

La Constitución irlandesa en el artículo 44 relativo a la educación, considera la familia como primer educador de los hijos y respeta el derecho y el deber de los padres en este sentido. No obstante, cuando los padres estuvieran impedidos o incumplieran sus deberes para con los hijos, el Estado suplirá a los padres "pero siempre con la debida consideración a los derechos naturales e imprescriptibles del niño", por lo que el texto constitucional recoge expresamente a los niños como sujetos de derechos. Asimismo, el artículo 44 relativo a la religión expresa que el Estado aunque sea confesional, no discriminará entre las escuelas dirigidas por diferentes confesiones y lo que a nuestro interés es destacable, no deberá crear obstáculos al "derecho de cualquier niño a asistir a una escuela subvencionada, sin tener que asistir a la instrucción religiosa en dicha escuela".

Los Países Bajos en el artículo 23 indica que: "La enseñanza pública se regulará por la ley, respetándose la religión o las convicciones de cada uno". Aunque el artículo no nombra expresamente a los menores como sujeto del derecho a la libertad religiosa al que hace referencia este artículo, sí podemos interpretarlo en este sentido puesto que se refiere a la religión o las convicciones de *cada uno*, es decir cada persona, incluidos los menores de edad.

no están obligados a enviar a los niños a las escuelas públicas". Artículo 42.2 de la constitución de Irlanda: "Los padres serán libres para proporcionar esta educación en sus hogares..."

La Constitución de Portugal en el artículo 69 relativo a infancia señala que: "1. Los niños tendrán derecho a la protección de la sociedad y del Estado, con vista a su desarrollo integral". Aunque ya nos referimos a este artículo cuando tratamos de la protección de menores, es necesario recogerlo nuevamente puesto que se enuncia como un derecho del niño, cuando por regla general suele aparecer como un cometido del Estado sobre el niño como objeto de protección. Además regula en otro artículo, el 70, la juventud: "1. Los jóvenes, sobre todos los jóvenes trabajadores, gozan de protección especial para la efectividad de sus derechos económicos, sociales y culturales...2. La política de juventud deberá tener como objetivos prioritarios el desarrollo de la personalidad de los jóvenes...".

La Constitución de Suecia en el artículo 21 expresa que: "los niños acogidos a la educación obligatoria, tienen derecho a recibir una educación libre en una escuela pública."

Finlandia, en su Constitución, establece en el artículo 6, dentro del capítulo 2 relativo a los derechos fundamentales, que "no se puede, sin motivo admisible, otorgar tratamiento desigual a persona alguna por razón de su sexo, *edad*, origen, idioma, religión, *convicciones*²¹⁴, opiniones, estado de salud, minusvalidez u otro motivo inherente al individuo". Observamos que al igual que se regula en el Tratado de Ámsterdam y en la Carta Europea de derechos Fundamentales, la Constitución finlandesa incluye como motivo de no discriminación el factor de la edad, a diferencia del resto de las constituciones mencionadas que no recogen tal elemento.

No obstante, entre lo más destacable de este artículo, además de la causa de discriminación fundada en la edad de la persona, hallamos en un segundo párrafo que el redactor constitucional incide en destacar el papel de menor de edad estableciendo que "Los niños deben ser tratados igualitariamente como individuos, y debe permitírseles, de acuerdo con su madurez, influir en los asuntos que les afectan". En nuestra opinión, la importancia de este artículo estriba no sólo en el reconocimiento del menor como sujeto de derechos y en condiciones de igualdad sin que medie causa de discriminación basada en su edad,

²¹⁴ Las cursivas en el texto son nuestras.

sino que hay que añadir su consideración por la norma constitucional como persona con capacidad para “influir en los asuntos que les afectan” en la medida en que su desarrollo evolutivo lo permita y por tanto, se reconoce capacidad para ejercer derechos fundamentales, tales como los derechos de libertad de expresión, información y libertad religiosa.

4. CONCLUSIONES.

1. Sintetizando lo dicho en páginas anteriores, podemos afirmar que desde la Antigüedad hasta mediados del siglo XX el tratamiento jurídico de la infancia se ha caracterizado, en líneas generales, por ser una materia de escaso interés para el derecho.
2. En nuestra opinión, uno de los motivos que justifican este desinterés jurídico es la poca- e incluso nula- relevancia de los no adultos en la sociedad. Esto generaba una doble situación, por una parte, un alto grado de sujeción a la potestad paterna hasta su independencia, generalmente por matrimonio o como sucedía en Roma antigua, hasta la muerte del *paterfamilias*. Por otra parte, existía un interés por acelerar la incorporación del niño a la sociedad adulta, probablemente por el hecho de considerar la infancia como una etapa improductiva y falta de interés que había que pasar cuanto antes. Esto se constata desde hechos que van de la pronta incorporación a labores domésticas y otros trabajos hasta el aspecto de su vestimenta, la cual no tenía casi diferencias con la de los adultos. Era la situación que se ha llamado *puer senex*, la representación adulta de los niños, la cual ha quedado patente en esculturas, pinturas y otras obras de arte.
3. No obstante, no se puede afirmar categóricamente que la infancia no despertara interés jurídico alguno. En líneas generales, el abandono de niños fue la temática central en la regulación jurídica de la infancia desde la Antigüedad, en la que sus primeras regulaciones estaban muy distantes del objetivo de perseguir y erradicar dicha práctica. Desde nuestro punto de vista, las leyes contra el abandono de niños cobran un nuevo sentido con el Cristianismo. La consideración cristiana

de la persona y la dignidad humana de la que es sujeto también el niño, unido a su incapacidad para valerse por sí mismo en temprana edad –cuando se producía el abandono generalmente– le hace a éste figura de especial protección. Estas nuevas ideas se reflejan en distintos escritos de la Patrística.

4. Concluimos que las ideas cristianas tuvieron una gran importancia en la protección de la infancia; desde la promulgación de nuevas normas y su interpretación conforme a los principios cristianos hasta la concepción de los niños en el ámbito familiar, en el que los niños se consideraban "dones de Dios", lo que les confería como sujetos a los que había que cuidar, no sólo por su condición natural sino porque unos buenos padres al cuidado de sus hijos era señal de buen cristiano.
5. Por otra parte, los derechos de la infancia tal y como los podemos entender hoy en día no son extrapolables a las distintas épocas históricas aquí brevemente tratadas. No obstante, en nuestra opinión, esta idea no nos puede llevar a afirmar contundentemente que los derechos de la infancia no existieron hasta el siglo XX. Evidentemente, debemos partir de un concepto de derechos de la infancia enmarcado en cada situación histórica. A este respecto, hemos destacado instituciones jurídicas romanas de gran importancia que, en nuestros días, podríamos interpretar como cierto reconocimiento de derechos, tales son el registro y certificados de nacimiento, los *alimenta* y el *peculium*, aunque hay que tener en cuenta que estas figuras surgieron principalmente en interés del Estado romano, es decir, no se trataba de proteger al niño como individuo sino como futuro adulto ciudadano romano que garantizaría la pervivencia del imperio y que, indirectamente, benefició a un sector de la infancia en la época antigua.
6. El cambio más significativo en la concepción de la infancia se muestra en la Edad Moderna. Es el proceso de "individualización del niño", que es consecuencia de cambios en la estructura familiar y el ámbito social en el que ésta se

desarrolla –familia nuclear en la ciudad, y generalmente, de clase alta–.

7. Al paulatino cambio de mentalidad respecto de los niños se sumó un creciente interés por todo aquello que los preservara y curara de las enfermedades. Podemos afirmar que en esta etapa se vislumbra un incipiente derecho a la salud del niño.
8. La educación de los niños fue un asunto importante en la Edad Moderna, consecuencia en gran parte de las nuevas ideas respecto a los niños. No sólo se consideró la educación en el ámbito familiar, sino que se potenció la necesidad de los niños asistieran a una educación "pública" que completase e incluso corrigiese una educación demasiado indulgente en casa. La importancia de este "derecho a la educación" fue reforzado por obras ahora clásicas del campo educativo como el *Emilio* de Rousseau, *De civitate morum puerilium* de Erasmo y *Les Règles de Bienséance y de la Civilité Chrétienne* de Juan Bautista de la Salle. Este último, fundador de las Escuelas Cristianas, nos introduce en un aspecto importante que queremos destacar, esto es, el papel de los colegios religiosos. Aunque es cierto que un sector amplio de las instituciones religiosas creó escuelas para educar a los hijos de familias de clases acomodadas, también se fomentaron junto a otras labores religiosas, como la beneficencia, las casas cuna o de expósitos, la creación de escuelas o aulas para la educación de niños sin medios. Destacamos también la labor educativa de la Compañía de Jesús, a San José de Calasanz y San Vicente Paúl.
9. Otro aspecto importante de nuestro trabajo es que el tratamiento jurídico de la edad y su relación con la capacidad de obrar difiere en las distintas épocas históricas. Sobre ello hay que destacar dos puntos, de un lado, el establecimiento jurídico de la mayoría de edad, y de otro lado, la capacidad de obrar de las personas que no coincidía necesariamente con la primera. Al igual que hemos señalado con respecto a los derechos del niño, el concepto jurídico actual de la mayoría de edad no puede extrapolarse en los mismos términos para las edades señaladas en el derecho histórico. No obstante

queremos destacar que hasta legislaciones relativamente recientes, la edad de veinticinco años, establecida por el derecho romano, fue considerada la mayoría de edad. En las etapas históricas en las que la mayoría de edad no estaba definida, la regulación jurídica de la capacidad de obrar nos proporciona datos significativos acerca del momento en que las personas se consideraban adultos, o al menos, cuando ciertos actos jurídicos realizados por ellos mismos tenían plenos efectos. El criterio que determinaba cuando una persona tenía capacidad de obrar ha sido diferente en el derecho. Así, desde el criterio del desarrollo biológico, claramente delimitador de la capacidad para contraer matrimonio, hasta el criterio de la edad fija, pasando por un criterio compuesto de los dos anteriores, en el que prevalecía, en caso de duda, el biológico. Como ha puesto de relieve la doctrina, el criterio biológico conlleva más justicia al atender al desarrollo de la persona en cuestión pero causa mayor inseguridad jurídica, circunstancia que soluciona el establecimiento de una edad fija determinante de la capacidad. En nuestra opinión, ambas posturas no deben parecerse enfrentadas, sino complementarias. De hecho, el establecimiento de la edad fija debió responder a criterios biológicos, dado que, para establecer el momento en el que comienza la capacidad de una persona, se debe atender al momento en el que comienza su madurez, y no a la libre voluntad del legislador del momento. Esto se constata en que las edades se corresponden prácticamente con las establecidas en las legislaciones actuales, y que a lo largo del tiempo han permanecido en los textos jurídicos, y no creemos que dicha permanencia se deba simplemente a la tradición jurídica. Las edades a las que nos referimos son los siete, doce, catorce y dieciséis años fundamentalmente.

10. El matrimonio es una de las instituciones en las que mejor se observa la determinación jurídica de la capacidad de obrar de los contrayentes. Retomando lo expresado en el párrafo anterior sobre las edades determinantes de la capacidad de obrar, el matrimonio se caracterizó por requerir una edad que perduró en el tiempo, hasta las modernas regulaciones civiles del matrimonio y hasta el *Corpus Iuris Canonici* de 1917, que

elevaron la edad matrimonial. Ejemplo claro de que la determinación de la edad legal tenía su base en la edad de desarrollo de la persona –criterio biológico– se constata en la institución matrimonial, distinguiéndose dos edades diferentes, doce para la mujer y catorce para el hombre, aproximándose a la edad en la que, generalmente, se alcanza la pubertad. Consideramos que la temprana edad legal para el matrimonio, ajustada al desarrollo biológico, se debió en gran medida a la finalidad matrimonial de los hijos y que otros criterios, como la madurez psíquica, esencial para asumir cargas y responsabilidades matrimoniales, prácticamente no se tenían en cuenta.

11. Finalmente, la vivencia del hecho religioso en las personas no adultas ha sido, en el fondo, semejante en los distintos períodos históricos. La religiosidad infantil venía marcada por la familia y la escuela, ya que la educación ha sido un importante objeto de dedicación y en la que el aspecto de la enseñanza religiosa era esencial. La manifestación de la religiosidad infantil tenía lugar desde la Roma antigua en procesiones o actos públicos religiosos en los que en ocasiones se daba la participación bien como acompañamiento a sus familias o bien como actos propios, como por ejemplo, la consagración a la divinidad de los *collegia iuvenes* en época romana o la primera comunión de los niños católicos.
12. Ya adentrados en el siglo XIX, los ámbitos de protección jurídica de la infancia se centraron en el abandono y el trabajo infantil, regulándose fundamentalmente desde las áreas jurídicas penal y laboral. Es durante el siglo XX cuando surge la “explosión” de los derechos del niño. Al principio como disposiciones declarativas de buenas intenciones sin vinculación jurídica hasta culminar con el desarrollo de un derecho internacional de menores cuyo máximo exponente lo hallamos en la Convención sobre derechos del niño aprobada por Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Dicho desarrollo se debe, en gran parte, a la influencia de los derechos humanos que tuvieron su reconocimiento jurídico internacional en 1948 con la Declaración de los derechos humanos de Naciones Unidas y los Pactos Internacionales de

derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales de 16 de diciembre de 1966.

13. Paralelamente al auge de los derechos humanos, las constituciones europeas regulan en mayor o menor medida la infancia como personas de especial protección y sujetos de derechos. Todo ello, nos sitúa más que en una culminación de un proceso, en el punto de partida en la configuración de una nueva área jurídica: el derecho de los menores.

Capítulo II. EL MENOR DE EDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

1. LA CONCRECIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS DERECHOS DEL NIÑO. LA NECESIDAD DE UN DERECHO DEL MENOR.

1.1. La evolución del concepto de derechos humanos y las diversas doctrinas al respecto.

Como veremos más adelante al analizar el surgimiento de los derechos del niño en el ámbito internacional, la “juridificación” de la infancia tiene lugar durante el siglo XX.

Sustancialmente, los derechos del niño²¹⁵ ya desde sus primeras formulaciones, se configuran como derechos universales. Así, el derecho del niño a la vida, el derecho a la identidad y la no discriminación, entre otros, forman parte del catálogo de derechos humanos. Por lo que existe una relación esencial entre los derechos del niño y los derechos humanos. Este hecho puede ser visto, por un lado, como duplicidad en la enunciación de derechos, y por tanto innecesaria, y por otro, como una especificación de los mismos derechos a un ámbito especial de protección que son los niños, como si de un refuerzo de los derechos se tratara.

Hay dos elementos fundamentales en esta aproximación. El primero, es la conexión entre los derechos humanos y los derechos del niño como una concreción de aquéllos en éstos. El segundo, que esta relación aparece casi al mismo tiempo en el que la actitud de la sociedad hacia los niños iba cambiando hacia una mayor protección y protagonismo de éstos junto con el desarrollo en el marco jurídico internacional de los derechos humanos.

²¹⁵ Ahora utilizamos indistintamente el término “menor” y “niño”, aunque en este caso, optamos por “niño” en consonancia con las declaraciones de derechos de 1924 y 1959.

Naturalmente, no es este el lugar para una exposición pormenorizada de la evolución del concepto de derechos humanos al hilo de las diferentes posiciones doctrinales al respecto y de su influencia en el derecho internacional y en los derechos constitucionales. No obstante conviene recordar brevemente algunas ideas fundamentales para situar mejor lo que más adelante se dirá sobre los derechos del niño y su engarce con los planteamientos generales en materia de derechos humanos²¹⁶.

En primer lugar, es preciso destacar las diferentes denominaciones que estos derechos han tenido en distintos momentos históricos: derechos humanos, derechos fundamentales, derechos naturales, derechos del hombre. Los distintos términos implican diversos matices en su concepción y son sustentadas por diversas corrientes doctrinales²¹⁷.

Otra cuestión de interés par el objeto de este trabajo es la relativa a los sujetos y el contenido de los derechos humanos. En cuanto a lo primero, a pesar de la referencia evidente al individuo como sujeto de los derechos humanos, en el siglo XX se ha generalizado la consideración de sujeto de derechos humanos a grupos en los que el individuo desarrolla su personalidad, como la familia, las confesiones religiosas o las minorías. La consideración como sujetos de derechos humanos a grupos sociales va en conexión con un contenido más amplio en lo que se denomina la segunda generación de derechos. Esta segunda generación la constituye el catálogo de derechos sociales, económicos y culturales que tienen su origen en el modelo del Estado

²¹⁶ Entre la inmensa bibliografía en materia de derechos humanos bastará citar aquí Castán Tobeñas (1992), Jowell y Cooper (eds.) (2001), Peces-Barba (1995), Pérez Luño (1995) y (2001), Sánchez de la Torre (1979), Ballesteros (ed.) (1992). En esas obras pueden encontrarse ulteriores y más específicas referencias bibliográficas.

²¹⁷ Así, los términos “derechos naturales”, “derechos del hombre” y “derechos humanos” se asocian a la teoría del iusnaturalismo y a la idea del pacto social como justificante del poder político que tuvo lugar en los siglos XVII y XVIII. La idea de los derechos humanos como derechos naturales se refleja en los textos de las Declaraciones de esta época. De otro lado, la denominación “derechos fundamentales” se relaciona con la incorporación de un conjunto de derechos en las constituciones, sobre los cuales se sustenta la organización de un Estado y con la teoría positivista, de tal modo que los derechos fundamentales son aquellos que reconoce expresamente el ordenamiento jurídico y están dotados de especiales garantías.

social de derecho, en el que el Estado va a intervenir en la garantía de estos derechos a través de políticas sociales, obligatoriedad de prestaciones y servicios públicos, a diferencia de los siglos XVIII-XIX, en los que la teoría individualista dominaba la concepción de los derechos humanos y el Estado liberal protegía esos derechos a través de una actitud pasiva, no beligerante.

Por otra parte, la sistematización de los derechos humanos es una tarea compleja que ha dado lugar a diversas clasificaciones y precisiones en el contenido de los derechos humanos²¹⁸. Desde un punto de vista histórico, es conocida la clasificación por generaciones de derechos²¹⁹. Así, la primera generación la componen los derechos individuales, que suponen, de un lado, la afirmación de la persona y de otro, la no injerencia del Estado como mejor forma de protegerlos, dentro de una concepción liberal del Estado. Durante la segunda mitad del siglo XIX surgen los derechos de segunda generación que se corresponden con el Estado social de derecho, dando lugar a una apertura desde una visión individualista de los derechos humanos hacia los derechos sociales, económicos y culturales. Finalmente, durante el siglo XX, sobre todo en la última mitad, se producen grandes avances tecnológicos que van a repercutir en los derechos, dando lugar a la llamada contaminación de las libertades (*liberties pollution*)²²⁰. La respuesta a estas amenazas y vulneraciones de los derechos es la creación de un nuevo tipo de derechos humanos, los conocidos como los de tercera generación. Si la principal característica de los derechos de primera generación es la individualidad, y la de los de la segunda generación, la relación del

²¹⁸ Vid. Sánchez Agesta (1959), pp. 562 y ss., Castán (1992), Castro Cid (1979).

²¹⁹ Seguimos con este planteamiento a Castán (1992), que clasifica los derechos según su devenir histórico en tres generaciones. Por el contrario, autores como Peces-Barba (1995) considera que la utilización de la terminología "generaciones de derechos" es discutible ya que "podría entenderse que las generaciones llegan a extinguirse son sustituidas por las siguientes...Pero si se entiende que esto no es así y que las anteriores siguen vivas...diríamos que estamos, en la cuarta generación, si la liberal, la democrática y la socialista se consideran autónomamente", p.183.

²²⁰ Expresión anglosajona utilizada por Castán (1992) para hacer referencia al proceso que determinados avances tecnológicos suponen en los derechos humanos, p. 45.

Estado con la persona, los de tercera generación, tienen como nota distintiva los principios de cooperación y solidaridad.

En todo caso es en el siglo XX cuando se imponen los textos internacionales sobre derechos humanos en un plano universal. Ello sucede a través de un paulatino proceso en el que los derechos humanos se extienden desde las regulaciones constitucionales de cada Estado al ámbito internacional²²¹. Tres documentos esenciales a este propósito son la Declaración Universal de derechos humanos de 1948 y los pactos que la desarrollan, el Pacto de derechos Civiles y Políticos y el Pacto de derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966.

La Declaración de derechos humanos de 1948 constituye un texto en el que confluyen los derechos individuales, los llamados de primera generación, con los sociales, económicos y culturales, es decir, los de segunda generación. Asimismo, de la formulación empleada en los Pactos de 1966, el Pacto de derechos civiles y políticos y el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de 19 de diciembre de 1966, se infiere una clasificación según el contenido de los derechos, que recoge en dos grandes grupos, los derechos civiles y políticos por un lado, y por otro, los culturales, económicos y sociales, las distintas clasificaciones vistas anteriormente.

En fin, unas cuestiones más complejas en materia de derechos humanos es la relativa a su fundamentación²²², sobre la que existen numerosas y a veces muy encontradas posiciones doctrinales, pero que parece reclamar necesariamente una referencia a la dignidad de la persona. Castán sitúa en el cristianismo “el origen de la concepción de los derechos que ahora se llaman subjetivos y de los derechos

²²¹ Sobre la fundamentación de la universalidad de los derechos humanos desde un punto de vista de la filosofía del derecho *vid.* Kaufmann (1998), Rentto (1998).

²²² Lerner (1999/2000). Respecto a la fundamentación de los derechos humanos citamos textualmente las palabras de Legaz y Lacambra en el 2º prólogo a la obra *Los derechos del Hombre* de Castán Tobeñas (1992): “...se cree universalmente que deben ser reconocidos y protegidos los derechos humanos, aunque no se comparte con la misma unanimidad ningún sistema filosófico que los fundamente”. También nos remitimos a los diversos estudios realizados en el ámbito de la filosofía del derecho, *vid.* Castro Cid (1990), Peces-Barba (1989), Kaufmann (1998).

humanos que ... habrían de ser considerados como derechos absolutamente humanos y universales que corresponden a todos los hombres”²²³. Por su lado, la Constitución española recoge en el artículo 10, dentro del título I relativo a “los derechos y deberes fundamentales”, que la dignidad de la persona es fundamento del orden político y la paz social. Los textos internacionales relativos a derechos humanos, a los que el mismo artículo 10 remite para la interpretación de los derechos recogidos en la Constitución, también citan la dignidad humana como fundamento. Concretamente, en el preámbulo de la Declaración de derechos humanos de la ONU de 1948 se considera la dignidad humana como la base de otros fundamentos de los derechos humanos como la libertad, la justicia y la paz²²⁴. Se configura así, la dignidad de la persona como un elemento sin el cual no se entiende el concepto ni el contenido de los derechos humanos²²⁵.

En dirección contraria hay quienes como Lerner y Sieghart optan por una teoría de los derechos humanos basada en una visión netamente secular de la vida social y del derecho prescindiendo decidida y deliberadamente de su fundamento, el cual –se afirma– no se ha mostrado de particular utilidad histórica. Lo importante sería, no tanto su fundamentación concreta cuando al hecho de que los derechos humanos sean universales, inalienables y regulados por el derecho, y que pasen a formar parte de las constituciones democráticas modernas, culminando con los textos internacionales sobre derechos humanos, que vienen a dotarlos de una categoría jurídica que los sustrae al poder “exclusivo” del Estado²²⁶.

²²³ Castán (1992) p. 59.

²²⁴ Prácticamente con las mismas palabras, los preámbulos de los pactos de 1966 plasman la idea de la dignidad de la persona como fundamento: “Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables. Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana...”.

²²⁵ Para un estudio detallado de la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos *vid.* entre otros Hervada (1991), pp. 345-382, Jowell y Cooper (2001), Pizzorni (1993), pp. 85-119, Serna (1999), pp. 139-198, Barcia (1987), 115 y ss.

²²⁶ Lerner (1998), “I don’t accept that this is the “only intelligible” version. The idea of human rights expresses itself in human rights law, at present weak and

1.2. Los derechos del niño como concreción de los derechos humanos.

Los principales documentos universales relativos a los derechos humanos, la Declaración Universal de derechos humanos de 1948 y los pactos de 1966 (el de derechos Civiles y Políticos y el de derechos Económicos Sociales y Culturales) contemplan específicamente la infancia en diversos artículos, aunque es evidente que los niños, por el hecho de ser personas, también son sujetos de los derechos enunciados en estos documentos²²⁷.

El 19 de diciembre de 1966 en Nueva York, se promulgaron el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales. Aunque se tratan de documentos de aplicación general y no específica a infancia, debemos referirnos a ellos por dos motivos. En primer lugar, porque estos documentos recogen varios artículos relativos al reconocimiento de derechos y protección de la infancia, en concreto, los artículos del Pacto de derecho civiles y políticos 6.5 (sobre la prohibición de la pena de muerte a menores de dieciocho años), 10.2 y 3 (acerca de los menores procesados y el régimen penitenciario de los

insufficient, and such law is a modern, secular phenomenon closely connected to the development of international law after 1948..." "American al French text of the nineteenth century set forth the propositions of modern human rights law. These principles are three (1) universal inherence, (2) inalienability and (3) *the rule of law*. The principle of universal inherence proclaims that every human being has certain rights...which are not conferred on him by any ruler, nor earned or acquired by purchase, but which inhere in him by virtue of his *humanity alone*" p. 74.

²²⁷ Concretamente, la Declaración Universal de derechos humanos en el artículo 16, relativo al matrimonio: "1. Los hombres y las mujeres, a partir de la *edad núbil*, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutar de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y *pleno consentimiento* de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene *derecho a la protección* de la sociedad y del Estado".

El artículo 25, sobre la protección a la infancia: "2. La maternidad y *la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales*. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, *tienen derecho a igual protección social*".

El artículo 26.3 sobre el derecho a la educación: " Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos".

mismos), 14.1 (sobre procedimientos penales, pleitos matrimoniales o sobre tutela de menores, que se realizarán a puerta cerrado para proteger el interés del menor) y 24 (derecho del niño a no ser discriminado en aplicación de las medidas de protección, derecho a un nombre, su inscripción registral y a la nacionalidad).Asimismo, el Pacto de derechos Civiles y Políticos tiene otros artículos no específicos de infancia pero de los que los menores son sujetos. En este sentido interesan a nuestro trabajo los artículos 2 (no discriminación), 18 (libertad de pensamiento, conciencia y religión y derecho de los padres de educar a los hijos conforme a sus propias convicciones) y 23.4 (sobre protección de los hijos en caso de crisis matrimonial). Por su parte, el Pacto de derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene algunos artículos sobre protección de la infancia, concretamente los artículos 10 (sobre protección y asistencia a la familia y en especial a los menores, con una mención específica a las medidas protectoras a fin de evitar la explotación económica y social), 12.2 (acerca del derecho a la salud, la prevención y reducción de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños) y 13.3. Y en segundo lugar, porque además del reconocimiento de derechos, los pactos establecen un sistema para garantizarlos, por lo que se protege los derechos de los niños recogidos en sendos textos.

La aparición de la Declaración de derechos del niño de 1959 vino a materializar el reconocimiento de los derechos humanos en el ámbito de la infancia²²⁸. Esta idea se recoge expresamente en el preámbulo al afirmar que “...las Naciones Unidas han proclamado en la Declaración Universal de derechos humanos que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ella sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma opinión política o de *cualquiera otra índole*²²⁹ ...”, Palabras estas últimas que incluyen implícitamente la no distinción por motivos de edad.

²²⁸ Recordemos que anteriormente a la Declaración Universal de derechos humanos de 1948, ya en 1924 se adoptó una Declaración de derechos del niño, la Declaración de Ginebra, y en el mismo año de la Declaración de derechos humanos, la recién constituida Naciones Unidas retomó la Declaración de 1924 a la que retocó en la redacción, no así en su espíritu, configurándose en siete puntos en vez de los cinco establecidos.

²²⁹ la cursiva es nuestra.

Por otra parte, en el primer párrafo del preámbulo se hace referencia a “la dignidad y el valor de la persona humana”, elementos sobre los que se fundamenta la doctrina de los derechos humanos. Así pues, observamos cómo la Declaración de 1959 considera fundamentos de la proclamación de los derechos del niño los mismos que ya recogía en términos análogos la Declaración Universal de derechos humanos de 1948²³⁰.

También la concreción de los derechos humanos en la Declaración de derechos del niño se manifiesta en los enunciados de los derechos. El principio 1 relativo a la no discriminación y la aplicación de todos los derechos de la Declaración a todos los niños sin distinción, se equipara con el artículo 2 del texto de 1948. Igualmente ocurre con el derecho a la vida²³¹, el derecho a la identidad²³² o el derecho a la educación²³³.

La Declaración de derechos del niño, a igual que la de derechos humanos, no era texto jurídico obligatorio para los Estados. En el caso de la Declaración de 1948 se consiguió a través de los pactos de 1966 y para la Declaración de derechos del niño tuvieron que transcurrir treinta años hasta la promulgación de la Convención sobre los derechos del niño de 1989. Este documento en el preámbulo al igual que el de 1959 hace referencia a “la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, también recoge la no distinción entre las personas recogida en la Declaración de derechos humanos y los pactos de 1966 y además recuerda que “en la Declaración Universal de derechos humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados asistenciales especiales”.

Asimismo, la idea de que los derechos del niño son eminentemente una concreción de los derechos humanos se constata

²³⁰ Confrontando ambos preámbulos observamos que la dignidad humana se configura como un elemento básico en la fundamentación de ambos textos.

²³¹ Artículos 3, 22 y 25 de la Declaración de 1948 y principio 4 de la Declaración de 1959.

²³² Artículo 6 de la Declaración de 1948 y principio 3 de la Declaración de 1959.

²³³ Artículo 26 de la Declaración de 1948 y principio 7 de la Declaración de 1959.

también en que los órganos vigilantes de su cumplimiento vienen a ser los mismos, junto con la creación de algunos específicos²³⁴. Por ejemplo, el Comité de derechos humanos, Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comité para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y el Comité contra la tortura²³⁵.

Como vemos, los textos generales de derechos humanos y los específicos de la infancia mencionados se fundamentan básicamente en los mismos principios además de establecerse mecanismos de protección resueltos por los mismos órganos, por lo que se concretan en los niños derechos de los que ya son titulares por ser personas.

Llegados a este punto cabe preguntarse por qué surge la necesidad de un derecho específico para menores. La respuesta, una vez analizada la situación de la infancia en la historia y el espectacular desarrollo de la teoría de los derechos del niño a lo largo del siglo XX²³⁶, puede concretarse en que el derecho del menor surge como reacción a la situación de la infancia en los períodos de guerra y posguerra y a la consideración del niño como persona de especial protección debido a su falta de madurez psíquica y física y que progresivamente va adquiriendo. El preámbulo de la Declaración de los derechos del niño de 1959 afirma que “considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita *protección y cuidados especiales*, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento; considerando que la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño y reconocida en la Declaración Universal de los derechos humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño...”. El

²³⁴ La Convención de 1989 en los artículos 43, 44 y 45 previó la creación de un Comité de los derechos del niño encargado de “examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes...”

²³⁵ Órganos que actúan en el plano universal en la protección de los derechos del niño según la Declaración y programa de acción de Viena, aprobada por la conferencia mundial de derechos humanos, en Viena el 25 de junio de 1993, A/CONF.157/24.

²³⁶ *Vid. infra* capítulo II. 1.

preámbulo de la Convención sobre derechos del niño de 1989 recoge estas consideraciones de forma textual.

Esta justificación del niño como persona de especial protección es fundamental para sostener la teoría de los derechos del menor de edad. Así se justifica en los distintos preámbulos sobre derechos del niño y en la doctrina²³⁷.

No obstante, existen corrientes contrarias a la existencia de un derecho específico de menores²³⁸. Esta opinión discrepante alega dos razones, una de ellas es que si se considera a los niños como sujetos de derecho (activos), podría causar conflictos de intereses, en especial entre la propia familia; otro de los motivos es que los derechos humanos son de aplicación general a las personas sin discriminación de cualquier índole, y al ser los menores de edad personas, se considera que sus derechos están contemplados y es innecesario duplicar en otros documentos los derechos. El planteamiento de esta postura es perfectamente sostenible, si bien, no podemos obviar que objetivamente los niños a causa de las distintas fases de su desarrollo evolutivo y su concepción y posición social están en un plano de desigualdad con respecto a los adultos para ejercer por sí mismos sus derechos y exigir su respeto.

A este propósito, nuestra opinión puede sintetizarse como sigue.

Rigurosamente, los principios de igualdad y de no discriminación entre los seres humanos nos llevaría a considerar innecesarios los textos específicos sobre derechos del niño. Creemos, sin embargo, que esta postura ignora, como nos hemos referido anteriormente, la situación real de los niños en la sociedad y más concretamente, en el tratamiento jurídico del que son objeto. Aunque persona, y por tanto sujeto de derechos humanos, la visión tradicional del niño como sujeto dependiente y carente de capacidad de obrar, le ha perjudicado en su consideración de sujeto de derechos, incluso en lo concerniente a la titularidad y ejercicio de los derechos personalísimos, que como sabemos, deben ejercerse exclusivamente por su titular²³⁹.

²³⁷ Álvarez Vélez (1994).

²³⁸ *Vid.* comentario a esta corriente por Van Bueren (1995), pp. xix y xx.

²³⁹ Tal es el caso de los derechos recogidos en la Declaración Universal de los derechos humanos (derecho a contraer matrimonio, artículo 16, libertad de

Precisamente, la dependencia de los niños de otros adultos, generalmente sus padres, se explica por su falta de madurez física y psíquica, madurez entendida como la propia de una persona adulta.

Esta desigualdad real entre niños y adultos hace inviable que pretendamos la existencia de la misma protección efectiva de los derechos y las mismas posibilidades en su ejercicio en los adultos como en los niños en las mismas condiciones.

Por esta razón, somos partidarios de la existencia de un derecho específico sobre la infancia. No sólo por la protección tal y como es entendida por la mayoría de los autores²⁴⁰, sino por la protección de su capacidad para ser sujeto de derechos y de su capacidad para ejercerlos dependiendo del grado de su desarrollo o madurez.

En efecto, la doctrina de los derechos de niño surge con un carácter proteccionista que, aunque en sus comienzos fue una iniciativa muy loable, adquirió un alto grado de paternalismo que provocó el tratamiento del niño como un “objeto” desvalido al que hay que proteger. Los derechos del niño se configuraron como una burbuja protectora que pretendía aislar al niño de cualquier daño lo que, en nuestra opinión, provocó que paulatinamente los derechos del niño se entendieran más como medidas de protección que como la concreción de los derechos humanos en unas personas de especial protección.

Nosotros somos partidarios de una postura más flexible, que sin abandonar el fundamento protector, potencie al menor como sujeto de derechos y con capacidad para ejercerlos dependiendo del grado de su madurez. Insistimos en esta última idea, porque la madurez no viene determinada taxativamente con ninguna edad, es un proceso evolutivo y como tal tiene unas fases o grados. Lo que queremos decir es que un niño de cuatro años no va a tener la misma capacidad para ejercer sus derechos que otro de catorce años. Ambos son menores de edad, pero su grado de madurez es distinto.

pensamiento, conciencia y religión, artículo 18, libertad de opinión y expresión, artículo 19).

²⁴⁰ Protección basada en la falta del pleno desarrollo del niño, tanto físico como psíquico.

En conclusión, primero, consideramos necesario la existencia de un derecho del menor que además de proteger, potencie su carácter de sujeto de derechos y su capacidad para ejercerlos conforme a su grado de madurez.

En segundo lugar, que la mayor parte de lo que se conoce como derechos del niño, con el referente de la Convención sobre los derechos del niño de 1989 en el plano universal, constituye una concreción de los derechos humanos en general²⁴¹.

Y finalmente, el hecho de plasmar en textos jurídicos los derechos del niño tiene varias lecturas, desde la visión proteccionista hasta aquella, que compartimos, y que trata de potenciar la figura del menor como sujeto activo de sus propios derechos, lo cual conlleva unas implicaciones que van más allá de la protección²⁴².

²⁴¹ “The rights of the child, as recognized or laid down in the Convention on the Rights of the Child adopted on November 20, 1989... are human rights”, Lopatka (1992), p. 49.

²⁴² Una implicación de entender los derechos del niño más allá de la protección, es reconocer al menor capacidad para ejercer sus derechos, por ejemplo, la opción religiosa, cuando tiene una edad suficiente (ya ahondaremos más en este aspecto). La consecuencia de esto es la posibilidad de que surjan conflictos paterno filiales en el caso de que el menor elija una opción diferente a la realizada por sus progenitores. En este supuesto qué se consideraría, ¿la libertad religiosa del menor o la elección de los padres como titulares de la patria potestad?

2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DURANTE EL SIGLO XX.

El siglo XX ha sido calificado por algunos autores como el siglo de la infancia²⁴³. Esta calificación se debe a que, durante ese siglo, por una parte, existe una mayor conciencia sobre la necesidad de protección hacia los niños y por otra, al rápido desarrollo de sus derechos, al menos desde un punto de vista teórico.

Este capítulo tiene como objeto analizar como durante el siglo XX culmina la protección de la infancia y el reconocimiento jurídico de sus derechos a nivel internacional.

La razón fundamental que movió a la comunidad internacional a realizar documentos específicos sobre menores se debió a la situación de desprotección en el que se encontraron muchos niños en los períodos posteriores a la Primera y la Segunda Guerra Mundial. Fue así como surgieron las declaraciones de derechos del niño de 1924, hecha por la Sociedad de Naciones y la de 1959, con el mismo nombre, esta vez en el marco de las Naciones Unidas. A pesar de este “interés protector”, ninguna de las declaraciones constituían obligación jurídica y en consecuencia, tampoco determinaron medios que aseguraran el cumplimiento de los principios enunciados. Por tanto, estos primeros documentos internacionales específicos sobre los menores constituyeron un elenco de derechos de los niños de carácter programático, con una obligación moral, y no jurídica, para los Estados que lo habían firmado.

Por otra parte, en el ámbito europeo el primer texto específico que recoge los derechos del niño apareció en el año 1992 como concreción en dicho ámbito de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989. Sin embargo, el ámbito regional europeo, previamente a esa fecha, fue pródigo en documentos que regulaban

²⁴³Esta calificación data desde 1900, fecha en la que Ellen Key (1859-1926), publicó, como si de un augurio se tratase, un libro titulado *El siglo del niño*, obra que tiene como tema principal la educación, pero en el que se trata temas como las relaciones de los padres con los hijos y el trabajo infantil. También Dekker (2000).

determinados aspectos de los niños. Como por ejemplo, la recomendación 561 (1969) relativa a la protección de los menores contra los malos tratos de 30 de septiembre de 1969, resolución (77)33 sobre el acogimiento de los niños de 3 de noviembre de 1977 y la Carta Europea de los niños hospitalizados de 16 de junio de 1986.

A continuación mencionaremos los documentos jurídicos específicos sobre el menor de edad vigentes distinguiendo dos niveles o ámbitos en el marco internacional, de un lado, el ámbito universal y de otro, el ámbito regional europeo.

2.1. Instrumentos de ámbito universal.

A) La Declaración de los derechos del niño de 1924.

La Declaración de los derechos del niño adoptada por la Sociedad de Naciones en 1924, también conocida como la “Declaración de Ginebra”, fue el primer texto internacional específico sobre los derechos del niño. Este texto surgió como una propuesta encabezada por la inglesa Englantyne Jebb (1876-1923), fundadora de *Save the Children* (Londres, 1919) y de la Unión Internacional de Auxilio al niño (Ginebra, 1920)²⁴⁴.

La Declaración propuesta por Jebb constaba de cinco principios, de carácter protector, cuyo objetivo era conseguir el desarrollo pleno del niño en condiciones adecuadas. Este texto fue promulgado primero por la Unión Internacional de Auxilio al niño en 1923 y adoptado por la Sociedad de Naciones un año después.

Anteriormente a esta fecha, surgieron las primeras muestras de interés institucional sobre la protección de la infancia en el ámbito internacional. Por una parte, concretamente en 1919, la Sociedad de Naciones creó un Comité de Ayuda al niño, debido a la situación de desamparo de millares de niños tras la Primera Guerra Mundial. Por otra parte, el impulso de la protección de la infancia también surgió y se reforzó desde el movimiento reivindicativo de los derechos de la mujer, destacando entre las pioneras a Ellen Key²⁴⁵.

²⁴⁴ Faubell (1979), Fernández Sola (1994).

²⁴⁵ Además de la obra citada en una nota anterior, Key publicó *Psicología femenina y lógica femenina* (1896) en la que destaca el papel fundamental de la

La Declaración de Ginebra recogió escuetamente en cinco principios los derechos de los niños, tratándose de derechos de protección referidos a la vida, alimentación, educación y frente a la explotación²⁴⁶. A pesar de constituir el primer paso significativo de la comunidad internacional en el avance de los derechos del niño, se trataba de un texto sin valor normativo para los Estados.

Visto el texto, las dos características destacables son su contenido eminentemente proteccionista²⁴⁷ y la formulación de los principios. Sobre la primera característica, la Declaración de Ginebra era un texto llamado de los derechos del niño, en el que se incidía más en la protección que en el niño como sujeto (activo) de derechos. Esta afirmación se constata en la formulación de los principios, la segunda característica del texto. Estos principios situaban al niño como sujeto pasivo bajo la fórmula: “El niño...debe ser...” mientras que el destinatario principal de la Declaración era la sociedad adulta y los Estados, encargados de asumir el deber de protección de la infancia.

madre en su relación con el desarrollo personal del hijo. Otras obras en las que incide más en la temática de la mujer son *Utilización del poder femenino* (1896) y *Amor y matrimonio* (incluido en la obra *Líneas vitales, 1903-1906*). Para una aproximación a la figura de Ellen Key *vid.* Lengborn (1993) y *Diccionario de pedagogía Labor*, pp. 1814.

²⁴⁶ “Por la presente Declaración de derechos del niño, llamada Declaración de Ginebra, los hombres y las mujeres de todas las Naciones, reconociendo que la Humanidad debe conceder al niño cuanto estime mejor y más beneficioso para él, afirma como sus deberes, excluida toda consideración de raza, nacionalidad y creencia religiosa, los siguientes:

El niño debe ser puesto en condiciones de realizar normalmente su desarrollo físico y espiritual.

El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser asistido; el niño retrasado en su educación debe ser alentado a proseguirla; el niño desviado de la buena senda debe ser vuelto a ella; el huérfano y el abandonado deben ser corregidos y socorridos.

El niño debe ser el primero en recibir socorros en toda ocasión de calamidad pública.

El niño debe ser puesto en condiciones de ganar la subsistencia y de ser protegido contra toda clase de explotación.

El niño debe ser educado, inculcándosele el sentimiento del deber que tiene de poner todas sus cualidades al servicio de sus hermanos”.

²⁴⁷ Como afirma Cantwell, “*the essential theme underlying all of these non-binding declarations was that children need special protection and priority care*”, en Detrick (1992), p. 19.

El carácter proteccionista del texto de 1924 supuso un avance en la elaboración doctrinal y jurídica de los derechos del niño, a pesar de que no figuren los niños como sujetos activos de “sus” derechos. Creemos en ese avance porque la protección de los niños por parte de los adultos, y del Estado en particular, es el pilar básico sobre el que se va a ir construyendo la idea del niño como sujeto (activo) de derechos. Así pues, si no se garantiza al niño su derecho a la vida, a la salud, a un entorno adecuado para su desarrollo etc., difícilmente podrá ser sujeto activo de unos derechos. Por esta razón, la Declaración de 1924 fue importante en la toma de conciencia, a nivel internacional, de la necesidad de proteger a la infancia.

B) La Declaración de los derechos del niño de 1959.

Nuevamente, es después de otra guerra mundial cuando la comunidad internacional siente la necesidad de prestar atención a la infancia. Al finalizar la Segunda Guerra Mundial se constituye la Organización de las Naciones Unidas en la Conferencia de San Francisco en 1945. Recordemos que la Declaración Universal de derechos humanos de 1948 tiene como sujeto también al niño, aunque no se le mencione expresamente, ya que es aplicable a todo ser humano sin distinción²⁴⁸. La aplicación directa de la Declaración a los niños se infiere de la propia redacción de su articulado, a través de la utilización de las palabras "todos los seres humanos", "nadie", "todo individuo", "toda persona"...²⁴⁹.

²⁴⁸Artículo 2: “*Toda persona* tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de *cualquier otra índole*, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Entendemos que dentro de la expresión *de cualquier otra índole* tiene cabida la distinción por razón de edad. Artículo 6: “*Todo ser humano* tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su *personalidad jurídica*”. La personalidad jurídica determina la capacidad de ser sujeto de derechos, y tal y como se tratara en otro lugar de este trabajo, el menor de edad tiene personalidad jurídica y por tanto, es sujeto de derechos. Artículo 7: “Todos son iguales ante la ley y tienen, *sin distinción*, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación” (La cursiva de los textos es nuestra).

²⁴⁹Partimos de la noción de persona que en nuestra legislación recoge el Código Civil en su artículo 29: "El nacimiento determina la personalidad [...]".

Asimismo, el interés de la Declaración por la infancia o la minoría de edad se refleja en diversos artículos. En concreto, los artículos 16, acerca de la edad mínima para contraer matrimonio, el artículo 25, relativo a las necesidades básicas para el desarrollo personal y el artículo 26 sobre el derecho a la educación²⁵⁰.

Antes de la Declaración de derechos humanos, la nueva organización de la comunidad internacional era consciente de la necesidad de la protección de la infancia. Ejemplo de ello fueron dos hechos acaecidos en el año 1946. Primero, la Recomendación del Consejo Económico y Social para que se retomara la Declaración de Ginebra de 1924, como una forma de compromiso de los Estados con la infancia y segundo, la creación del Fondo Internacional de Auxilio a la infancia (UNICEF, *United Nations International Children's Emergency Fund*) en Asamblea General de las Naciones Unidas.

Tomando como base la Declaración de Ginebra, la Asamblea de Naciones Unidas redactó un nuevo texto aprobado el 20 de noviembre de 1959 por la Resolución 1386 (XIV). La nueva Declaración de derechos del niño, constaba de un preámbulo y 10 principios. Al igual que el texto de 1924, no constituía norma con fuerza vinculante para los Estados. Para ello tendremos que esperar a la Convención sobre los derechos del niño de 1989.

²⁵⁰ Art. 16: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. (...)”. Art. 25: “ 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; (...). 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera del matrimonio, tienen derecho a igual protección social.” Art. 26: “ Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. (...) 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promover el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. 3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.”

Es de interés el trabajo preparatorio de la Declaración²⁵¹. Las sesiones preparatorias no trataron exclusivamente de la protección del niño, objetivo que moralmente ya no admitía discusión, sino que surgieron temas de debate a raíz de las enmiendas al texto propuesto por la Comisión de derechos humanos. Entre las enmiendas más significativas encontramos las de Italia, Argentina y Bélgica sobre la necesidad de definir el concepto de niño²⁵²; también las enmiendas de URSS, Venezuela y Rumanía al Principio X sobre el trabajo infantil²⁵³; las modificaciones propuestas por Italia al Principio IX sobre niños incapacitados, en que se trataba de incluir a los niños delincuentes (“niños socialmente inadaptados”)²⁵⁴.

²⁵¹ Álvarez Vélez (1994), pp. 33-75, realiza un extenso análisis de los trabajos preparatorios, el contenido y su influencia en el resto de los textos de derechos humanos.

²⁵² El representante italiano fue más allá en la definición de “niño” y propuso la necesidad de protección del *nasciturus* desde el momento de la concepción. Propuesta admitida con diferente redacción y que quedó reflejada en el Preámbulo: “Considerando que el niño, [...] necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento...”. En el mismo sentido que Italia, Argentina, propuso como Principio el derecho a la vida desde el momento de la concepción. Propuesta rechazada, debido a la falta de acuerdo sobre el momento en el que comienza la vida humana y al grupo de países que permitía el aborto en sus leyes.

²⁵³ Dentro de las enmiendas propuestas consideramos como más significativa la presentada por la URSS. Esta propuesta consideraba necesario establecer medidas sancionadoras contra aquellos que empleasen a niños menores de “cierta edad” (así lo mencionaba el Principio X propuesto por la Comisión de derechos humanos). El establecer los mecanismos de sanción y la responsabilidad de estas personas infractoras era, según la delegación soviética, el único medio de garantizar la efectividad de este principio. La propuesta de enmienda fue rechazada debido a la naturaleza del texto, ya que una Declaración no podía establecer medidas de aplicación directa para los Estados.

²⁵⁴ La propuesta italiana era incluir en el ámbito de protección a los menores como niños socialmente inadaptados a aquellos que habían delinquido. El texto alternativo presentado por Italia al Principio IX propuesto por la Comisión fue: “Al niño socialmente inadaptado, incluso al delincuente, no se le podrá separar de su familia más que en virtud de la decisión de una autoridad judicial especializada”. La propuesta fue rechazada por considerar que esta nueva redacción era más limitada que la original al no incluir a los niños discapacitados física ni psíquicamente. Otro motivo es que la fórmula prevista de “autoridad judicial especializada” exhortaría a los Estados a crear, o potenciar si es que existían, los Tribunales de Menores. Finalmente, el texto aprobado como Principio V incluyó a aquellos niños que sufran “impedimento social”, en el que tendrían cabida los menores delincuentes, pero en

Asimismo, y debido a que versa sobre el tema objeto de este trabajo, destacamos entre las enmiendas la realizada por Guatemala e Israel conjuntamente. Esta enmienda tenía como finalidad la inclusión en el Principio VI²⁵⁵ del siguiente texto: “El niño tiene derecho a formarse en la fe religiosa de sus padres”. Uno de los motivos alegados por ambas delegaciones fue el establecer una concordancia con el artículo 26.3 de la Declaración de derechos humanos de 1948, relativo a la facultad de escoger la educación de los hijos²⁵⁶. La propuesta fue rechazada por 46 votos en contra, 6 a favor y 16 abstenciones. El debate sobre esta enmienda se centró en dos puntos: uno, las discrepancias que la aplicación de este texto provocaría en el matrimonio sobre la educación religiosa, máxime cuando los progenitores tuvieran distintas creencias. Otro, la concepción de la educación religiosa como un derecho de los padres y no de los niños. Un punto de vista más centrado en el niño hubiese interpretado este derecho como no exclusivo de los padres, sino además, como una concreción de la responsabilidad de los progenitores de potenciar y facilitar el ejercicio de los derechos de los hijos, entre los que está el derecho a la educación y la libertad religiosa.

Estos debates constataron la diversidad de opiniones con respecto a la función de un texto que contempla específicamente al niño, lo cual nos permite concluir que a raíz de estos debates los niños comenzaron a adquirir protagonismo no sólo como "objeto" de derecho sino como verdaderos sujetos. La otra cara de la moneda lo constituye la escasa concreción en el desarrollo del texto sobre derechos del niño y la falta de vinculación jurídica para los Estados. Así pues, la comunidad internacional optó por un texto sencillo, sin pretensiones de ir más allá de una declaración de principios con fuerza moral y no jurídica. Con ello se consiguió evitar conflictos entre Estados y una mayor rapidez en la elaboración del texto. Prueba de ello, son las propuestas de enmienda presentadas por diversas delegaciones en las que se forzaba a la comunidad a un compromiso y

ningún caso se menciona la jurisdicción especializada. Para un estudio pormenorizado de los trabajos preparatorios *vid.* Álvarez Vélez (1994), pp. 35-51.

²⁵⁵ En este caso el número de principio coincide tanto en la redacción propuesta por la Comisión como en la definitiva.

²⁵⁶ Artículo 26.3: “Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”.

a debates más largos²⁵⁷ y que sistemáticamente se rechazaban (definición de "niño", educación religiosa, trabajo infantil, menores infractores...)²⁵⁸.

Aunque la Declaración tenga un carácter programático, sin eficacia jurídica, queremos destacar que el texto supuso un avance en el tratamiento del niño con respecto al anterior de 1924. En primer lugar, porque se recogieron explícitamente más derechos y ámbitos concretos de protección que no aparecían en el texto de 1924, incrementando el número de principios de cinco a diez. En segundo lugar, y lo más importante en nuestra opinión, el niño aparecía como sujeto activo de derechos a diferencia de la Declaración de Ginebra²⁵⁹. A modo de ejemplo citemos el principio 3: "El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad"²⁶⁰, el principio 4: "El niño tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud. [...] El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados"²⁶¹, y también el principio 7: "El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales". El derecho a la educación se recogía también por la Declaración de Ginebra de 1924 en el principio 5: "El niño debe ser educado, inculcándosele el sentimiento del deber que tiene de poner todas sus cualidades al servicio de sus hermanos". Comparando la redacción de ambos textos se constatan claramente los diferentes enfoques a los que hacíamos referencia.

Por tanto, si desde un punto de vista lingüístico, en el texto de 1924 el niño aparecía exclusivamente como sujeto pasivo –como

²⁵⁷ La falta de un mayor interés se constató ya desde los inicios de los trabajos en la Comisión de derechos humanos. Al afrontar la naturaleza jurídica que debería de tener el texto, en el seno de la Comisión surgieron dos posturas dispares. Por un lado, aquellos que sostenían la necesidad de configurar una Convención, para así vincular a los Estados firmantes y por otro lado, la de aquellos que optaban por realizar una Declaración en la que constara el reconocimiento internacional de los derechos humanos aplicados a los niños, como sujeto de especial protección. Álvarez Vélez (1994), p. 37.

²⁵⁸ *Vid. supra* notas 252, 253 y 254.

²⁵⁹ *Vid. supra* en este capítulo el apartado "La Declaración de los derechos del niño de 1924".

²⁶⁰ Principio que se recoge de forma similar en la Convención sobre derechos del niño de 1989, artículo 7.

²⁶¹ Similitud con artículo 24 de la Convención de 1989.

"objeto" necesitado de protección- la Declaración de 1959 dota de mayor protagonismo al niño al conceptuarlo claramente como sujeto de "su propio" derecho. No obstante, *de facto*, al igual que el texto de 1924, la Declaración de 1959 tuvo un carácter eminentemente proteccionista.

Por lo demás, es necesario destacar que la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración de derechos del niño de 1959 constituyeron las bases de un edificio aún en construcción, el derecho del menor de edad, y que en el ámbito internacional, tiene su pilar principal en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989²⁶².

²⁶² La Convención sobre los derechos del niño de 1989 culmina el proceso en el que el niño aparece como verdadero sujeto de derecho. Retomando el ejemplo del derecho a la educación, el artículo 28 es paradigma de esta teoría. Aparece en los tres textos sobre derechos del niño, y en cada uno de ellos se percibe las distintas fases en el tratamiento del derecho y las garantías para el efectivo cumplimiento del mismo. Artículo 28: "1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular: a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos; b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad; c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados; d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas; e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar. 2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención. 3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo".

C) La Convención sobre los derechos del niño de 1989.

En 1978, Polonia, junto a otros Estados (Austria, Bulgaria, Colombia, Jordania, Senegal y Siria) presentó una propuesta de Convención²⁶³ con el propósito de que fuera aprobada en el año 1979.

Ese mismo año, 1979, se proclamó como Año Internacional del niño por la Asamblea General de las Naciones Unidas, para celebrar el vigésimo aniversario de la Declaración de los derechos del niño y alentar a que sea aplicada. De ahí la propuesta de los Estados que presentaron el proyecto de Convención en 1978 de aprobarlo ese año, como mejor forma de conmemorar y garantizar la aplicación de los derechos del niño.

Por otra parte, en 1983, las organizaciones no gubernamentales (ONG) con estatuto consultivo junto a las Naciones Unidas, se organizaron de manera sistemática creando un grupo de participación en la elaboración de la Convención. Proceso que se puso en marcha el 5 de octubre de 1979, cuando Polonia presentó nuevamente un proyecto de Convención que sirvió de base para el grupo de trabajo creado por la Comisión de derechos humanos en la sesión n° 1479, con sede en Ginebra.

Como culminación de todo el proceso, el 20 de noviembre de 1989 se aprueba en Nueva York la Convención sobre los derechos del niño en la Resolución A/44/25²⁶⁴. Los trabajos preparatorios de la Convención se remontan a 1978 cuando Polonia, aprovechando el año internacional de la infancia, presentó en la 34ª sesión de la Comisión de derechos humanos de Naciones Unidas un proyecto con la intención de desarrollar un documento vinculante sobre los derechos del niño²⁶⁵.

²⁶³ Documento E/CN.4/L.1366/Rev.1.

²⁶⁴ Estudios específicos sobre la Convención de los derechos del niño han sido realizados por Álvarez Vélez (1994), Pérez Vera (1990), Díaz Barrado (1991), Van Bueren (1995) y (1998), Cantwell (1992), Cerda (1990), Dogliotti (1992), Hammarberg (1990), Longobardo (1991), Miralles Sangro (1991), Carreras (1992) y Harris-Short (2001).

²⁶⁵ Documento E/1978/34 en el que se recoge la propuesta polaca. También nos remitimos al documento E/CN.4/1324, relativo a comentarios realizados al proyecto de convención por los Estados miembros de Naciones Unidas, las

La propuesta inicial no prosperó ya que el esfuerzo y el compromiso que supone preparar un documento con eficacia jurídica, tal y como pretendía Polonia, añadido al escaso o relativo interés en los derechos del niño no se hallaba en la comunidad internacional en ese tiempo²⁶⁶.

El 5 de octubre de 1979, Polonia presenta un nuevo proyecto de convención mucho más elaborado y semejante en estructura a la actual, ya que fue el documento sobre el que se realizaron los trabajos preparatorios de la definitiva de 1989²⁶⁷.

El escaso interés inicial por la elaboración de este documento se constata en que la participación en el grupo de trabajo en sus comienzos era de una treintena de países, llegando a ser cuarenta a mediados de los años ochenta, y fue en 1988 cuando tomaron parte en el proceso el mayor grupo de delegaciones de países islámicos²⁶⁸.

La Convención sobre los derechos del niño se adopta en Resolución 44/25 de 20 de noviembre por la Asamblea General de Naciones Unidas. Se caracteriza por ser el documento jurídico internacional con más signatarios y uno de los pocos que entró en vigor rápidamente, el 2 de septiembre de 1990²⁶⁹. Asimismo, constituye el documento fundamental sobre los derechos del menor que, a diferencia de sus predecesores, es un texto más desarrollado. Consta de cincuenta y cuatro artículos frente a los cinco principios de la Declaración de 1924 y los diez de la Declaración de 1959.

organizaciones especializadas, tales como UNESCO, OMS y OIT y organizaciones no gubernamentales.

²⁶⁶ Cantwell (1992), p. 21.

²⁶⁷ Documento E/CN.4/1349.

²⁶⁸ Cantwell (1992), p.23.

²⁶⁹ 191 Estados forman parte de la Convención, salvo Estados Unidos y Somalia. A estos dos Estados, hay que sumarle un tercero de reciente creación, la República Democrática de Timor Oriental, la cual a fecha de 10 de enero de 2003 aún no había firmado la Convención, aunque podría hacerlo próximamente. En este sentido, se manifestó el monseñor Carlos X. Belo, obispo de Dilli (Timor Oriental) y Premio Nobel al afirmar en el simposio "Compromiso con la infancia de las religiones del mundo" de 7 de mayo de 2002 que haría todo lo posible para que Timor Oriental firmara cuanto antes la Convención y sus Protocolos. El vigésimo instrumento de ratificación se realizó el 3 de agosto de 1990, entrando en vigor la convención tal y como prevé su artículo 49, al trigésimo día de dicha entrega.

Los derechos que recoge que Convención no están ordenados sistemáticamente, ni por su naturaleza jurídica ni siquiera por grupos temáticos de derechos. Según Pérez Vera²⁷⁰ esta falta de orden puede deberse bien a la intencionalidad, fundamentalmente debido a la falta de consenso en el grupo de trabajo de elaboración del documento, o bien a que el orden de aparición de los derechos es fortuito. Lo que sí es claro es que junto con derechos humanos aparecen también derechos relativos a la protección del menor cuya naturaleza jurídica es distinta a los primeros.

Hay autores que optan por hacer su propia clasificación bien distribuyendo los derechos por temas o aquéllos que prefieren utilizar el método clasificador de la tres “P”: provisión, protección y participación²⁷¹.

Nosotros, tomando como referencia los criterios establecidos por Naciones Unidas para la realización de los informes preceptivos por los Estados parte²⁷², podemos estructurar la Convención en tres partes. Una primera en la que se incluye el preámbulo, el ámbito de aplicación -los menores de dieciocho años salvo que por su ley aplicable hayan alcanzado antes la mayoría de edad- y los principios rectores de los derechos del niño, que son la no discriminación (art. 2), el interés superior del niño (art. 3), el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (art. 6) y el respeto a la opinión del niño (art. 12). La segunda es la parte sustantiva (Parte I del documento), en la que se recoge los derechos del niño, entre los cuales encontramos el de libertad religiosa, artículo 14²⁷³. Finalmente, la tercera la constituye las partes II y III de la Convención y viene a ser la parte procedimental, en la que se define las condiciones en las que se debe aplicar la convención y otras disposiciones tales como el deber de difusión, reservas, órgano de vigilancia y su funcionamiento y entrada en vigor.

²⁷⁰ Pérez Vera (1990), p. 178.

²⁷¹ Van Bueren (1995) y Carreras (1992).

²⁷² Según el documento de Naciones Unidas HRI/GEN/2/Rev.1 de 9 de mayo de 2001 sobre directrices relativas a la forma y el contenido de los informes que deben presentar los Estados partes en los tratados internacionales de derechos humanos.

²⁷³ “Los Estados partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, conciencia y religión...”

Además de la naturaleza jurídica de la Convención que la hace ser un documento vinculante, queremos destacar dos aspectos más. El primero es sobre la definición del concepto de niño que el artículo 1 lo establece como “todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad”. El segundo de los aspectos es la consideración del niño como sujeto activo de derechos. Idea materializada en dos principios rectores de la Convención que son el derecho al desarrollo y al respeto a la opinión del niño.

D) Otros instrumentos relativos a menores de edad.

Hasta ahora nos hemos referido a los dos textos internacionales que, junto con la Convención de 1989, constituyeron, con sus peculiaridades, el reconocimiento expreso de los derechos del niño. Como sabemos, ambos textos no son preceptivos para los Estados. Por ello, creemos de interés referirnos a otros instrumentos jurídicos específicos de menores que dictados por la comunidad internacional, sí tienen fuerza de ley. A ellos podrían añadirse quizá, aunque no se trate específicamente de documentos sobre menores de edad, el Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949, cuyo articulado menciona en numerosas ocasiones al niño como sujeto de especial protección y el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados son carácter internacional (Protocolo II), de 8 de junio de 1977, del que destacamos el artículo 4 relativo a garantías fundamentales en cuyo párrafo tercero se menciona que los niños “recibirán una educación, incluida la educación religiosa o moral, conforme a los deseos de los padres o, a falta de éstos, de las personas que tengan la guarda de ellos.”

Previamente a la Declaración de derechos del niño de 1959, los convenios específicos sobre menores los hallamos en los ámbitos laboral y civil. En el ámbito laboral encontramos el Convenio relativo al examen médico de aptitud para el empleo de menores en la industria (Montreal, 9 de octubre de 1946) y el Convenio relativo al examen médico de aptitud para el empleo de menores en trabajos no

industriales (Montreal, 9 de octubre de 1946)²⁷⁴, ambos de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.)²⁷⁵. Estos Convenios fueron de los primeros textos jurídicos internacionales que se referían al “menor” en vez de al “niño”, término éste que aún estaba jurídicamente indefinido²⁷⁶.

El objetivo principal del texto fue la protección del menor en el entorno laboral a través del examen médico y un certificado de aptitud laboral. Pero el elemento del convenio que más interesa de cara a nuestro trabajo, es la determinación de la edad mínima requerida para trabajar en dieciocho años, aunque menores de dicha edad podían trabajar si eran declaradas aptas para un trabajo después de un examen médico²⁷⁷. Realmente ambos convenios no prohibían el trabajo de los menores, sino que condicionaban la legalidad del trabajo de menores de dieciocho años a una revisión médica. Dicha revisión, así como la vigilancia de la aplicación de los convenios, debía realizarse según los criterios y por la autoridad competente designada por la legislación nacional. Si a esta característica añadimos las peculiaridades socio-económicas de los distintos Estados miembros, la protección del menor trabajador realmente lo determinaba la legislación nacional,

²⁷⁴ España es Estado parte en ambos convenios desde el 5 de mayo de 1971.

²⁷⁵ Conviene hacer notar que la edad mínima de admisión al trabajo se había tratado también en convenios anteriores relativos a sectores laborales. Así, por ejemplo, el Convenio sobre la edad mínima en industria de 1919, revisado en 1937. Convenio sobre la edad mínima para trabajo marítimo de 1920. Convenio sobre la edad mínima para agricultura de 1921, y del mismo año, para el sector de pañoleros y fogoneros. Convenio sobre edad mínima para trabajos no industriales de 1932, revisado en 1937 y el Convenio sobre la edad mínima para pescadores en 1959.

²⁷⁶ La definición de “niño” en un texto jurídico de ámbito internacional la encontramos en la Convención sobre derechos del niño, artículo 1: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Por lo que se infiere, que a efectos de la Convención, “niño” es igual a “menor de edad”. Aunque esta cuestión terminológica ya ha sido tratada en otra parte de este trabajo, volveremos a retomarla más adelante cuando examinemos el ámbito de aplicación de la Convención de 1989.

²⁷⁷ Artículo 2 (relativo a trabajo en industria): “1. Las personas menores de dieciocho años no podrán ser admitidas al empleo en empresas industriales, a menos que después de un minucioso examen médico se las haya declarado aptas para el trabajo en que vayan a ser empleadas”. El convenio relativo a trabajos no industriales, también en el artículo 2, recoge casi literalmente el mismo texto.

con lo que quedaba patente el alto grado de discrecionalidad otorgado a los Estados en la aplicación de los convenios²⁷⁸.

Por otra parte, en el ámbito civil se enmarca el Convenio sobre la ley aplicable a obligaciones alimenticias respecto a menores (La Haya, 24 de octubre de 1956)²⁷⁹ y el Convenio sobre reconocimientos y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias con respecto a menores (La Haya, 15 de abril de 1958)²⁸⁰. Dos Convenios que surgieron en la Conferencia de la Haya de derecho Internacional Privado y que tratan las obligaciones alimenticias en dos áreas distintas: de un lado, la ley aplicable (derecho sustantivo) y de otro, el procedimiento para hacer efectivas las resoluciones sobre alimentos (normas de carácter procesal).

Como los convenios de ámbito laboral, la finalidad era proteger al menor. Conviene indicar que ambos convenios disponían la edad de veintiún años como límite de la minoría de edad a efectos de su aplicación²⁸¹. Asimismo, el artículo 1 de ambos Convenios establecía como requisitos además de tener menos de veintiún años, ser hijo legítimo, ilegítimo (aún existía la distinción) o adoptivo y no estar

²⁷⁸ Un ejemplo de las competencias otorgadas a los Estados miembros por los convenios es el artículo 8 (de ambos convenios): "1. Cuando el territorio de un Miembro comprenda vastas regiones en las que, a causa de la *diseminación de la población* o del estado de su *desarrollo económico*, la *autoridad competente estime impracticable aplicar las disposiciones del presente Convenio*, dicha autoridad podrá *exceptuar* a esas regiones de la aplicación del Convenio, de una manera general o con las excepciones que juzgue apropiadas respecto a ciertas empresas o determinados trabajos". Por otra parte, el convenio relativo al trabajo en industria recoge disposiciones especiales expresamente para la India (artículo 10), entre las que se recoge la rebaja de la edad mínima de dieciocho a dieciséis.

²⁷⁹ Firmado por España en 24 de octubre de 1956 y ratificado en marzo de 1974.

²⁸⁰ España firmó el Convenio el 18 de enero de 1973 y ratificó el 11 de septiembre del mismo año.

²⁸¹ Convenio de 24 de octubre de 1956 sobre la ley aplicable a obligaciones alimenticias respecto a menores, artículo 1, párrafo 4: "A los fines del presente Convenio, la palabra "menor" significa todo hijo legítimo, ilegítimo o adoptivo que no esté casado y tenga menos de 21 años cumplidos". Convenio de 15 de abril de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias con respecto a menores, artículo 1: "[...] decisiones dictadas e virtud de demandas de carácter interno o internacional relativas a reclamación de alimentos por un hijo legítimo, ilegítimo o adoptivo, que no esté casado y tenga menos de veintiún años cumplidos [...]".

casado²⁸². Recordemos que esta definición de "menor" era siempre a efectos del Convenio, ya que, como hemos expuesto antes, aún no se había definido dentro de la comunidad internacional un concepto general de "niño" ni de "menor".

Por otra parte, tras la firma de la Declaración de derechos del niño de 1959 se elaboraron otros documentos específicos de infancia relativos a los ámbitos civil y laboral además del ámbito penal, como novedad.

En el área laboral destaca el Convenio de la O.I.T. sobre la edad mínima de admisión al empleo, de 26 de junio de 1973²⁸³. Esta edad mínima según el artículo 2 "no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso, a quince años". Además, la edad mínima para emplear a menores en trabajos que por sus condiciones o naturaleza sean peligrosos para la salud, seguridad o la moralidad de los menores no deberá ser inferior a dieciocho años (art. 3). El Convenio de edad mínima de 1973 se caracteriza por su aplicación general a todos los sectores de trabajo, modificando todos los Convenios anteriores relativos a la edad mínima para los distintos empleos.

Dentro del ámbito civil citaremos la Convención de Naciones Unidas sobre el consentimiento matrimonial, la edad mínima para el matrimonio y el registro de los matrimonios de 1962 y la Recomendación con el mismo nombre de 1965. Ambos documentos enfatizan en la necesidad de evitar los matrimonios forzados o de conveniencia entre niños, así como aquellos que se realizan con niñas que aún no han alcanzado la pubertad²⁸⁴. Sobre la edad mínima no se especifica ninguna, sino que se refiere a la edad legal marcada por el derecho interno así como las causas de dispensa de la misma. No

²⁸² Dentro de los obligados a prestar alimentos, figura en primer lugar el cónyuge. Art. 1 del Convenio de 1956: "La ley de residencia habitual del menor determinará si éste puede reclamar alimentos, en qué medida y a quién." Por aplicación de éste artículo en España, el Código Civil regula los alimentos en sus artículos 142 a 153. En concreto, el artículo 144 establece el orden para proceder a la reclamación de alimentos, ocupando el primer lugar el cónyuge.

²⁸³ Con fecha 16 de mayo de 1977 para España.

²⁸⁴ Vid. Preámbulo *in fine*.

obstante, la Recomendación de 1965 sí aconseja que no se celebren matrimonios entre personas de menos de quince años de edad²⁸⁵.

Por otra parte, el Convenio sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores (La Haya, 5 de octubre de 1961) define en el artículo 12 el término “menor” a efectos del Convenio como “toda persona que tenga la calidad de tal, de acuerdo con la ley interna del Estado del que es nacional, o la ley interna del Estado de su residencia habitual”. Observamos cómo esta definición de menor se aproxima a la definición de la Convención de los derechos del niño en el artículo 1²⁸⁶.

Por otra parte, el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (La Haya, 25 de octubre de 1980) en el artículo 4 dispone la inaplicación del Convenio “cuando el menor alcance la edad de dieciséis años”.

Tanto en el Convenio de protección de menores de 1961 como en el de sustracción internacional de 1980 se pone de manifiesto una mayor concreción en la terminología empleada al delimitar el ámbito de aplicación del documento. Observamos en los textos internacionales una evolución que parte del empleo generalizado de la palabra “niño” hasta concretar el significado del término “menor”. Término que viene a precisar una edad, bien sea la relativa a la ley de la nacionalidad o de la residencia, o bien de una fijada por el documento.

No obstante, encontramos una excepción a esta línea en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional,²⁸⁷ sin obligatoriedad para los estados firmantes, en la

²⁸⁵ Principio II.

²⁸⁶ Artículo 1: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

²⁸⁷ Resolución 41/85 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 3 de diciembre de 1986.

que se utiliza el término “niño” en sentido general y sin asociarlo al de “menor”²⁸⁸.

El tratamiento específico de los derechos y la protección del menor²⁸⁹ se amplía al ámbito penal. Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores²⁹⁰, conocidas con Reglas de Pekín (Beijing), constituyen un hito en el tratamiento de la responsabilidad penal del menor por diversos motivos. Primero, diferencia al menor del trato común con los adultos con base en su proceso evolutivo²⁹¹. Segundo, porque se reconoce al menor como sujeto de especial protección y de derechos igualmente, lo que se refleja en una pormenorizada exposición de garantías y derechos (de la personalidad y procesales fundamentalmente). Tercero, porque se potencia que la sanción penal no sea meramente retributiva.

Además, a los efectos que nos ocupa, la Regla 2 establece una definición de menor en los siguientes términos: “Menor es todo *niño o joven* que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado con un delito en forma diferente a un adulto”. Se constata en esta definición el interés de la comunidad internacional de precisar los sujetos a los que va a ser de aplicación el documento, ya que el concepto de “menor” es una categoría amplia que incluye diversas etapas de la vida, a los niños y a los jóvenes, término este último que no suele aparecer en los textos vistos hasta entonces²⁹².

Podemos concluir que a partir de la utilización del término “menor” y su concreción en los documentos internacionales se garantizan los derechos del niño. A través de ello se determina el

²⁸⁸ Una posible explicación lo podemos hallar en la naturaleza declarativa del texto, sin obligatoriedad para los Estados, por lo que no existe la necesidad de concretar en términos jurídicos el ámbito de aplicación.

²⁸⁹ Optamos a partir de aquí por la utilización del término “menor” en vez de “niño” o “infancia” como lo hemos hecho hasta ahora, debido a los motivos aludidos anteriormente. *Vid. supra* capítulo I, 1.

²⁹⁰ Resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 28 de noviembre de 1985.

²⁹¹ La Regla 4, sobre la mayoría de edad penal recoge que “...su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual”.

²⁹² *Vid. supra* Capítulo I, 1.

ámbito de aplicación y consigue mayor seguridad jurídica que con el uso del término "niño". Término este último que se define jurídicamente en la Convención sobre los derechos del niño de 1989.

2.2. Instrumentos de ámbito regional europeo.

La protección y el reconocimiento de derechos específicos al menor en el ámbito europeo comienza a manifestarse, al igual que en el ámbito universal, por la preocupación de los niños tras conflictos bélicos. Así, una de las primeras resoluciones del Consejo de Europa es la Resolución (52)72 sobre protección de la infancia en caso de guerra, de 22 de diciembre de 1952. Otros documentos del Consejo de Europa relativos al ámbito penal y civil fundamentalmente, son la Resolución (66)25 sobre tratamiento de jóvenes delincuentes menores de 21 años, de 20 de abril de 1966, la Recomendación 561 (1969) relativa a la protección de los menores contra los malos tratos, 30 de septiembre de 1969, Resolución (72)29 sobre la reducción de la edad relativa a la plena capacidad jurídica (de obrar), 19 de septiembre de 1972 y Resolución (77)33 sobre el acogimiento de los niños, 3 de noviembre de 1977.

De los documentos del Consejo de Europa señalamos dos recomendaciones. La Recomendación 683 de 1972 sobre acciones a tomar en las conclusiones de la Conferencia Parlamentaria sobre derecho humanos, que apunta sobre dos cuestiones que afectan al objeto de nuestro trabajo. De un lado, el documento destaca la acción respecto a las personas que deben ser protegidas de dar mayor protección a los derechos del niño, y por otro lado, respecto de los derechos humanos que deberían ser protegidos, se refiere al derecho a la objeción de conciencia. Muy importante, por su mayor concreción, es la Recomendación 874(1979) de 4 de octubre de 1979 relativa a la conveniencia de una Carta Europea de derechos de la infancia, coincidente en fecha con la celebración del Año Internacional del niño y con el proyecto presentado por Polonia a las Naciones Unidas sobre una Convención de derechos del niño con fecha 5 de octubre.

Al igual que en el plano universal, en el ámbito europeo se elaboraron textos relativos a derechos humanos, que evidentemente también se aplican a la infancia. El Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales

(Roma, 4 de noviembre de 1950) constituye derecho alegable en el ámbito regional europeo ante el Tribunal Europeo de derechos humanos. Los artículos del Convenio de Roma que hacen mención expresa a la infancia son el 5.1, relativo al derecho a la libertad y a la seguridad y al procedimiento relativo al internamiento de menores, y el 6.1 referente a la restricción de la publicidad de los procesos con base en el interés del menor²⁹³.

Asimismo, la Carta Social Europea (Turín, 18 de octubre de 1961)²⁹⁴ es un documento emanado del Consejo de Europa cuyo contenido general es aplicable a los menores, siendo nombrados específicamente en el artículo 7, relativo al derecho de protección de niños y adolescentes, centrándose en el ámbito laboral²⁹⁵, artículo 9,

²⁹³ Artículo 5.1: "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley: ... d) Si se trata del *internamiento de un menor*, en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente."

Artículo 6.1: "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable...La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público...en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los *intereses de los menores*... así lo exijan."

²⁹⁴ Carta Social Europea revisada (3 de mayo de 1997).

²⁹⁵ Artículo 7: "Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a protección de los niños y adolescentes, las partes contratantes se comprometen: 1. A fijar en quince años la edad mínima de admisión al trabajo, sin perjuicio de excepciones para los niños empleados en determinados trabajos ligeros que no pongan en peligro su salud, moralidad o educación. 2. A fijar una edad mínima más elevada para la admisión al trabajo en ciertas ocupaciones consideradas peligrosas e insalubres. 3. A prohibir que los niños en edad escolar obligatoria sean empleados en trabajos que les priven del pleno beneficio de su educación. 4. A limitar la jornada laboral de los trabajadores menores de dieciséis años para adecuarla a las exigencias de su desarrollo y, en particular, a las necesidades de su formación profesional. 5. A reconocer el derecho de los menores y los aprendices a un salario equitativo o, en su caso, otra retribución adecuada. 6. A disponer que las horas que los menores dediquen a su formación profesional durante la jornada normal de trabajo con el consentimiento del empleador se considere que forman parte de dicha jornada. 7. A fijar una duración mínima de tres semanas para las vacaciones pagadas de los trabajadores menores de dieciocho años. 8. A prohibir el trabajo nocturno a los trabajadores menores de dieciocho años, excepto en ciertos empleos determinados por las leyes o reglamentos nacionales. 9. A disponer que los

sobre derecho a la orientación profesional, incluidos los niños en edad escolar²⁹⁶ y artículo 17, relativo a la protección social y económica de las madres y los niños²⁹⁷.

Otro documento generado en el ámbito europeo es el Convenio Europeo sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia, del Consejo de Europa (Luxemburgo, 20 de mayo de 1980). El artículo 1 del Convenio define como menor, a efectos de esta Convención, a la persona con edad inferior a dieciséis años. Es decir, la misma edad que el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (La Haya, 25 de octubre de 1980) y de aplicación universal. Asimismo, el Parlamento Europeo ha emitido resoluciones sobre malos tratos infligidos a niños de 1985²⁹⁸, sobre una Carta Europea de los niños hospitalizados de 1986²⁹⁹ y la resolución sobre el trabajo de los menores de 1987³⁰⁰.

Por otra parte, señalamos que la Comisión de derechos humanos también se refirió en la Recomendación 1987/48 a la cuestión de una Convención sobre los derechos del niño, y en la Recomendación 1989/58, aunque no trata específicamente sobre menores, los puntos 3

trabajadores menores de dieciocho años ocupados en ciertos empleos determinados por las leyes o reglamentos nacionales sean sometidos a un control médico regular. 10. A proporcionar una protección especial contra los peligros físicos y morales a los que estén expuestos los niños y los adolescentes, especialmente contra aquellos que, directa o indirectamente, deriven de su trabajo”.

²⁹⁶ Artículo 9: “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la orientación profesional, las partes contratantes se comprometen a establecer o facilitar, según se requiera, un servicio que ayude a todas las personas, incluso los minusválidos, a resolver los problemas que plantea la elección de una profesión o la promoción profesional, teniendo en cuenta las características del interesado y su relación con las posibilidades del mercado de empleo; esta ayuda deberá ser prestada gratuitamente tanto a los jóvenes, incluidos los niños edad escolar, como a los adultos”.

²⁹⁷ Artículo 17: “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las madres y los niños a una protección social y económica, las partes contratantes adoptarán cuantas medidas fueren necesarias y adecuadas a ese fin, incluyendo la creación o mantenimiento de instituciones o servicios apropiados”.

²⁹⁸ D.O.C.E., Doc. A 2-175/85, 17 de enero de 1986.

²⁹⁹ D.O.C.E., Doc. C 148/37 de 16 de junio de 1986.

³⁰⁰ D.O.C.E., Doc A 2-76/87, 16 de junio de 1987.

y 4 de la misma expresan el ejercicio por parte de los jóvenes de todos sus derechos humanos³⁰¹.

Posteriormente a la Convención sobre derechos del niño de 1989, el Parlamento Europeo emitió una serie de resoluciones que trataban de instar a los Estados a tomar medidas tendentes a mejorar la situación de la infancia. En esta línea van la Resolución instando a los estados a ratificar cuanto antes la convención y recomendando la elaboración de una carta europea de derechos del niño en la línea del texto de 1989³⁰², la Resolución sobre los problemas de los niños en la Comunidad Europea³⁰³ y, con relación al tema de nuestro estudio, la Resolución sobre una Carta Europea de derechos del niño³⁰⁴. En el punto 8 de esta última, el Parlamento pide a la Comisión la redacción de una Carta de derechos del niño que contenga una serie de principios mínimos. Dentro de estos principios destacamos como más significativos para nuestro estudio en cuanto referencias a la libertad religiosa del menor:

- Principio 8.21: “Todo niño tiene derecho a la objeción de conciencia, de acuerdo con las legislaciones en vigor de los estados miembros”.

- Principio 8.25: “Todo niño tiene derecho a la libertad de conciencia, de pensamiento y de religión, sin perjuicio de las responsabilidades que las legislaciones nacionales reserven a estos ámbitos a los padres o personas encargadas del mismo”.

- Principio 8.26: “Con el fin de proteger a los menores, conviene un control más estricto de las actividades de las sectas o nuevos movimientos religiosos...”

³⁰¹ Observamos que esta recomendación va más allá del reconocimiento expreso de los derechos y se refiere a su ejercicio. *Vid. infra* capítulo III. No obstante, se menciona a los “jóvenes” lo cual, ateniéndonos a la interpretación literal del vocablo, no se refiere expresamente a aquellos menores que, por ser de menos edad, no pueden ser considerados “jóvenes”. *Vid. supra* capítulo I, 1.

³⁰² D.O.C.E., Doc. B 3-14436/90, 12 de julio de 1990.

³⁰³ D.O.C.E., Doc A 3-314/91, 13 de diciembre de 1991.

³⁰⁴ D.O.C.E., Doc. A 3-0172/92, 8 de julio de 1992.

- Principio 8.27: "Todo niño tiene derecho a gozar de su propia cultura, a practicar su propia religión o creencias..."³⁰⁵.

Finalmente, debemos citar dos normas importantes para el derecho del menor.

De un lado, el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños (Estrasburgo, 25 de enero de 1996). Convenio relativo a los derechos de los niños en los procedimientos de familia, aplicable a menores de dieciocho años, según el artículo 1, y del que destacamos el capítulo II que trata, en una sección específica, sobre los derechos procesales del niño.

De otro lado, la Carta Europea de derechos Fundamentales³⁰⁶, documento de aplicación general, que regula expresamente aspectos importantes sobre menores. El artículo 21 sobre no discriminación recoge expresamente por primera vez en un texto de estas características, la no discriminación por razón de edad³⁰⁷. También el artículo 24 llamado de los derechos del menor, recoge los principios de protección y de interés del menor, así como el derecho de audiencia en todo aquello que le afecte³⁰⁸. Por último, el artículo 32 prohíbe expresamente el trabajo infantil por debajo de la edad de escolarización obligatoria³⁰⁹.

³⁰⁵ Vid. *infra* capítulo IV, 2.1 B).

³⁰⁶ D.O.C.E. Doc. C 364/01, 18 de diciembre de 2000.

³⁰⁷ Artículo 21: "1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, *edad* u orientación sexual".

³⁰⁸ Artículo 24: "1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. 2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial. 3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses".

³⁰⁹ Artículo 32: "Se prohíbe el trabajo infantil. La edad mínima de admisión al trabajo no podrá ser inferior a la edad en que concluye la escolaridad obligatoria, sin perjuicio de disposiciones más favorables para los jóvenes y salvo excepciones limitadas. Los jóvenes admitidos a trabajar deben disponer de condiciones de trabajo

adaptadas a su edad y estar protegidos contra la explotación económica o contra cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación”.

La libertad de pensamiento y creencias de los menores de edad
Belén Rodrigo Lara

Capítulo III. TRATAMIENTO DE LA MINORÍA DE EDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL.

1. EL MENOR COMO SUJETO DE DERECHOS Y LIBERTADES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

Como es sabido, la minoría de edad no es sinónimo de falta de capacidad para ser titular de derechos. Por otro lado, el Código civil en el artículo 322³¹⁰ establece que el mayor de edad tiene plena capacidad para ejercer derechos y asumir obligaciones, salvo las excepciones establecidas por el ordenamiento que con limitaciones restringe la capacidad de obrar del mayor de edad³¹¹. Por tanto, la edad legal de los dieciocho años implica la capacidad de obrar *plena*, distinguiéndose de la capacidad jurídica que viene determinada por el nacimiento de la persona y que concluye con su muerte³¹².

Por esta razón, en el tratamiento jurídico de la minoría de edad conviene recordar brevemente la distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar³¹³.

La capacidad jurídica³¹⁴ es la aptitud de la persona para ser sujeto de derechos y obligaciones. El artículo 29 del C.C. establece que el nacimiento determina la personalidad, por lo que un menor de edad tiene capacidad jurídica desde el momento en que nace³¹⁵, y por tanto,

³¹⁰ “El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este código”.

³¹¹ Sobre el proceso de incapacitación de las personas *vid.* artículos 756 a 763 de la L.E.C.

³¹² Artículos 29 y 32 del C.C.

³¹³ Esta distinción no la encontramos en los sistemas jurídicos de *common law*, sino que existe la *legal capacity* en la que se distingue una capacidad pasiva (*to acquire rights*) y una capacidad activa (*to act*).

³¹⁴ *Vid.* Albaladejo (2002), pp. 228-233, Lete del Río (2000), pp. 40-49, De Castro (1952), pp. 40-57, Díez-Picazo-Gullón (2003), pp. 213-214.

³¹⁵ Nos ceñimos a la interpretación literal del texto del Código civil en cuanto al momento en que comienza la personalidad jurídica. Por lo que no vamos a tratar otras cuestiones que se ha suscitado en la doctrina sobre la consideración del concebido. No obstante, nos referimos a las expresiones que recogen dos

es titular de derechos entre los que encontramos el derecho de libertad religiosa. Distinguimos así la titularidad de derechos de la capacidad de obrar plena que se adquiere con la mayoría de edad. Así, la diferencia entre mayor y menor de edad no está en la capacidad para ser titular de derechos (capacidad jurídica) sino en la capacidad de obrar. El mayor de edad, por norma general, tiene capacidad jurídica y capacidad de obrar, es decir, es titular de un derecho que puede ejercer por sí mismo, en cambio, el menor aunque sea titular de derechos está limitado para ejercerlos debido a su minoría de edad (estado civil) y al grado de madurez (capacidad natural)³¹⁶.

En consecuencia, el menor al tener capacidad jurídica es titular de derechos (derechos de la personalidad) y, asimismo, es posible que sea titular de derechos patrimoniales, como por ejemplo cuando es heredero de una casa, de una empresa familiar o propietario de un inmueble.

Asimismo, nuestro ordenamiento jurídico regula el estado de la emancipación (o la figura del beneficio de la mayor edad, si se trata de menores sometidos a tutela), que es una figura legal distinta de la mayoría de edad, pero que confiere al menor ciertas capacidades en la esfera jurídica.

La emancipación se regula en los artículos 314 a 324 del Código civil. Se trata de una figura legal que se alcanza, por una parte, con la mayoría de edad y, por otra parte, en tres supuestos: concesión por los padres, concesión judicial y matrimonio del menor. Son requisitos para la concesión por los padres que el menor tenga cumplidos los dieciséis años y viva independientemente con el consentimiento de

interpretaciones sobre ello, *Infans pro nato habetur quoties de commodis eius agitur* e *Infans pars viscerum matris*. La primera considera nacido al niño para aquello que le sea favorable en derecho y la segunda que estima al niño concebido como parte del cuerpo de su madre y no como un ser independiente. No obstante, autores como Dekeuwer-Défossez (1993) no consideran esta dos sentencias contradictorias sino que se aplican en ámbitos distintos. La primera se aplica en el marco del derecho civil y penal, mientras que la segunda es la aplicación de la norma del derecho que establece el comienzo de la personalidad con el nacimiento, siendo el *nasciturus* no una persona a efectos jurídicos sino lo que podemos llamar un “embrión de la personalidad”, p. 10. Sobre este tema también *vid.* Albaladejo (1997), Bellver Capella (1997) y Alston (1989).

³¹⁶ *Vid. infra* capítulo III, 3.

éstos. En cambio, la emancipación por vía judicial requiere que lo solicite el menor con dieciséis años, haya una previa audiencia de los padres y se alegue una de estas causas recogidas en el artículo 320 del C.C...: 1ª cuando el que ejerce la patria potestad contraiga nuevas nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta al otro progenitor, 2ª cuando los padres vivieren separados y 3ª cuando concorra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad.

A partir de la emancipación se habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor y comparecer por sí mismo en juicio. Pero hasta que no llegue a la mayoría, no podrá tomar dinero a préstamo ni enajenar o gravar bienes inmuebles, mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin la autorización de los padres o del curador. En el supuesto de emancipación por matrimonio del menor, podrá enajenar o gravar los bienes comunes antes referidos si el otro cónyuge es mayor de edad con el consentimiento de ambos. Pero si los dos, son menores de edad se necesitará también el de los padres o curadores.

A pesar de que la emancipación es una figura jurídica muy importante en la capacidad del menor, no vamos a detenernos en ella; sólo indicaremos que la capacidad de obrar no es solamente predicable de la mayoría de edad, y que la minoría de edad no implica *per se* la incapacidad de obrar³¹⁷.

Por otra parte, ha sido en las últimas décadas, sobre todo a partir de la Convención sobre los derechos del niño de 1989, cuando los ordenamientos jurídicos, incluido el español, han regulado prolíficamente la minoría de edad, potenciando la figura del menor como sujeto de derechos. No obstante, el gran número de normas relativas al menor se muestra disperso al enmarcarse en las áreas jurídicas civil, penal, laboral, etc., a las que hace referencia. De ahí que dediquemos un apartado en este capítulo a la regulación de los menores en las distintas ramas jurídicas con el objeto, no sólo de precisar la consideración del menor por parte de nuestro ordenamiento como sujeto de derechos, sino también como base para interpretar la

³¹⁷ Pérez de Castro (1988), Díez-Picazo y Gullón (2003), pp. 232-235, Castán (1995), pp. 341-347, Serrano Molina (2002), pp. 170-174.

capacidad de obrar del menor de acuerdo a las distintas ramas del ordenamiento jurídico.

1.1. Legislación estatal sobre menores de edad: La Constitución española de 1978, la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor y la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero de responsabilidad penal de los menores.

La Constitución española de 1978 contempla expresamente en varios artículos la infancia. Pero, en ninguno de ellos se refiere al "menor de edad", sino que utiliza los términos de "infancia", "niño" y "juventud". La Constitución no utiliza una terminología definida en el sentido de fijar una edad en la que aplicar estos artículos³¹⁸. Por tanto, debemos interpretarlos según lo expresado en los documentos internacionales y el resto de normas del ordenamiento jurídico, es decir, se considera "niño" toda persona menor de dieciocho años, coincidiendo con nuestra mayoría de edad³¹⁹.

En cambio los términos de infancia y juventud no se encuentran en las normas de forma definida. Evidentemente, la etapa de la infancia se incluye en la minoría de edad, mientras que la juventud puede rebasar ésta³²⁰.

La Constitución de 1978 en el artículo 20, relativo al derecho de libertad de expresión, el derecho a la información y la libertad de cátedra, establece como límites el respeto a los derechos fundamentales y la protección de la juventud y de la infancia³²¹. En el capítulo III relativo a los principios rectores de la política social y económica, el artículo 39 establece que "2. Los poderes públicos aseguran...la *protección integral de los hijos*, iguales éstos ante la ley

³¹⁸ Vid. *supra* capítulo I, 1. "Aclaraciones terminológicas".

³¹⁹ Ramos Chaparro (1995b).

³²⁰ Vid. *supra* capítulo I, 1. En el ámbito autonómico, la Ley 8/1995 catalana establece en el artículo 2 que "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", igualmente se establece esta definición en el artículo 2 de la Ley 6/1995 de la Comunidad de Madrid.

³²¹ 20.4 CE: "Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia."

con independencia de su filiación...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 los que legalmente proceda. 4. Los *niños* gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos"³²².

Como podemos observar, el objetivo de estos artículos es la protección de los menores. No obstante, el artículo 48 de la Constitución se refiere al derecho de participación de los jóvenes, entre los que podemos incluir a un sector de los menores de edad. Artículo que, a diferencia de los anteriores, señala la capacidad del menor (joven) como sujeto activo y no tanto como sujeto de protección. Sin embargo, el pilar básico sobre el que se asientan los artículos constitucionales es la protección del menor.

Por otra parte, no podemos olvidar que todo el capítulo primero del título I, relativo a los derechos fundamentales se aplica también a los menores de edad, aunque no los mencione expresamente. Asimismo, el artículo 10.2 considera que todas las normas referidas a derechos fundamentales deberán interpretarse conforme a la Declaración de derechos humanos y otros documentos sobre la materia ratificados por España. A este respecto, hay que señalar que la Convención sobre los derechos del niño de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, es un documento relativo a derechos humanos, por lo que, además de formar parte de nuestro ordenamiento jurídico, debe ser marco interpretativo de los derechos aplicables a los menores que afecten a sus derechos fundamentales.

Además, naturalmente, de las referencias constitucionales y de la Convención sobre derechos del niño de 1989, el estatuto jurídico del

³²² Las cursivas en el texto son nuestras.

menor en España³²³ se encuentra determinado por la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor³²⁴.

El proceso legislativo que culminó en esta ley dista mucho del proyecto inicial presentado, ya que éste tenía como objetivo la reforma del Código civil en materia de adopción y protección de menores (guarda y tutela).

En definitiva, se aprovechó un proyecto relacionado con menores para realizar una ley general sobre los mismos que abarcara también sus derechos, como una forma de recoger la Convención sobre los derechos del niño en una norma del ámbito estatal y desarrollar el artículo 39 de la Constitución³²⁵. Un amplio sector de la doctrina³²⁶ critica la forma en la que se elaboró la ley así como la sistemática y contenido final de la misma y consideran que el objetivo de desarrollar el artículo 39 y la CDN no se consigue plenamente.

Los "derechos del menor" se recogen por la LOPJM en el título II (artículos 4 al 9) y aunque se enuncian como los "derechos del menor" sólo se halla una parte de los mismos, entre los que se encuentra el derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión (artículo 6).

La doctrina ha interpretado esta regulación "parcial" de los derechos del menor de diversas formas. Por una parte, un sector de la

³²³ Previamente a esta ley y a la Convención, en España se elaboró un proyecto de Estatuto del Menor en abril de 1978 durante el Seminario sobre protección integral de la infancia. *vid. Estatuto del menor : documento de trabajo*, publicado por el Ministerio de Cultura.

³²⁴ Estudios doctrinales sobre la ley pueden encontrarse en Gullón Ballesteros (1997), Alonso Pérez (1997), Sabater Boyle (1996), Rivera Fernández (1996), Linacero (1999) y (2001), Nuñez Muñiz (1996), Pantoja (1997).

³²⁵ Artículo 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, cualesquiera 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."

³²⁶ Gullón Ballesteros (1996), Alonso Pérez (1997), Rivera Fernández (1996), Linacero (2001).

doctrina³²⁷ considera que se debe a una técnica de aprovechamiento un tanto tosca de introducir los derechos del niño, en una ley que en principio iba encaminada a reformar la adopción y medidas de protección de menores. Además, esta parte de la doctrina no sólo considera que este título sea una suerte de añadido postizo, sino que con el artículo 3, referente a que “los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de derechos del niño...” es suficiente para referirse a los derechos del menor, por lo que la subsiguiente mención no deja de ser repetitiva, además de incompleta.

Por otra parte, otro sector de la doctrina³²⁸ considera este enunciado de derechos como una categoría suprema en el marco de los derechos del menor, a modo de derechos esenciales. Por lo que el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, el derecho a la información, el derecho a la libertad religiosa, el derecho de participación, reunión y asociación, el derecho a la libertad de expresión y el derecho a ser oído gozarían de un status superior dentro de los derechos del niño. Además, estos autores consideran que la voluntad del legislador de destacar estos derechos se refleja en la Exposición de Motivos de la Ley con ideas que reafirman los derechos de participación del menor y la necesidad de ser oídos en todo aquello que les afecte.

Por nuestra parte, somos de la opinión de la doctrina crítica con la técnica legislativa utilizada para recoger los derechos del niño. Sería deseable como propone Linacero, establecer un marco jurídico de protección del menor a través de una ley específica completa y rigurosa, cuya técnica jurídica excedería del ámbito de derecho privado³²⁹.

Finalmente, la doctrina se ha planteado la cuestión de la aplicabilidad de la Ley Orgánica 1/1996 a los menores emancipados o a los que adquieran el beneficio de la mayoría de edad. La controversia se centra en que si aquéllos se equiparan a los que han cumplido los dieciocho años, no estarían dentro del ámbito de

³²⁷ *Vid.* nota anterior.

³²⁸ Martinell (2001), p.85, Álvarez Vélez y Alcón Yustas (2002), pp. 81-82.

³²⁹ Linacero (2001), p. 148.

aplicación de la ley³³⁰. Nosotros compartimos la opinión de quienes sostienen que la emancipación y el beneficio de la mayor edad no deja de considerar al sujeto del mismo un “menor”. En este sentido, Alonso Pérez³³¹ afirma que “el menor emancipado es un menor que *amplía su capacidad hasta aproximarse al mayor de edad*”³³², se trata de un “estado civil de la persona menor de edad específico ... las ventajas o beneficios que esta ley dispensa a los menores de edad se extienden a los emancipados en la medida en que su capacidad ... no les coloque en el ámbito de la mayoría de edad, v.gr., a ellos no les afecta las limitaciones que tienen los menores en general para otorgar capitulaciones matrimoniales o hacer donaciones *propter nuptias* (arts. 1329 y 1338 C.C.), pues el menor emancipado es hábil para contraer matrimonio (art. 46.1º C.C.)”.

Por otro lado, el ámbito jurídico penal ha sido objeto de una importante reforma en cuanto a menores de edad en los últimos años. El primer cambio significativo fue la modificación de la mayoría de edad penal, incrementando la edad de dieciséis años del antiguo Código penal a los dieciocho que recoge el artículo 19 del Código penal de 1995³³³.

Además del incremento de la mayoría de edad penal, se establece un régimen especial para los menores que cometan un hecho delictivo que no se recoge en el Código penal, sino en una ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores, tal y como prevé el artículo 19 del Código³³⁴.

Dicha previsión legislativa se materializó cinco años después, por Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero de Responsabilidad Penal de los

³³⁰ Varela García (1997) concluye que “por tanto, quedan fuera del ámbito de aplicación de la ley los mayores de dieciocho años y los menores de dicha edad que, en virtud de la ley personal que le sea aplicable haya alcanzado con antelación la mayoría de edad o se encuentren en una situación jurídica asimilable a ella supuestos de emancipación en sus diversas formas”. p. 61.

³³¹ Alonso Pérez (1997), p. 39-40.

³³² la cursiva en el texto es nuestra.

³³³ Artículo 19 " Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código...".

³³⁴ Artículo 19: "...Cuando un menor de dicha edad (*dieciocho años*) cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor".

Menores³³⁵, modificada por las Leyes Orgánicas 7/2000³³⁶ y 9/2000³³⁷.

La Ley Orgánica 5/2000 establece el ámbito de aplicación a los mayores de catorce años y menores de dieciocho, así como a los mayores de dieciocho y menores de veintiuno, según las circunstancias del artículo 4 de esta ley³³⁸. Asimismo el artículo 3 prevé que cuando el autor del hecho delictivo sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad criminal sino que se aplicarán las medidas protectoras previstas en el Código civil y demás

³³⁵ Vid. estudios específicos sobre la LORPM Ríos Martín (2001), Garrido Genovés (2001), Herrero (2001), Bueno Arús (2001), Etxebarria (2001), también vid. infra capítulo III, 4.2. y a la bibliografía allí citada. Por otra parte, para una mayor información relativa a la aplicabilidad de la Ley remitimos al informe de Defensor del Pueblo (2003b) sobre el primer año de vigencia de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de Menores. En dicho documento, además de datos estadísticos, se encuentran los informes emitidos por las Comunidades Autónomas relativos a la puesta en funcionamiento de la Ley y los recursos, así como las distintas recomendaciones emitidas por el Defensor del Pueblo a diferentes instituciones y administraciones.

³³⁶ Ley 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en relación con los delitos de terrorismo.

³³⁷ Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

³³⁸ Artículo 1: "1. Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código penal o las leyes penales especiales. 2. También se aplicará lo dispuesto en esta Ley para los menores a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, en los términos establecidos en el artículo 4 de la misma...". Artículo 4: "...Serán condiciones necesarias para la aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior (*mayores de dieciocho y menores de veintiuno*) las siguientes: 1º Que el imputado hubiere cometido una falta, o un delito menos grave sin violencia o intimidación en las personas ni grave peligro para la vida o la integridad física de las mismas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. 2º Que no haya sido condenado en sentencia firme por hechos delictivos cometidos una vez cumplidos los dieciocho años. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos o faltas imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o que debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 del Código Penal. 3º Que las circunstancias personales del imputado y *su grado de madurez* aconsejen la aplicación de la presente Ley, especialmente cuando así lo haya recomendado el equipo técnico en su informe." La cursiva en el texto del artículo es nuestra.

disposiciones así como la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor.

Como podemos observar, la ley se cuida de fijar una variada gradación de edades para determinar el ámbito de aplicación de la Ley. Esto, así como el hecho de crear una regulación penal específica para menores, responde a una serie de motivos. En primer lugar, porque era necesario para nuestro ordenamiento crear una normativa acorde con la regulación internacional, concretamente con el artículo 40 de la Convención sobre los derechos del niño³³⁹ y las Reglas de Pekín (Beijing) de 28 de noviembre de 1985 sobre Administración de Justicia a Menores³⁴⁰. A esto se añadió la declaración de inconstitucionalidad del artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 11 de junio de 1948³⁴¹ y la aprobación de la Ley Orgánica 4/1992 sobre medidas aplicables a delincuentes menores, la cual se regía por el principio del interés superior del menor considerando “menores” a los que tuvieran entre doce y dieciséis años³⁴².

En segundo lugar, el Código penal aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, fija en el artículo 19 la mayoría de edad penal en dieciocho años y remite a una regulación expresa para los menores de dicha edad que hayan cometido hechos delictivos. Ley Orgánica 5/2000 de responsabilidad penal de los menores orientada no a la función meramente represiva, sino a establecer medidas preventivas y educativas con la finalidad de reinsertar al infractor, teniendo como referente el superior interés del menor³⁴³.

³³⁹ Artículo 40: " 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad..."

³⁴⁰ Resolución 40/33 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

³⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991 de 14 de febrero.

³⁴² Recordemos que con dieciséis años ya se era mayor de edad penal, y se aplicaba el Código Penal como a cualquier adulto.

³⁴³ En este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional, cinco años antes, en sentencia 17 de marzo de 1995 que resolvía cuestión de inconstitucionalidad contra algunos artículos de la L.O. 4/1992 de 5 de junio sobre

1.2. Legislaciones de las Comunidades Autónomas referentes a los menores de edad³⁴⁴.

Las Comunidades Autónomas tienen capacidad para emitir normas en lo que respecta a menores. Competencia que se infiere del

reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores. La sentencia afirmaba que “las medidas no pueden poseer un mero carácter represivo, sino que han de dictarse en exclusivo interés del menor y estar orientadas a su efectiva reinserción...”.

³⁴⁴ Prácticamente la totalidad de las Comunidades Autónomas han creado leyes relativas a la infancia, salvo Castilla León, Navarra y País Vasco. Aunque sí hallamos regulación específica con rango de Decreto en Castilla y León y Navarra, y mención a menores en la ley de servicios sociales en el País Vasco y Navarra.

Asturias, ley 1/1995 de 27 de enero de protección de menores (BOE núm. 94, de 20 de abril). Ceuta y Melilla, Decreto 416/1996 de 1 de marzo, por el que se crean comisiones de atención a la infancia de las ciudades de Ceuta y Melilla. Andalucía, ley 1/1998 de 20 de abril de los derechos y la Atención al menor (BOE núm. 150, de 24 de junio). Decreto 282/2002 de 12 de noviembre de Acogimiento familiar y adopción (BOJA núm. 135, de 19 de noviembre de 2002). Aragón, ley 12/2001 de 2 de julio de la infancia y la adolescencia (BOE núm. 189 de 8 de agosto). Canarias, ley 1/1997, de 7 de febrero de atención integral de los menores (BOE núm. 63, de 7 de febrero). Cantabria, Ley 7/1999 de 28 de abril, de protección de la infancia y la adolescencia (BOE núm. 127, de 28 de mayo). Castilla la Mancha, ley 3/1999 de 31 de marzo del menor (BOE núm. 124 de 25 de mayo). Castilla y León, Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León (BOCyL núm. 145, de 29 de julio). Decreto 57/1988 de 7 de abril por el que se dictan normas de protección de menores (BOCyL núm. 248, de 24 de diciembre). Cataluña, Ley 8/1995 de 27 de julio de atención y protección de los niños y adolescentes y de modificación de la ley 37/1991 de 30 de diciembre sobre medidas de protección de menores desamparados y de la adopción (BOE núm. 207 de 30 de agosto). Extremadura, ley 4/1994 de 10 de noviembre de protección y atención de menores (BOE núm. 309, de 27 de diciembre). Galicia, Ley 3/1997 de 9 de junio, de la familia, la infancia y la adolescencia (BOE núm. 165, de 11 de junio). Islas Baleares, ley 7/1995 de 21 de marzo de guarda y protección de los menores desamparados (BOE núm. 43 de 8 de abril). La Rioja, ley 4/1998 de 18 de marzo, del menor (BOE núm. 79, de 2 de abril). Comunidad de Madrid: Ley 6/1995 de 28 de marzo de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia (BOE núm. 183, de 2 de agosto) y Ley 8/2002 de 27 de noviembre, de Juventud de la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 289, de 5 de diciembre). Murcia, Ley 31/1995, de 21 de marzo de la infancia (BOE núm. 131, de 2 de junio). Comunidad Foral de Navarra, Ley Foral 14/1983, sobre servicios sociales (BOE núm. 148, de 22 de junio). Decreto Foral 90/1986 de 25 de marzo sobre adopciones, acogimiento familiar y atención a menores (BON, núm. 44, de 7 de abril). País Vasco, Ley 6/1982, de 20 de mayo, de servicios sociales (BOE, núm. 218, de 12 de noviembre). Comunidad Valenciana, Ley 7/1994 de 5 de diciembre, de la infancia (BOE núm. 21, de 25 de enero).

artículo 148.1.20 de la Constitución al establecer que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en asistencia social.

Básicamente, estas normas regulan los distintos procedimientos de protección del menor, como la situación de desamparo, la guarda, la tutela y la adopción, por lo que no vamos a tratar pormenorizadamente esta normativa ya que el núcleo temático de la misma en la mayoría de las ocasiones excede del tema objeto de nuestro estudio. No obstante, la mayoría de ellas establecen artículos que recogen con distintas fórmulas los derechos del menor, la definición del sujeto al que se aplica la ley y algunas de ellas se refieren a la capacidad del menor³⁴⁵.

En lo que respecta a la aparición de los derechos del menor en las legislaciones autonómicas, hay que precisar que el desarrollo de los derechos fundamentales se debe hacer mediante Ley Orgánica según establece el artículo 81.1 de la Constitución. Por lo que la inclusión de catálogos de derechos del menor que aparecen en algunas leyes autonómicas debe interpretarse como “reproducción” de los derechos establecidos en la LOPJM. Esta interpretación es recogida por Álvarez Vélez al afirmar que “estas leyes pueden “reproducir” los derechos reconocidos al menor en la LOPJM, pero ni limitar éstos, ni ampliarlos³⁴⁶. Asimismo, aunque las leyes autonómicas de infancia no pueden limitar ni ampliar los derechos incluidos en la LOPJM y se considere una reproducción de ésta, también pueden mencionar otros que, aunque no los recoja la LOPJM, sí aparezcan en la CDN y en la Constitución.

En conclusión, la legislación de las Comunidades Autónomas en materia de derechos de menores tiene como objeto primordial promocionar los mismos, lo cual se realiza atendiendo a diversas fórmulas, o haciendo una relación de derechos (con los comentarios realizados más arriba) o remitiendo a las normas “marco” sobre derechos de los menores, La Constitución, la CDN y la LOPJM.

³⁴⁵ La referencia al derecho de libertad religiosa lo estudiaremos más adelante, *vid. infra* capítulo IV.

³⁴⁶ Esta interpretación es recogida por Álvarez Vélez (2003), p. 154. La autora afirma que “estas leyes pueden “reproducir” los derechos reconocidos al menor en la LOPJM, pero ni limitar éstos, ni ampliarlos.

En mi opinión, esta última es la fórmula más adecuada para englobar todos los derechos sin margen a interpretaciones limitativas y claramente contrarias a derecho, como por ejemplo, otorgar más rango a un derecho simplemente porque aparezca en la ley autonómica o establecer distintos derechos o contenidos de los mismos según la Comunidad Autónoma en la que se resida. Por este motivo interpretamos que tanto una fórmula como la otra deben interpretarse como una “reproducción” de los derechos de los menores establecidos en la CE, la CDN y la LOPJM a efectos de promoción de los mismos.

Vamos a concretar tres aspectos de la normativa autonómica. Primero, el ámbito de aplicación personal, para observar las distintas formas de determinar la minoría de edad, bien por remisión a la CDN o estableciendo diversas franjas de edad. Segundo, el papel otorgado al “interés del menor” y tercero, la referencia a los derechos del menor y sus distintas fórmulas.

En primer lugar, el ámbito de aplicación personal se define en la mayoría de las normas autonómicas de manera similar a cómo se realiza por el artículo 1 de la Convención sobre los derechos del niño. Leyes que recogen casi textualmente este artículo son la ley 1/1997 de Canarias, artículo 2³⁴⁷, Ley 3/1999 de Castilla la Mancha, artículo 2³⁴⁸ y más claramente, el artículo 8 de la ley 5/1995 de solidaridad de Castilla la Mancha que incluso hace una referencia explícita a la Convención³⁴⁹, la Ley 3/1995 de Murcia, artículo 2³⁵⁰, la Ley 7/1994 de Valencia, artículo 1³⁵¹ y la Ley 14/2002 de Castilla y León, artículos 1 y 2.

³⁴⁷La presente Ley es de aplicación a todos los menores de dieciocho años...salvo que los mismos hayan alcanzado la mayoría de edad en virtud de lo dispuesto en la ley que les sea aplicable”.

³⁴⁸ “...serán de aplicación a los menores de edad...sin perjuicio de que resultara aplicable otra normativa por razón del origen o procedencia del menor...”.

³⁴⁹ “Conforme a la Convención de los derechos del niño, y a los efectos de esta Ley, se entiende por menor toda persona que no ha alcanzado la mayoría de edad.”

³⁵⁰ “A los efectos de esta Ley...se entiende por infancia el período de la vida que abarca hasta los 18 años de edad”.

³⁵¹ “...Se entiende por niño y niña a los efectos de esta ley, todo menor de edad.”

Un aspecto a destacar de algunas leyes autonómicas dentro de su ámbito de aplicación personal es la clasificación de la minoría de edad en dos grupos: niños y adolescentes, determinando las edades que abarcan uno y otro. De estas leyes destacamos las dos de la Comunidad de Madrid, que regulan por un lado la infancia y la adolescencia (Ley 6/1995, artículo 2)³⁵² y por otro lado, la juventud (Ley 8/2002, artículo 1)³⁵³ y Ley 8/1995 de Cataluña, artículo 2³⁵⁴.

Por otro lado, la legislación aragonesa sobre menores constituye un ejemplo clarificador sobre la regulación de los menores de edad y su capacidad. En principio, la Ley 12/2001 de la infancia y la adolescencia de Aragón establece en el artículo 2 que la ley es de aplicación para los menores de dieciocho años, independientemente de su situación legal, salvo que los mismos hayan alcanzado la mayoría de edad en virtud de la legislación civil aplicable. En este sentido, la Compilación del derecho civil aragonés recoge en el artículo 4 que “tendrán la consideración de mayores de edad los menores desde el momento en que contraen matrimonio”³⁵⁵ y el artículo 5.3. afirma que “el mayor de catorce años, que con el beneplácito de sus padres o mediando justa causa, viva independiente de ellos, tendrá la libre administración de todos sus bienes”. Del texto de estos artículos se infiere el reconocimiento de la capacidad de obrar del menor por la ley aragonesa en estos supuestos, que como observamos en el artículo 5.3, se produce a los catorce años y no a los dieciséis como prevé la emancipación regulada en el Código civil. Asimismo, la Ley castellano leonesa (artículo 4) regula la capacidad del menor

³⁵² “...se entiende por infancia, el período de la 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”.

³⁵³ “A los efectos de la presente Ley tendrán la consideración de jóvenes de la Comunidad de Madrid todas las personas de edades comprendidas entre los catorce y los treinta años.”

³⁵⁴ “...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 la ley”.

³⁵⁵ La Constitución en la D.A. segunda establece que “ La declaración de la mayoría de edad contenida en el artículo 12 de esta Constitución no perjudica las situaciones amparadas por los derechos forales en el ámbito del derecho privado.” Por otra parte, *vid.* notas 333 y 334 relativas a diversas opiniones sobre si al menor emancipado se le aplica las leyes de infancia.

estableciéndolo como principio rector de la misma³⁵⁶ junto a otros tales como el interés del menor, la eliminación de toda causa de discriminación y la integración familiar y social.

En segundo lugar, todas las leyes autonómicas establecen como principio rector el “interés del menor” al igual que la Convención sobre los derechos del niño (artículo 3) y la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor (artículo 2). Cabe citar a modo de ejemplo la Ley 12/2001 aragonesa (artículo 3.3 a), la Ley 1/1995 de Asturias (artículo 2), la Ley 7/1995 de Baleares (artículo 4), la Ley 1/1997 de Canarias (artículo 4), de la Ley 8/1995 de Cataluña (artículo 3), la Ley 4/1994 de Extremadura (artículo 3), la Ley 6/1995 de la Comunidad de Madrid (artículos 1, 3, 4, 8, 10 y 48 i), la Ley 3/1995 de Murcia (artículo 4), la Ley 3/1999 de Castilla la Mancha (artículo 4 a) y la Ley 14/2002 de Castilla y León (artículo 4).

En tercer lugar, todas las legislaciones introducen en su articulado los derechos del menor con mayor o menor extensión, bien haciendo una relación de los derechos y/o mencionado el respeto a los derechos del menor recogidos por los documentos internacionales y la Constitución española. Citamos la Ley 1/1995 de Asturias (artículos 7 y 14), Ley 6/1995 de Baleares (artículo 10), Ley 1/1997 de Canarias (artículo 3), Ley 8/1995 de Cataluña (artículo 4), Ley 6/1995 de Madrid (artículos 1 y 3), Ley 3/1995 de Murcia (artículo 4), Ley 7/1994 de Valencia (artículo 3), Ley 12/2001 aragonesa (artículo 6) y la Ley 3/1999 de Castilla la Mancha (artículos 6 y 7), Ley 14/2002 de Castilla y León (artículos 1 y 13-28), siendo ésta última una de las leyes que regula más extensamente los derechos del menor.

Además de la remisión a la Constitución y a los documentos internacionales, fundamentalmente a la Convención de 1989, las leyes de las Comunidades Autónomas mencionan expresamente algunos derechos, entre los que encontramos en la mayoría de los textos el derecho a la libertad religiosa del menor, además de recoger expresamente como objetivo garantizar el ejercicio de los derechos al menor de edad, tal y como lo establece la Ley 6/1995 de la

³⁵⁶ “Reconocimiento de la capacidad del menor para participar activamente en la construcción de una sociedad más justa, solidaria y democrática, así como para conocer la realidad que vive, descubrir los problemas que más le afectan y aportar soluciones a los mismos”.

Comunidad de Madrid (artículos 1 y 3) ³⁵⁷, de la Ley 3/1995 de Murcia (artículos 5 y 6) ³⁵⁸, Ley 12/2001 de Aragón (artículos 7, 8 y 19) ³⁵⁹, la Ley 3/1999 de Castilla la Mancha (artículo 6) ³⁶⁰, la Ley 8/1995 Catalana (artículos 1 y 10)³⁶¹ y la Ley 14/2002 de Castilla y León (artículo 9)³⁶².

2. LA CUESTIÓN DE LOS DEBERES DEL MENOR DE EDAD.

Cuando nos referimos a los derechos del menor, aunque no se ponga en duda la conveniencia y necesidad de recogerlos en normas jurídicas, pueden surgir ciertos recelos debido a la profusión de normas y a la insistencia por parte de la doctrina, organizaciones no gubernamentales e instituciones acerca de los menores como sujetos de derechos. Este recelo se manifiesta en la afirmación de que los

³⁵⁷ Art. 1: “asegurar...las garantías necesarias para el ejercicio de los derechos que a los menores reconocen la Constitución, la Convención sobre los derechos del niño y el ordenamiento jurídico en su conjunto”.

Art. 3: “...b) Velar por el pleno ejercicio de los derechos subjetivos del menor...”.

³⁵⁸ Art. 5.2: “No podrá existir ninguna discriminación o diferencia de trato que afecte al ejercicio de los derechos de los menores...”. Art. 6: “Los niños y las niñas, *en cuanto sus condiciones de madurez lo permitan*, deberán participar activamente en las actividades que se realicen en su núcleo primario de convivencia y en todo aquello que les concierne, procurándose su plena integración en la vida familiar y social”. (La cursiva es nuestra).

³⁵⁹ Art. 7. “...tendrán carácter preferente las actuaciones dirigidas a promover y asegurar el ejercicio de sus derechos...”.

Art. 8: “Los menores tienen derecho a recibir de las administraciones públicas competentes la asistencia necesaria para el efectivo ejercicio de sus derechos.”

Art. 19: “Los menores tienen derecho a ejercer los derechos civiles y políticos sin más limitaciones que las fijadas por la legislación vigente”.

³⁶⁰ Art. 6: “Las Administraciones públicas de Castilla la Mancha garantizarán...el respeto y el correcto ejercicio de los derechos y libertades de los menores reconocidos en la Constitución y en los Tratados internacionales ratificados por el Estado español...”.

³⁶¹ Art. 1: “La presente Ley tiene por objeto...garantizar el ejercicio de sus derechos y su desarrollo integral...”.

Art. 10: “Los niños y adolescentes tienen derecho a ejercer los derechos civiles y políticos sin más limitaciones que las fijadas por la legislación vigente”.

³⁶² Art. 9: “Las Administraciones Públicas de Castilla y León...garantizarán el respeto y el efectivo ejercicio de los derechos y libertades reconocidos a los menores por el ordenamiento jurídico”.

menores, si tienen derechos, también se les debe exigir unos deberes, opinión que es recogida por algunos autores³⁶³.

Ante esta postura, en nuestra opinión, no debe confundirse la naturaleza de los derechos. Como sabemos, una persona puede ser titular de derechos de distinto tipo, unos son adquiridos a través de negocios jurídicos, por ejemplo el derecho de la propiedad, o también por cualidad de la persona, tal es el caso del derecho a heredar del hijo respecto del padre. En cambio, otros derechos se tienen por el mero hecho de ser persona, y la personalidad la determina el nacimiento, sin ningún otro requisito, y es en esta tipología donde incluimos los derechos humanos.

La naturaleza de la mayoría de los derechos sobre el menor recogidos en los distintos documentos jurídicos tanto internacionales como de ámbito estatal pertenece al elenco de los derechos humanos. Esto significa que un menor, como titular de derechos humanos, no tendrá ningún deber correlativo impuesto por el simple hecho de ser titular de los mismos.

Ahora bien, esto no significa la relevancia absoluta del derecho del menor frente a todo, ni siquiera cabe confundirlo con el principio del “interés superior del niño”. Como sabemos, los derechos humanos no son ilimitados, sino que intervienen los límites estrictamente necesarios para garantizar el orden público y los derechos fundamentales de los demás. Y es ahí donde radica el *deber* del

³⁶³ Moro (1991), pp. 61-63. De forma muy expresiva y con cierto tono de reproche se manifiesta Alonso Pérez (1997) cuando dice que “...nos pasamos los días reformando los textos legales o creando otros, en gran medida superfluos, como la Ley Orgánica 1/1996, y las del mismo corte en las Comunidades Autónomas...para luego hacer los mayores lo que nos viene en gana con los menores, o viceversa, abusar éstos de su precoz desarrollo y del permisivismo abusivo tan extendido en la sociedad de bienestar. Si queremos ejemplos, basta preguntar a los maestros o a los profesores de enseñanza secundaria... o a muchos padres de buena voluntad qué pasa con tantos jovencitos y jovencitas a los que se les reconoce innumerables derechos. Es curioso que la Ley 1/1996 está llena de derechos, pero carece de deberes. El menor en esta ley no se obliga a nada”. También Hernández Ibañez (1998) opina que “...se echa de menos en estas leyes alguna contraprestación por parte de los menores, es decir, una enumeración de sus deberes, que aunque es cierto que estos existen, las leyes y decretos de las Comunidades Autónomas, así como la Ley Orgánica 1/1996, guardan silencio sobre los mismos”. p. 63.

menor, como cualquier persona, en respetar los derechos de los demás y los límites que para el ejercicio de su derecho establecen las leyes³⁶⁴. En cualquier caso, no pueden confundirse los derechos humanos con ningún derecho-deber. Y al igual que a un mayor de edad no se le exige ningún deber por el mero hecho de ser titular de los derechos humanos, sería ilógico pensar lo mismo de los documentos de derechos sobre el menor de edad, lo cual no sería sólo confundir la naturaleza jurídica de los derechos sino también una discriminación por razón de edad.

No obstante, en algunas leyes, pocas ciertamente, encontramos regulados los deberes del menor. Algunos son deberes relativos a la estancia de menores en centros residenciales en caso de ser sujetos de medidas de protección, de internamiento si han sido procesados y condenados conforme la ley 5/2000 de Responsabilidad Penal de Menores y a deberes en el ámbito familiar³⁶⁵. Entre las leyes que los recogen encontramos LORPM de 5/2000 de 12 de enero (artículo 57)³⁶⁶, la Ley 6/1995 de 28 de marzo de Garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid (artículo 66)³⁶⁷, el Código Civil (artículo 155)³⁶⁸, la Ley 9/1998 de 15 de julio del

³⁶⁴ Vid. *infra* capítulo V, 4.

³⁶⁵ Deberes referidos principalmente al respeto hacia los padres y al deber de contribuir a las cargas familiares.

³⁶⁶ “Los menores internados estarán obligados a: a) Permanecer en el centro a disposición de la autoridad judicial competente hasta el momento de su puesta en libertad, sin perjuicio de las salidas y actividades autorizadas que puedan realizar en el exterior. b) Recibir la enseñanza básica obligatoria que legalmente les corresponda. c) Respetar y cumplirlas normas de funcionamiento interno del centro y las directrices o instrucciones que reciban del personal de aquél en el ejercicio legítimo de sus funciones. d) Colaborar en la consecución de una actividad ordenada en el interior del centro y mantener una actitud de respeto y consideración hacia todos, dentro y fuera del centro, en especial hacia las autoridades, los trabajadores del centro y los demás menores internados. e) Utilizar adecuadamente las instalaciones del centro y los medios materiales que se pongan a su disposición. f) Observar las normas higiénicas y sanitarias, y sobre vestuario y aseo personal establecidas en el centro. g) Realizar las prestaciones personales obligatorias previstas en las normas de funcionamiento interno del centro para mantener el buen orden y la limpieza del mismo. h) Participar en las actividades formativas, educativas y laborales establecidas en función de su situación personal a fin de preparar su vida en libertad.

³⁶⁷ “...B) Obligaciones: 1. Respetar y cumplir las normas que regulen el funcionamiento de los Centros y la convivencia entre ellos. 2. Respetar la dignidad y función de cuantas personas trabajen o vivan en el Centro. 3. Desarrollar con

Código de Familia catalán (artículo 144)³⁶⁹, la Ley 1/1997 de 7 de febrero de Atención integral a los menores de Canarias (artículo 87)³⁷⁰, la ley 3/1999 de 31 de marzo del Menor de Castilla la Mancha (capítulo III) que con el título “De los deberes de los menores” regula éstos en un solo artículo³⁷¹ y el artículo 10 de la misma ley, que bajo la rúbrica “Deber de los hijos”, establece que “los hijos deberán respetar a sus padres y obedecerles cuando éstos actúen en el ejercicio de sus deberes y responsabilidades parentales. Asimismo, los hijos contribuirán al desarrollo de la vida familiar colaborando en las actividades domésticas sin distinción de sexo conforme a su edad, madurez y circunstancias”. Más ampliamente, la Ley 14/2002 de Castilla y León (artículo 35) establece los deberes de los menores³⁷². La formulación de los deberes se realiza de forma abierta al anteponer

dedicación y aprovechamiento las actividades escolares, laborales o cualesquiera otras orientadas a la formación.”

³⁶⁸ “Los hijos deben: 1º Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre. 2º Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella”.

³⁶⁹ “Los hijos mientras están bajo la potestad del padre y de la madre, deben obedecerles, salvo que intenten imponerles conductas indignas o delictivas, y todos deben respetarse mutuamente”:

³⁷⁰ “...a) Cumplir las normas de funcionamiento y convivencia de los centros. b) Respetar la dignidad y funciones del personal del centro y de los demás residentes. c) Desarrollar con la debida dedicación y aprovechamiento las actividades educativas, laborales y de formación.”

³⁷¹ Artículo 21: “1. La administración autonómica promoverá la realización de acciones dirigidas a los menores para fomentar en éstos actitudes que contribuyan a su participación en el desarrollo de toda la vida familiar, sin distinción de sexo, conforme a su edad, madurez y circunstancias. 2. Los menores deberán mantener un comportamiento cívico acorde con las exigencias mínimas de convivencia de la sociedad, basadas en la tolerancia y en el respeto de los derechos de los demás.”

³⁷² Art. 35: “Además de las obligaciones que la legislación impone a los menores para con sus padres, tutores o guardadores y en relación con la participación en la unidad familiar, tienen, entre otros, los siguientes deberes: a) estudiar, durante la enseñanza obligatoria, para contribuir así a su formación y al pleno desarrollo de su personalidad...b) Asumir y cumplir los deberes, obligaciones y responsabilidades inherentes o consecuentes a la titularidad y ejercicio de los derechos que le son reconocidos, de manera que ello le posibilite su más eficaz disfrute y facilite, a un tiempo, el pleno ejercicio de los mismos por los demás menores. c) Mantener un comportamiento cívico acorde con las exigencias de convivencia de la sociedad, basadas en la tolerancia y en el respeto a los derechos de las demás personas. d) Respetar el medio ambiente y colaborar en su conservación y mejora”.

las palabras entre otros a la relación de los deberes. Como aspecto a destacar, este artículo se refiere a algunas ideas expuestas anteriormente, tales como la responsabilidad inherente al ejercicio de los derechos y el respeto a los derechos de los demás. No obstante, queremos matizar que la enunciación de deberes en el marco de los derechos del menor no deja de ser en cierto punto innecesaria ya que debería predicarse de todos los titulares de los derechos, incluidos los adultos. Claramente, podemos observar cierto componente paternalista en estos artículos al establecer, por ejemplo, el deber del menor a estudiar para que así contribuya “a su formación y al pleno desarrollo de su personalidad...” y al remarcar su comportamiento cívico o respetar el medio ambiente. Precisiones que son positivas para el desarrollo de los menores pero que forman parte de la esencia de los propios derechos de la persona, lo cual incluye tanto a los menores como a los adultos.

Por otra parte, en los documentos internacionales hallamos una referencia explícita a los deberes de los niños en la Carta Africana sobre los derechos y el Bienestar del niño en el artículo 31: deberes relativos a su contribución a la vida familiar o social³⁷³.

Vale la pena señalar que en el proceso de elaboración de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, un país africano, Senegal, ya planteó la incorporación de un artículo semejante en el que se plasmara la obligación del niño a respetar a sus padres y a proporcionarles asistencia en caso de necesidad³⁷⁴. Aunque fue apoyada la propuesta por numerosos miembros otros se negaron a

³⁷³ Organización para la Unidad Africana, Doc. CAB/LEG/24.9/49 (1990) cuya fecha de entrada en vigor fue el 29 de noviembre de 1999. Artículo 31: “Every child shall have responsibilities towards his family and society, the state and other legally recognised communities and the international community. The child, subject to his age and ability and such limitation as may be contained in the present Charter, shall have the duty: (a) to work for the cohesion of the family, to respect his parents, superiors and elders at all times and to assist them in case of need; (b) to serve his national community by placing his physical and intellectual abilities at its service; (c) to preserve and strengthen social and national solidarity; (d) to preserve and strengthen African cultural values in his relations with other members of the society, in the spirit of tolerance, dialogue and consultation and to contribute to the moral well-being of society; (e) to preserve and strengthen the independence and the integrity of his country; (f) to contribute to the best of his abilities, at all times and at all levels, to the promotion and achievement of African Unity.”

³⁷⁴ Grupo de Trabajo de 1989, Doc E/CN.4/1989/48 (2 de marzo de 1989).

incorporarlo en aquellos términos debido a que esto suponía una obligación moral y no legal. Finalmente con la propuesta de Canadá, y con cierto descontento por parte de la delegación senegalesa, la sugerencia se incorporó al actual artículo 29, relativo a los objetivos de la educación, una referencia en el apartado c): “Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya.”

3. LA CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR EN EL DERECHO ESPAÑOL. POSICIONES DOCTRINALES.

La capacidad de obrar, según Albaladejo, es la aptitud reconocida por el derecho para realizar actos jurídicos³⁷⁵. Como hemos citado anteriormente, nuestro Código Civil señala que la mayoría de edad determina la plena capacidad de obrar de la persona, salvo las excepciones establecidas por la ley³⁷⁶.

Por otro lado, y siguiendo al mismo autor, la capacidad de obrar no es estática, como sí lo es la capacidad jurídica³⁷⁷, sino que es una aptitud que varía conforme al estado civil de la persona. En este sentido, podemos interpretar que el menor de edad es incapaz porque la regulación de su estado civil así lo determina. Esta postura también fue defendida por De Castro cuando afirmaba que “no puede admitirse que la capacidad de obrar y su extensión dependan de la aptitud natural psicológica...la capacidad de obrar depende del estado civil”³⁷⁸. Hay que recordar que el ordenamiento jurídico español existente en el tiempo en que el profesor De Castro realizó estas afirmaciones, restringía la capacidad de obrar de las mujeres casadas, las cuales, por ejemplo, veían limitada su capacidad de obrar no por razones de “incapacidad natural” de entender y querer, sino debido a su estado civil.

Aunque De Castro asocia la capacidad de obrar a un estado civil, éste no condiciona de manera exclusiva la capacidad de obrar y se refiere también a la capacidad natural. Así lo hizo notar al escribir que

³⁷⁵ Vid. Albaladejo (1991), p. 229.

³⁷⁶ Artículo 322.

³⁷⁷ También en Gordillo Cañas (1986), p.20.

³⁷⁸ De Castro (1952), p. 49.

“la capacidad de obrar, aunque mediatamente puede estar afectada por la aptitud natural del individuo, jurídica e inmediatamente resulta del reflejo de cada estado civil. Puede, por tanto, definirse como: la cualidad jurídica de la persona que determina - conforme a su estado - la eficacia jurídica de sus actos”.

Esta teoría que actualmente también sigue Albaladejo al afirmar que el estado civil determina la capacidad de obrar de una persona se sustenta en el artículo 322 del Código Civil, ya citado, que hace del mayor de edad capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas por ley. Lo que, *sensu contrario*, nos llevaría a la conclusión de que las personas menores de edad serían incapaces³⁷⁹.

No obstante, la ley reconoce capacidad a los menores para la realización de determinados actos, como por ejemplo, testar o contraer matrimonio. Esta capacidad la explica Albaladejo afirmando que el ordenamiento reconoce capacidades “especiales” entre las cuales se hallan actos jurídicos que pueden realizar los menores de edad³⁸⁰.

Como se ha afirmado³⁸¹, la teoría que relaciona la capacidad de obrar con el estado civil no siempre es correcta. Aunque sí se pueda predicar del estado civil de la minoría de edad en concreto, no puede establecerse la misma correspondencia con otros estados civiles. Por ejemplo, el estado civil de casado no interfiere en la capacidad de obrar³⁸².

Otro criterio para determinar la capacidad de obrar es la capacidad natural del sujeto³⁸³. Esto que, por norma general, se presume de los mayores de edad, salvo proceso de incapacitación, es

³⁷⁹ Esta interpretación *sensu contrario* también la recoge Puente Alcubilla (2001), pp.34-35.

³⁸⁰ Albaladejo (1991) p. 231. El autor no sólo incluye como capacidades especiales las relativas a los menores, sino también a mayores de edad, como es el caso de la adopción para la que es preciso que el adoptante tenga veinticinco años.

³⁸¹ Ruiz Huidobro y de Carlos (2002), p. 39.

³⁸² Recordemos lo mencionado anteriormente sobre la mujer casada en leyes anteriores.

³⁸³ Esta postura ha sido defendida entre otros por Jordano Fraga (1984), Gordillo Cañas (1986) y Ramos Chaparro (1995a), pp. 299-321.

difícil de aceptar en relación con los menores por un sector de la doctrina³⁸⁴.

Básicamente, existen dos teorías sobre la capacidad de obrar del menor. La primera, y tradicionalmente aceptada, considera al menor como incapaz hasta que alcanza la mayoría de edad³⁸⁵. Esta postura se sustenta, por una parte, en el artículo 1263 del Código civil relativo a la prestación del consentimiento, requisito necesario para la validez de los contratos. En él se afirma que los menores no emancipados no pueden prestar consentimiento.

Además, la incapacidad del menor se ha basado también en la existencia de la figura del representante legal del menor, encarnado en la institución de la patria potestad o la tutela. Aunque el artículo 1263 C.C. se refiere al ámbito de los contratos, por analogía se ha extendido a la capacidad de obrar en general del menor de edad, por lo que se ha considerado base de la interpretación restrictiva de la capacidad del menor³⁸⁶. Sin embargo, esa figura que sirve de pilar a la teoría de la incapacidad del menor, en nuestra opinión, no cabe interpretarla como un elemento necesario con base exclusivamente en la incapacidad por ser menor de edad, sino como una función tuitiva dentro de la institución de la patria potestad, es decir, la representación legal del menor como un elemento protector destinada a cubrir las carencias posibles de madurez suficiente o falta de experiencia en el campo jurídico del menor. La representación legal, por tanto, se configura como un elemento de protección jurídica del menor³⁸⁷.

Otra postura postula la capacidad general de menor, sobre la base de la capacidad natural de éste. Parte de la interpretación del artículo 162 del Código civil³⁸⁸ y ha sido defendida, entre otros, por Jordano Fraga³⁸⁹. Este autor, reconociendo que el campo de actuación jurídico

³⁸⁴ *Vid.* Martínez de Aguirre (1992), pp. 1445- 1447.

³⁸⁵ Castán (1987), 179-180.

³⁸⁶ Linacero (2001), pp. 68 y ss.

³⁸⁷ En este sentido también Díez-Picazo (1997), p. 295 y Martín Morón (1999), pp. 560 y 561.

³⁸⁸ Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúa: 1º Los actos relativos a derechos de la personalidad y otros que el hijo de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo. 2º...”

³⁸⁹ Jordano Fraga (1984).

del menor es ciertamente limitado³⁹⁰, afirma que los menores tienen reconocida socialmente cierta capacidad para actuar, por lo que “el menor pese a su incapacidad legal (relativa, de protección) posee una cierta capacidad natural, una cierta capacidad de comprender y querer, que varía según la edad y en relación al contenido y naturaleza del acto de que se trate”. Para este autor, el artículo 162 del C.C. (considerado por una gran parte de la doctrina como la excepción a la norma general de la representación legal de los menores), es la norma de la que se infiere la capacidad de obrar del menor de acuerdo a su capacidad natural. Concretamente, cuando el artículo dice “de acuerdo...con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”³⁹¹, el autor interpreta como la capacidad natural se hace jurídicamente relevante y excluye la representación legal. Es así como enlaza la aceptación social de numerosos actos de los menores con su validez jurídica pese a su menor edad³⁹². Asimismo, Jordano Fraga se refiere a ciertos actos establecidos expresamente por el Código Civil, en los que el menor no emancipado puede actuar. El autor explica que estas disposiciones no constituyen “supuestos de capacidad especial, sino de aplicaciones para casos concretos de la general capacidad del menor”, otorgando a estos actos cierta relevancia³⁹³.

Esta teoría ha sido criticada por Martínez de Aguirre³⁹⁴ por varios motivos. Primero, porque, según este autor, Jordano Fraga parte de una interpretación gramatical incorrecta del artículo 162.1º, al considerar las oraciones “...otros (*actos*) que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez pueda realizar por sí mismo” y la conjunción que las une como disyuntiva, en vez de copulativa. Es decir, que según Martínez de Aguirre para que se exceptúe la representación legal se deben reunir las dos premisas: estar el acto recogido por la ley y que el menor pueda realizarlo conforme a su madurez. Segundo, porque se pierde el sentido de la

³⁹⁰ Jordano Fraga (1984) p. 891.

³⁹¹ Jordano Fraga (1984) pp. 898-900.

³⁹² En palabras textuales del autor “los actos o contratos que en la práctica realizan los menores y sobre los que nadie se cuestiona su validez son válidos (plenamente) porque los menores tienen capacidad para realizarlos con arreglo a su edad y entendimiento en relación con el carácter, naturaleza y complejidad de la operación de que se trate”. p. 899.

³⁹³ El autor pone de ejemplo los artículos 443, sobre posesión, y el 626 sobre aceptación de donaciones.

³⁹⁴ Martínez de Aguirre (1992) pp. 1444-1447.

mayoría de edad, la cual quedaría como edad “residual” para actos que el ordenamiento fijara expresamente. Tercero, porque queda afectado el mecanismo de la representación legal produciendo inseguridad jurídica al darse la circunstancia de no saber cuándo un menor debe actuar por capacidad natural y cuándo debe ser representado legalmente. Finalmente, Martínez de Aguirre, como cuarto motivo de crítica, considera que el criterio de la capacidad natural provoca inseguridad jurídica por sustituir el dato objetivo de la edad, de manera que, según este autor, habría que comprobar caso por caso la capacidad natural del menor en relación con el acto a realizar.

Nuestra postura es más próxima a la tesis de Jordano Fraga, pero con la observación primera que realiza Martínez de Aguirre en cuanto al error gramatical en la lectura del artículo 162.1º, aunque opinamos que esta matización no perjudica la consideración del menor como sujeto con capacidad de obrar.

Es cierto, como apunta Martínez de Aguirre, que el dato objetivo de la edad supone mayor seguridad jurídica. El punto clave de esta interpretación se halla en estimar la mayoría como la edad suficiente en la que existe capacidad natural. Por decirlo de otro modo, la mayoría de edad determina la capacidad porque con esa edad se presupone el dato fáctico de la madurez³⁹⁵.

A nuestro juicio, el hecho objetivo de la edad de dieciocho años, correspondiente al estado civil de mayoría de edad, no debe ser necesariamente la referencia para determinar la capacidad de obrar. A nuestro entender, situar la capacidad de obrar del menor en ese rígido marco supone obviar el desarrollo natural de la persona, cuando el ordenamiento jurídico podría determinar una edad anterior que presumiera la capacidad del menor sin tener por qué vaciar de contenido la mayoría de edad. Así, la edad de dieciocho años seguiría

³⁹⁵ Así se expresa Lete del Río (2000) cuando afirma que ““En rigor, la capacidad de obrar en sentido amplio depende del estado civil de la persona, y ésta tiene aquella capacidad que la ley atribuye al estado civil que en cada momento detenta...pero también es cierto que cada persona dentro de su estado civil tiene la capacidad de obrar que le corresponde según su capacidad natural, a la vez que la capacidad natural es la que da lugar al cambio de estado civil”. “Es de advertir como las leyes de reforma de Código Civil identifican cada vez más claramente la capacidad de obrar con la capacidad natural...” (artículos 154.3º, 162.1º, 231) pp. 33-34.

siendo el referente de la adquisición de la capacidad de obrar plena mientras que el menor, aún reconociendo su capacidad de obrar, la tendría limitada. Y esto no por razón de no ser mayor de edad, sino porque debido a su proceso evolutivo y falta de experiencia en el tráfico jurídico, se le debe proporcionar asistencia en aras a su protección³⁹⁶.

Por la misma razón que se ha expuesto anteriormente en referencia a la teoría de la incapacidad de obrar del menor hasta que alcance la mayoría, también consideramos que la mayor edad es la edad establecida por el derecho para presumir la capacidad de obrar *plena*, salvo las excepciones previstas por la ley. Otra situación, no incompatible con ésta, y tomando como base nuestro propio ordenamiento, es reconocer que el menor tiene capacidad de obrar, aunque limitada. Que no es lo mismo que partir del punto contrario, es decir, afirmar que el menor tiene incapacidad de obrar. En este sentido se ha pronunciado la Dirección General de los Registros y el Notariado en resolución 3 de marzo de 1989 para reconocer la capacidad de unos menores de edad, de dieciséis y diecisiete años, para aceptar una donación³⁹⁷.

³⁹⁶ Díez-Picazo y Gullón (2001) afirman que “el estado civil de la menor edad en modo alguno puede considerarse como causa de incapacidad de obrar del menor. Limita su capacidad simplemente, no la anula”. p. 228.

³⁹⁷ Transcribimos literalmente el fundamento jurídico segundo: "En torno a la situación jurídica del menor de edad en nuestro Ordenamiento, debe tenerse en cuenta que no existe una norma que, de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse como excepcionales todas las hipótesis en que se autorizase a aquél para obrar por sí; y no cabe derivar esa incapacidad ni del artículo 322 del Código Civil, en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil, ni tampoco de la representación legal que corresponde a los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados. No es la extensión de la representación legal, como instrumento supletorio de la falta de capacidad, la que delimita el ámbito de ésta, sino a la inversa (vid. artículo 162-1.º del Código Civil); y, por otra parte, el artículo 322 del Código Civil debe ser valorado en conexión con la técnica del Código Civil de fijar, con ocasión de la regulación de actuaciones jurídicas concretas, la edad requerida para su válida conclusión (vid. artículos 46, 443, 662, 992, 1246 y 1263 del Código Civil, y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, etc.), lo que permite afirmar que si a partir de los dieciocho años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esta edad habrá de atenderse a la actuación concreta

Reconocer la capacidad de obrar del menor dentro de la esfera de su madurez, incluso con la fijación de una edad, para mayor seguridad jurídica, no supondría más que dar cobertura jurídica a un hecho aceptado socialmente, como la intervención de menores en actos jurídicos sencillos y cotidianos. Además dicha capacidad se fundamenta en la doctrina de los derechos del niño, desarrollada desde mediados del siglo XX y con mayor intensidad desde la Convención de derechos del niño de 1989. Aunque el documento no recoja expresamente la capacidad de obrar del menor, ésta se infiere del texto. Así, del artículo 5³⁹⁸ podemos extraer que los menores pueden ejercer sus derechos conforme a su capacidad, o como lo expresa el artículo “en consonancia con la evolución de sus facultades”, siendo la labor de sus padres, tutores o persona legalmente encargada del menor fundamentalmente educativa, orientadora y protectora, pero en ningún limitativa *a priori* por ser menor de edad³⁹⁹.

También la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, en el artículo 2 bajo el epígrafe “principios generales”, recoge expresamente que “Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”. Además, como principio general junto a éste, se enuncian el interés

que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (artículos 1, 3 y 4 del Código Civil), y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene ni con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad”. Sobre la capacidad y el interés del menor en la actuación notarial *vid.* Castán Pérez-Gómez (2003), pp. 225-244.

³⁹⁸ “Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, *en consonancia con la evolución de sus facultades*, dirección y orientación apropiadas para que *el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención*” (La cursiva es nuestra).

³⁹⁹ Otros ejemplos relativos a derechos concretos los hallamos en el artículo 12: “ Los Estados partes garantizarán que el niño que esté *en condiciones de formarse un juicio propio* el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de *la edad y madurez del niño*”; artículo 14:” 1. Los Estados parte respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. 2. Los Estados partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de *guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades*”.

superior de los menores y el carácter educativo de todas las medidas concerniente a menores.

Respecto a lo que ahora tratamos, este artículo supone, como bien se ha apuntado⁴⁰⁰, un giro interpretativo frente al tradicional y que este texto podría derivar en una nueva concepción de la capacidad de obrar de los menores. Para averiguar la razón que movió al legislador a provocar “este cambio” acudimos a los trabajos parlamentarios de la ley.

El artículo 2 no figuraba en el proyecto de ley originario⁴⁰¹, sino que fue introducido a través de enmienda, avanzado el proceso legislativo⁴⁰² y que tuvo la aceptación de los grupos políticos. Las razones en las que se funda este principio podemos encontrarlos en la exposición de motivos de la ley. Fundamentalmente, se basa en los avances científicos; de un lado adecuar el desarrollo evolutivo al ejercicio de sus derechos como parte del “reconocimiento” de la titularidad de dichos derechos⁴⁰³, y de otro, el considerar que uno de los mejores medios de protección del menor es fomentar la autonomía del sujeto⁴⁰⁴, de lo que se deriva la capacidad del menor para ejercer sus derechos conforme a su desarrollo. Todo esto enlaza con uno de los principios generales de la Convención sobre los derechos del niño:

⁴⁰⁰ Sabater Boyle (1996), pp. 3-4.

⁴⁰¹ Hay que apuntar que la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor tuvo su origen en una modificación al Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo que respecta a las instituciones de protección de menores (adopción, acogimiento...) y que posteriormente fue sujeta a numerosas enmiendas que desembocaron en un nuevo texto, bastante alejado de su primer proyecto.

⁴⁰² Concretamente se realiza a través de una serie de enmiendas *in voce* que podemos encontrar en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior: DSC núm. 593 de 18 de octubre de 1995, p. 18082.

⁴⁰³ Exposición de motivos II: “El enfoque...vigente en España ... consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y una capacidad progresiva para ejercerlos...Este concepto introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos”.

⁴⁰⁴ Exposición de motivos II: “El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos”.

el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo⁴⁰⁵ extendiendo este último término no sólo como referido a la salud física, sino también al desarrollo psicológico. Este principio, recogido en el artículo 6 de la Convención, expresa que se garantizará por los Estados partes en la "máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño".

Además, la capacidad del menor se ha tratado jurídicamente como excepción, a pesar de tener numerosas singularidades en todo el ordenamiento jurídico. Este amplio catálogo de excepciones parece desvirtuar el concepto de "excepción"⁴⁰⁶. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define "excepción" como "Acción o efecto de exceptuar. 2. Cosa que se aparta de la regla o condición general...". Más claramente, el adjetivo relacionado con el término "excepción", "excepcional" se define como lo "que se aparta de lo ordinario, o que ocurre *rara vez*." Por lo que, en vista de las numerosas disposiciones que recogen la capacidad del menor de una u otra forma, bien con el establecimiento de una edad o por la referencia a la aptitud natural, no podemos afirmar taxativamente que la regla general sea la incapacidad del menor. Más bien podemos concluir lo contrario, es decir, la capacidad general del menor aunque con las limitaciones prescritas por la ley teniendo en cuenta su desarrollo evolutivo y la necesidad de su protección⁴⁰⁷. Citamos a modo de ejemplo⁴⁰⁸, la edad para contraer

⁴⁰⁵ Los principios generales sobre los que se asienta la Convención sobre los derechos del niño de 1989 son cuatro, el principio de no discriminación (artículo 2), el del interés superior del niño (artículo 3), el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6) y el tener en consideración la opinión del niño (artículo 12).

⁴⁰⁶ Compartimos la idea de Puente Alcubilla (2001) cuando afirma que "las excepciones fijadas por el legislador a la determinación legal de la capacidad de obrar aparecen en tantas ocasiones a lo largo del Código, que tiene plena vigencia la frase *en el Código Civil no hay no hay una regla fija de capacidad*", p. 36, frase que es de Gete-Alonso (1985), p.45. Asimismo Lete del Río (2000) afirma que "hay múltiples disposiciones legales en las que se admite y reconoce la posibilidad de actuación del menor, y ello obliga a reconocer que son muchas las excepciones." p. 81.

⁴⁰⁷ En este sentido se expresó De Castro cuando se preguntaba: "¿Cómo hablar de una incapacidad absoluta y admitir una serie numerosa de casos en que es capaz el menor y respecto de actos de tanta trascendencia como hacer testamentos, adquirir la posesión...?" y continúa afirmando que "si no se explica o si no se puede explicar el hecho de que el ámbito de las llamadas excepciones sea tan amplio (o

matrimonio (art.48 C.C.), otorgar testamento (excepto el ológrafo) (art. 663 C.C.) o adquirir la nacionalidad española (arts. 20.2. b), 21.3.b) y 23 c.).

Como corolario, retomando que la capacidad de los menores con capacidad natural se corresponde con la doctrina sobre los derechos del niño, citamos el artículo 10.1 de la Constitución española: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad...son fundamento del orden político y de la paz social”. Consideramos que interpretar la capacidad de obrar del menor conforme a sus aptitudes naturales propicia el libre desarrollo de su personalidad⁴⁰⁹ y va en consonancia con el respeto por la dignidad de la persona.

Como hemos indicado anteriormente, esta posición tiene el inconveniente de la inseguridad jurídica, una de las críticas de la postura contraria. La cuestión es cómo determinar cuándo un menor de edad es maduro o no para realizar actos jurídicos. Esta es una cuestión que atañe sobre todo a actos con trascendencia económica o patrimonial y que ha sido tratado de forma más o menos detallada por la doctrina⁴¹⁰ y que aunque las teorías de la capacidad del obrar del menor aquí expuestas hacen referencia a ello, el tratamiento más detallado por nuestra parte, desbordaría el objeto de este trabajo. Distinto es el caso del ejercicio de derechos de la persona.

El artículo 162 C.C. establece que “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no

más amplio) que el de la regla, ni el porqué de esa continuada quiebra de la llamada regla general, tal teoría se revela dogmáticamente inútil y falsa”. (1952) p. 175.

⁴⁰⁸ Lo trataremos de forma amplia más adelante, *vid.* capítulo III, 4.

⁴⁰⁹ Esta idea es recogida por Jordano Fraga (1984) p. 883. También se refiere al libre desarrollo de la personalidad Martínez de Aguirre (1992), p.1296. Este autor afirma que dicho principio y la protección del menor son complementarios y debe guiar la regulación civil en el sentido que la legislación “no caiga en una protección tan exacerbada que ahogue las posibilidades de desarrollo de la personalidad, ni de a éste tanta amplitud que acabe por establecer un régimen de protección marcadamente insuficiente”.

⁴¹⁰ Esta temática ha sido estudiada de forma pormenorizada por López San Luis (2001), a la cual nos remitimos y en la que podemos encontrar las diversas posturas doctrinales sobre la capacidad contractual del menor, así como a la amplia bibliografía allí citada.

emancipados. Se exceptúan: 1º Los actos relativos a derechos de la personalidad...”. Artículo que está en consonancia con la idea de que los derechos de la esfera personal no pueden ser ejercidos por persona distinta de su titular. No obstante, en el ámbito de los derechos personales del menor de edad confluyen más aspectos que es importante tratar. Por una parte, la tan nombrada cuestión de la capacidad natural o madurez suficiente del menor para ejercer estos derechos y, por otra, el asunto de si los derechos personales del menor de edad no maduro pueden ser ejercidos por sus representantes legales y con qué base jurídica. Y además, si en estos casos subsiste una verdadera representación legal por causa de la minoría de edad, o bien, si esa actuación en representación del menor se hace en cumplimiento del deber de velar por los hijos y en buscar su mejor interés, las cuales son funciones inherentes a la patria potestad⁴¹¹.

En cuanto a la primera de las cuestiones, aunque no existan dudas sobre la titularidad de los derechos por parte de los menores, nuestro ordenamiento jurídico contempla de dos formas su capacidad para ejercerlos. De un lado, estableciendo una edad fija, como por ejemplo los catorce años para contraer matrimonio con dispensa, los doce para consentir su adopción o los catorce para otorgar testamento, salvo el ológrafo; y de otro lado, la referencia a la madurez del menor con expresiones como "si tiene suficiente juicio" o "de acuerdo a su madurez". Evidentemente, el primer caso aporta mayor seguridad jurídica, mientras que el segundo entraña más inseguridad, requiere analizar cada supuesto concreto pero al atender al desarrollo de cada menor, pero implica un grado mayor de justicia. El problema es que la autoridad pública que tiene que resolver sobre la madurez suficiente de un menor, no cuenta en nuestro ordenamiento con una definición de la "madurez" o "suficiente juicio" a efectos de determinar la capacidad de un menor para realizar determinados actos o ejercer sus derechos, como por ejemplo el de libertad religiosa.

⁴¹¹ Como afirma Díez-Picazo (1982) en su trabajo sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad: “Tras la reforma, la figura del padre-Júpiter tonante pasa a ser historia...La patria potestad no es un poder que satisfaga las aspiraciones del titular. Se ejerce en beneficio de los hijos”. p. 5.

En estos casos, debemos acudir a los recursos interpretativos que nos da la ley⁴¹², concretándose en la búsqueda de la definición del concepto no determinado jurídicamente en una disciplina distinta del derecho. Esta disciplina es la psicología evolutiva, que es la que nos va a proporcionar un patrón de cuándo la persona adquiere un desarrollo psíquico adecuado que le permita entender y ejercer responsablemente sus derechos.

Este planteamiento requiere tratar dos cuestiones. Por una parte, cuándo se considera que el menor tiene madurez o suficiente juicio, y por otra, a qué acto se refiere el requisito del suficiente juicio, ya que dependiendo de los actos o los derechos se puede requerir más o menos desarrollo para realizarlos o ejercerlos.

Ante la referencia a la psicología evolutiva hay que hacer dos precisiones. Primera, que además de la complejidad del tema, los estudios relativos a psicología evolutiva, y más concretamente, al aspecto del desarrollo moral del niño⁴¹³, no mantienen una misma línea interpretativa; y segundo, que una referencia detallada a las distintas teorías desbordaría el objeto de nuestro estudio además de nuestro conocimiento sobre la materia.

Como hemos advertido, las distintas escuelas psicológicas no tienen una interpretación homogénea del sentido moral. Incluso en una

⁴¹² Art. 3 del C.C. "Las normas se interpretarían según el sentido propio de sus palabras,, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas."

⁴¹³ Se hace referencia al desarrollo *moral* del niño. La moral consiste, citando a Piaget (1977), "en un sistema de reglas y la esencia de cualquier moralidad hay que buscarla en el respeto que el individuo adquiere hacia estas reglas". Para que un individuo adquiera, acepte y se aplique esas reglas tiene que tener un grado de desarrollo moral. El desarrollo moral es un proceso evolutivo hacia la fundamentación de juicios morales, lo cual, es una forma de evaluar lo que es bueno y recto, siendo el criterio básico del desarrollo moral el principio de justicia. En concreto, todas las normas relativas a derechos y capacidad de obrar de los menores constituyen un conjunto de reglas, que, retomando la definición de Piaget, para saber cuando un menor puede ejercerlas habrá que atender al momento en el que el menor respeta estas reglas, y esto, se adquiere paulatinamente, por el desarrollo *moral*. Para una profundización en el tema de desarrollo moral del niño *vid.* Piaget (1977), Bull (1976), Kohlberg (1992), (1981) y (2002), Beltrán (1977). Como obras generales de psicología evolutiva citamos Shaffer (2000) y Berk (1998).

misma línea interpretativa surgen las matizaciones⁴¹⁴. Tal es el caso de los estudios realizados en la línea cognitivo-evolutiva, Piaget, pionero en el análisis de la psicología infantil, Bull y Kohlberg entre otros⁴¹⁵.

Las distintas posturas doctrinales no obstan al establecimiento de unas etapas de desarrollo moral del niño y adolescente y esto es lo que interesa a nuestro trabajo, puesto que las distintas matizaciones de los psicólogos no afectan a la respuesta que se persigue desde el punto de vista jurídico.

Brevemente, y teniendo en cuenta estas observaciones al tratar una disciplina extrajurídica, se pueden clasificar las etapas del desarrollo en cuatro⁴¹⁶: la etapa de anomia, nivel pre-moral, hasta los seis años. La etapa de heteronomía, nivel de moral externa, que abarca los siete- ocho años. Etapa de socionomía, nivel de moral externa/interna, desde los nueve hasta los doce años. Finalmente, la etapa de autonomía, nivel de moral interna, desde los trece en adelante.

A esta explicación por etapas del desarrollo hay que precisar que la edad es un dato aproximativo, ya que dependerá de las características de cada persona. No obstante, en lo que a nuestro estudio interesa, es interesante y conviene partir de un cuadro de edades establecido por la psicología evolutiva por dos motivos. Primero, porque los estudios de esta disciplina, y en consecuencia las edades que establece, son el referente para interpretar el concepto de "madurez" o "suficiente juicio" que aparece en nuestro ordenamiento jurídico. Y segundo, porque con base a esas edades, podremos establecer una correlación entre éstas y las edades legales, para constatar si el ordenamiento tiene en cuenta la evolución psicológica del menor o por el contrario, son edades fijadas más o menos arbitrariamente o teniendo en cuenta otros factores, como el histórico⁴¹⁷.

⁴¹⁴ Beltrán (1977), pp. 253-254: "El consenso acerca de una posible secuencia moral no es en absoluto unánime, siendo sus principales defensores los que más o menos acertadamente se consideran adscritos a la teoría cognitivo-evolutiva".

⁴¹⁵ Bull (1973) y (1970), Kohlberg (1981), (1992) y (2002).

⁴¹⁶ Seguimos el modelo de etapas establecido por Bull (1976).

⁴¹⁷ Sobre esto último *vid.* capítulo I, 2.

Según esta interpretación, la etapa correspondiente entre los nueve y doce años, es una etapa muy importante ya que el menor establece relaciones dentro de la sociedad, comienza a tomar conciencia de pertenecer a un grupo, algo más que sí mismo y su familia, y aparece la idea de justicia. No obstante, es en la adolescencia, a partir de los trece años -etapa de autonomía- cuando el menor adquiere el desarrollo moral que le va a marcar el nivel ya como adulto. Algunos rasgos de esta etapa son que aparece el comportamiento regulado por el ámbito interior de la persona, se tiene independencia de criterio. Además en esta etapa, el menor ha desarrollado su capacidad para el pensamiento abstracto.

Si tratamos de interpretar estas características en el marco jurídico de la capacidad de obrar del menor, podemos afirmar que de fijar una edad, en aras a la seguridad jurídica, y con base en criterios de psicología evolutiva, serían los trece o catorce años. A esta edad, el menor ya está una etapa de desarrollo psicológico adecuado para realizar actos jurídicos y ejercer sus derechos. Ahora bien, no podemos considerar criterio exclusivo esta edad, ya que también dependerá de la naturaleza del acto. Por ejemplo, consideramos que los derechos de libertad de expresión y a ser oído pueden ser ejercidos desde una edad anterior. Asimismo, actos jurídicos complejos requieren asistencia legal o el consentimiento de los padres o tutores de menores maduros, no con base en una incapacidad natural del menor, sino para procurar, debido a su falta de experiencia, su protección.

Pese a contar con el estudio de la psicología, debemos acudir a las reglas interpretativas e integradoras que nos marca la disciplina jurídica, los artículos 1, 3 y 4 del Código civil. Dentro de estas reglas, el artículo 4 del CC contempla la analogía, recurso que procederá cuando las normas “no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”. Al objeto de nuestro estudio, recurriremos a supuestos en los que la norma prevea la capacidad del menor en distintas áreas jurídicas y de forma más concreta, para ejercer derechos de la persona. Nuestro ordenamiento regula supuestos en los que se establecen como más significativas las edades de doce, catorce y dieciséis años. De tal manera, los mayores de doce años serán oídos previamente a la toma de decisiones judiciales que les afecten, por ejemplo, en separación,

divorcio o nulidad del matrimonio de los padres, en cuestiones referentes a la patria potestad, tutela y procedimientos de adopción. Llegados a la edad de catorce años, el ordenamiento jurídico les reconoce capacidad para otorgar testamento, salvo el ológrafo (art. 663 CC), testificar en juicio (arts. 1245 y 1246 CC) y contraer matrimonio (con dispensa del impedimento de edad, art. 46 CC). Finalmente, a la edad de dieciséis años, puede producirse la emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad (art. 317 CC), el beneficio de la mayor edad para los menores sujetos a tutela (art. 321 CC) y el derecho a trabajar que podrá ser ejercido por los menores, aunque sujetos a unas medidas especiales de protección (art. 6 ET).

Por todo lo expuesto, para adecuar la teoría de la capacidad de obrar del menor de acuerdo a su madurez a la necesidad de seguridad jurídica que garantice, de un lado, el ejercicio por parte del menor de sus derechos y su protección, y de otro, la garantía a la otra parte, o a terceros, de que los actos en los que intervengan menores sean válidos, un sector de la doctrina, entre los que se encuentra Martínez de Aguirre⁴¹⁸, teniendo como marco jurídico de referencia el derecho aragonés, proponen de *lege ferenda* que la edad en la que el menor alcance la capacidad de obrar, pero con asistencia de sus representantes legales, sea catorce años. El artículo 5.1 de la Compilación aragonesa establece que “el menor de edad, cumplidos los catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres, del tutor o de la Junta de Parientes. Los actos o contratos sin la debida asistencia serán anulables”. Destacamos del artículo dos caracteres: primero, la determinación de la edad fija, los catorce años, que dota de seguridad jurídica. Segundo, la aclaración de que la edad de catorce años a los efectos de este artículo es independiente de la institución jurídica de la emancipación, ya que se aplica al menor “aunque no esté emancipado”⁴¹⁹.

⁴¹⁸ Martínez de Aguirre (1992), p. 1448.

⁴¹⁹ Compilación de Aragón, artículo 5: “1. El menor de edad, cumplidos los catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres, del tutor o de la Junta de Parientes. Los actos o contratos celebrados sin la debida asistencia serán anulables. 2. Cuando exista oposición de intereses por parte de uno solo de los padres, la asistencia será prestada por el otro. Si la oposición de intereses existe por

Además, otro aspecto muy destacable del derecho aragonés en relación con la capacidad de los menores es que el matrimonio confiere al menor la mayoría de edad⁴²⁰. Por lo que el derecho aragonés regula dos formas de adquirir el estado civil de la mayoría de edad: la general, cuando se cumple los dieciocho años y, la que podemos considerar “especial”, cuando el menor contrae matrimonio. Como afirma Lete del Río⁴²¹ mientras que en el resto de España el matrimonio implica la emancipación⁴²² con las restricciones previstas en el Código civil (artículos 323 y 324), el derecho aragonés establece que el matrimonio no sólo produce el estado civil de casado, sino que además implica el estado civil de mayor de edad, con lo que ello conlleva de reconocimiento de plena capacidad de obrar.

Por otra parte, el tratamiento jurídico específico de los niños con un bloque de derechos, junto con el desarrollo paulatino de una verdadera área jurídica, el derecho de menores, tiene uno de sus fundamentos esenciales en la protección del menor⁴²³. El aspecto protector del derecho hacia los menores queda claramente reflejado en los documentos internacionales sobre derechos del niño como la Declaración de Ginebra de 1924, la Declaración de derechos del niño de 1959 y la Convención sobre los derechos del niño de 1989, así como, en la normativa generada en el ámbito interno, en la Ley Orgánica de protección jurídica del menor de 15 de enero de 1996 (LOPJM) y en las distintas leyes de carácter autonómico reguladoras de la infancia.

parte de ambos progenitores o con el tutor, la asistencia será suplida por la Junta de Parientes. 3. El mayor de catorce años que, con beneplácito de sus padres o mediando justa causa, viva independiente de ellos, tendrá la libre administración de todos sus bienes”.

Artículo 6: “El que no haya cumplido dieciocho años necesita, para aprobar las cuentas de administración de sus bienes y dar finiquito de las responsabilidades derivadas de la misma, la asistencia y asentimiento de la Junta de Parientes o autorización judicial”.

⁴²⁰ Compilación de Aragón, Artículo 4: “Tendrán la consideración de mayores de edad los menores desde el momento en que contraen matrimonio”.

⁴²¹ Lete del Río (2000), p. 78.

⁴²² Artículos 314 C.C.: “La emancipación tiene lugar...2º por el matrimonio del menor...” y 316 C.C.: “El matrimonio produce de derecho la emancipación.”

⁴²³ *Vid. supra* capítulo II. Ello se constata también en los títulos de las obras sobre menores, *vid. entre otros*, Vargas Cabrera (1994), Álvarez Vélez (1994), Linacero (2001).

La protección del menor es, por tanto, un elemento esencial en el derecho de menores, y que justifica la limitación de su capacidad de obrar. Idea que se refleja en los preámbulos de los distintos documentos relativos a menores y reafirmada por la doctrina⁴²⁴.

Ahora bien, la cuestión es determinar por qué se establece la protección. La protección del menor tiene su fundamento en la falta de capacidad natural y siempre teniendo en cuenta el carácter evolutivo de esta capacidad, es decir, es necesario proteger al menor cuando su capacidad natural, en una edad concreta, no le permita realizar un acto jurídico. Esto se logra cuando se restringe su capacidad de obrar o se establece la necesidad de la asistencia de sus padres o tutores u otro representante legal.

Además, la limitación a la capacidad de obrar del menor también viene dada por su situación de dependencia. La patria potestad o la tutela son figuras jurídicas cuya finalidad es la protección del hijo o pupilo. La patria potestad otorga una serie de derechos a los padres pero los contrapone a una serie de deberes para con los hijos. Su función es plenamente tuitiva, con el principio rector del interés superior del hijo. Por ello, y con base en dicho interés⁴²⁵, se puede limitar la capacidad de obrar de los menores. No obstante, estas limitaciones serán interpretadas restrictivamente conforme el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor.

La interpretación restrictiva a las limitaciones de la capacidad de obrar se argumenta en el Preámbulo de la LOPJM con base en el desarrollo de la personalidad del niño y en los estudios científicos que lo avalan, en los que se afirman que asumir por parte del niño la responsabilidad en el ejercicio de sus derechos facilita el desarrollo de su personalidad.

Por otra parte, también opinamos que la justificación de la protección y el interés del menor, se podría causar un desequilibrio en

⁴²⁴ De Castro (1952), pp.175 y 176.

⁴²⁵ En el derecho comparado existen distintas expresiones referentes a este principio jurídico indeterminado, tales como el *best interest of child*, *tout pour l'enfant* y el *favor minoris*. Como veremos más adelante, estas expresiones también han dado lugar a diferentes interpretaciones sobre lo que se debe entender como interés del menor. *Vid infra* capítulo III, 5.

la balanza capacidad de obrar - protección. Es decir, se vaciaría de contenido o se limitaría en exceso la capacidad del menor de edad, lo cual, conllevaría *de facto* la privación del ejercicio de sus derechos para los que, desde el punto de vista de la capacidad natural, fuese hábil. Habilidad que también puede reconocer el ordenamiento jurídico y de lo que encontramos numerosos ejemplos, que son objeto del siguiente apartado.

4. LA CONCRECIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR EN LAS DISTINTAS ÁREAS JURÍDICAS.

Como hemos visto, la consideración de la capacidad de obrar del menor por la doctrina se divide en dos grandes líneas. Una, considera al menor incapaz de obrar debido a su minoría de edad, la cual presupone su incapacidad natural hasta que alcanza los dieciocho años. La otra, establece la capacidad general del menor con las limitaciones prescritas por la ley, la cual atiende a la capacidad natural conforme a su evolución, a la necesidad de protección y a la conjugación de su capacidad de obrar con la dependencia que deriva de la patria potestad o la tutela.

En este epígrafe vamos a exponer brevemente cómo el ordenamiento jurídico español regula de forma expresa la capacidad de obrar del menor, bien determinando una edad o bien remitiendo a la capacidad natural del menor. Estos datos nos servirán de base para interpretar las normas conforme los artículos 1, 3 y 4 del Código civil que nos permita llegar a unas conclusiones sobre la capacidad del menor.

Aunque la sistemática para exponer la regulación de la capacidad de obrar de los menores en el ordenamiento jurídico puede ser muy variada⁴²⁶, hemos optado por la división en áreas jurídicas. El derecho de menores ofrece muchos enfoques, ya que puede ser tratado prácticamente desde todas las áreas jurídicas, aunque tradicionalmente los estudios se han centrado en dos áreas, el derecho civil y el derecho penal. El derecho civil, y más concretamente el derecho de familia,

⁴²⁶ Puede realizarse por la edad del menor, por el grado de intervención del menor en el acto jurídico (por sí mismo, con autorización o con asistencia), por la naturaleza u objeto del acto (actos personales, patrimoniales, sobre protección o estado civil), Ruiz Huidobro y de Carlos (2002), p. 51.

toma en consideración al menor como sujeto de protección, y el derecho penal, estudia el tratamiento del menor como sujeto infractor⁴²⁷. Consideramos que la aproximación al tratamiento jurídico del menor de edad por otras áreas puede ayudarnos a interpretar el alcance de la capacidad de obrar de los menores para, posteriormente, concretarlo a lo que a nuestro estudio interesa, que es la capacidad del menor para ejercer su derecho de libertad religiosa.

4.1. Derecho civil.

Como hemos señalado más arriba, el derecho civil establece un amplio catálogo de supuestos en los que, aún en minoría de edad, se tiene capacidad de obrar. Junto con la edad específica, se regula la capacidad de obrar en relación con la madurez del menor o el suficiente juicio. Por tanto, en nuestra exposición vamos a diferenciar los actos en los que se determina una edad fija, que dota de más seguridad jurídica, del requisito del suficiente juicio, más centrado en el caso concreto y que por ello puede facilitar una resolución más justa. En algunas ocasiones, aparecen ambos requisitos para que el menor tenga capacidad de obrar.

En cuanto al primer supuesto, las edades que más peso tienen en el ámbito civil son los catorce y los dieciséis años. Brevemente⁴²⁸, podemos establecer cuatro grupos de edades, los menores de doce años, los mayores de doce, los mayores de catorce y los mayores de dieciséis años. Los menores de doce años deberán ser oídos en los procedimientos de adopción si tuviesen suficiente juicio. Luego éste es uno de los casos en los que aúnan el requisito de la edad y el de la madurez.

A partir de doce años:

- Es preceptivo el consentimiento del menor para ser adoptado (art. 177.1 C.C) y también en los casos de acogida (art. 173 C.C.).

⁴²⁷ Tolivar Alas (1991), p. 35.

⁴²⁸ Para una exposición detallada *vid.* la obra de Huete Morillo y Marina de Orta (2001) que trata monográficamente la edad en el ordenamiento jurídico español.

- El menor debe solicitar, junto con el adoptante y el padre o madre determinado legalmente, que en el caso de adopción los vínculos con el progenitor determinado y su familia no se extinga, y siempre y cuando el progenitor sea de distinto sexo al adoptante (art. 178.2.2º C.C.).
- Será necesaria la audiencia del menor en la determinación de la tutela (art. 231 C.C.).
- También en relación con la tutela, cuando el tutor pretenda realizar alguno de los actos que recoge el artículo 271 del C.C., deberá contar con la autorización del juez. Éste deberá oír necesariamente a los tutelados mayores de doce años (art. 273 C.C.).
- En los procedimientos de separación, nulidad o divorcio, las medidas relativas a los hijos deberán tomarse en beneficio de ellos y siempre tras oír a los mayores de doce años (art. 92 C.C.).
- En casos de discrepancia en el ejercicio de la patria potestad, resolverá el juez tras oír a los mayores de doce años (art. 156 C.C.) Excepto en el supuesto del artículo 178, todos los casos recogen la posibilidad de aplicarse a los menores de doce años siempre y cuando tengan suficiente juicio.

Como podemos observar, la edad de los doce años así como los supuestos en los que siendo menores de dicha edad se tenga suficiente juicio, son relativos a actos civiles en procedimientos de familia, en los que el menor ejerce su derecho a ser oído, recogido en la Ley Orgánica de protección jurídica del menor, artículo 9⁴²⁹.

Mayores de catorce años:

- Pueden optar por la vecindad civil (art. 14.3 C.C.).

⁴²⁹ "El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y a desarrollo evolutivo de éste...".

- Pueden optar por la nacionalidad española (arts. 20, 21 y 23 C.C.).

Pueden contraer matrimonio previa dispensa de edad (art. 48 C.C.).⁴³⁰

- Tienen capacidad para testar, excepto el testamento ológrafo (art. 663 C.C.).
- Podrán ser testigos los mayores de catorce años, ya que los menores son inhábiles por incapacidad natural según el artículo 1246 C.C
- En los casos de la opción por la vecindad civil y la nacionalidad española, si el mayor de catorce años no está emancipado, requerirá para la realización de estos actos la asistencia del representante legal.

Mayores de dieciséis:

- El Código civil en el artículo 164 exceptúa de la administración paterna los bienes de los hijos mayores de 16 años adquiridos por su trabajo, así como los actos de administración ordinarios.
- Podrán aceptar o repudiar la herencia y siempre que consienta en documento público (art. 166 C.C.).

⁴³⁰ A este respecto, la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 28 de diciembre de 1987 afirmó que “es evidente que para conceder la dispensa de edad para contraer matrimonio a partir de los catorce años basta solamente con que se acredite la existencia de justa causa, la cual habrá de deducirse de la necesaria audiencia del menor y de sus padres. Por esto, si de las comparecencias correspondientes ante el Juez se desprende que no hay presión ni coacción de nadie para que la menor contraiga el matrimonio y que ésta conoce perfectamente la institución matrimonial, no es comprensible que el Juez en su auto afirme todo lo contrario. Su apreciación es meramente subjetiva y está contradicha por el resultado objetivo de las pruebas practicadas. De aquí que haya de prevalecer la opinión favorable del Ministerio Fiscal, en armonía, además, con la misión específica de este órgano en orden a la defensa de los intereses de menores e incapaces.”

- Podrán obtener la emancipación ateniéndose a los requisitos establecidos en el artículo 317 del C.C.
- Para ser testigo en un testamento en el caso especial de epidemia y siempre en número mínimo de tres testigos (art. 701 C.C.).
- Tienen capacidad para ceder los derechos de explotación de sus obras pero en el caso de que vivan de forma independiente con consentimiento de sus padres, autorización judicial o institución que lo tenga a su cargo (art. 44 de la Ley 22/1987 de 11 de noviembre de propiedad intelectual).

4.2. Derecho penal ⁴³¹.

El tratamiento del menor de edad por el derecho penal puede realizarse desde dos ámbitos, como víctima del delito y como autor o interviniente en la comisión del mismo. Nuestro interés se centra en el segundo aspecto y, concretamente, en la regulación penal de la capacidad del menor para ser considerado responsable.

En este sentido, ya nos referimos anteriormente al criterio de la edad de dieciocho años para aplicar el Código penal y a la edad entre catorce y dieciocho años para exigir la responsabilidad de los menores según la ley 5/2000 de 12 de enero⁴³². Otro criterio que queremos destacar es la referencia a la madurez suficiente en el artículo 4.3º de esta misma ley. Dicho artículo prevé que un joven, ya mayor de edad, entre dieciocho y veintiún años, se le aplique la ley de responsabilidad penal de menores. De esto podemos inferir que, como en todo el derecho penal, el criterio intelectual o de suficiente madurez para entender el hecho que se ha cometido acompaña al criterio de la edad. Es decir, no sólo la edad como criterio legal que dota seguridad jurídica en la aplicación de la norma, imprescindible en el ámbito jurídico penal, sino que además de dicha edad la persona que ha delinquido debe tener facultades intelectivas suficientes para ser

⁴³¹ Para un estudio pormenorizado de la minoría de edad en el derecho penal *vid.* Lorca Martínez y Hoyos Montero (1999), Ventas Sastre (2003), Ornosa Fernández (2003), Sánchez Martínez (2002), Castelló Donderis (2002) y Landrove Díaz (2001).

⁴³² Artículo 1 de la LORPM.

condenado conforme al derecho penal. En caso contrario nos encontraríamos ante una eximente que actúa en el derecho penal general⁴³³, y que en el derecho penal juvenil alcanza un significado si cabe aún mayor. Por lo que, como hemos referido anteriormente a lo largo de este capítulo, la capacidad del menor, también en el ámbito penal, va ligada a la madurez o suficiente juicio del que ha cometido el hecho delictivo.

En este sentido, la Ley de Responsabilidad Penal de Menores establece que con catorce años, una persona puede comprender los tipos penales, es decir, se le presume con discernimiento suficiente, y por tanto ser procesado y condenado conforme al derecho penal, salvo que se pueda demostrar que aún con esa edad tiene alterada su capacidad intelectual, y entraría en juego las eximentes del Código penal. Por debajo de esa edad, se prevén los mecanismos de protección determinados en el artículo 3 de esta ley⁴³⁴.

Luego, volviendo a la excepción del artículo 4. 3º, establecer la aplicación de la ley penal de menores a jóvenes de entre dieciocho a veintiún años que no tengan suficiente madurez, a pesar de ser una disposición en beneficio del joven que ha delinquido, es crear una cláusula abierta a la interpretación judicial, lo cual, acarrea cierta inseguridad jurídica. Situación, que en la medida de lo posible, debe evitarse especialmente en el ámbito del derecho penal.

La evolución en el tratamiento jurídico penal del menor que ha cometido un hecho delictivo ha pasado de ser un sistema en el que

⁴³³ Artículo 20 del Código penal: " Están exentos de responsabilidad criminal: 1º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, *no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión...* 2º El que...se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas...que le *impida comprender la ilicitud o actuar conforme a esa comprensión...* 3º El que por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, *tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad...*" (la cursiva es nuestra).

⁴³⁴ Vid. Bueno Arús (2001). El autor considera que la LORPM: "Es sancionadora, porque en todo momento pretende exigir responsabilidad al menor, al considerarle a efectos sociales suficientemente dueño de sus actos. Y es penal porque la responsabilidad procede por la comisión de hechos tipificados en las leyes penales y responde al mismo fundamento que las penas...pero es una responsabilidad diferente, basada en criterios fundamentalmente educativos y de desarrollo de la personalidad del menor...", pp. 72-73.

prácticamente no se diferenciaba un menor de un mayor de edad delincuente, a pretende ser un sistema penal diferente basado en el principio del superior interés del menor y en su carácter educativo.

Sin entrar en valoraciones de la ley de responsabilidad penal de menores y las dificultades que se están constatando en la puesta en marcha de dicha ley, desde un punto de vista más teórico, la consideración y el tratamiento del menor infractor han mejorado enormemente⁴³⁵.

4.3. Derecho laboral⁴³⁶.

Una de las disposiciones más significativas sobre menores, dentro del área del derecho del trabajo, es la capacidad para ser sujeto de una relación laboral desde los dieciséis años, aunque también se prevé que los menores de dicha edad puedan trabajar en espectáculos públicos con el permiso de la autoridad laboral⁴³⁷.

⁴³⁵ Tal y como recogen Lorca y Hoyos (1999) es en 1918 cuando se promulga la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, base de la ley de 1948. Ambos criterios a los que nos hemos referido, la edad y el discernimiento se conjugan en esta ley de forma distinta. El Código Penal de 1822 estableció el criterio de discernimiento entre los siete y los diecisiete años, pudiendo llegar a cumplir la condena en prisión junto con los adultos. El mismo criterio siguió rigiendo en los códigos posteriores, 1848, 1850 y 1870, aunque esta vez, el criterio de la edad se ceñía a las edades comprendidas entre nueve y quince años, como una atenuante que posibilitaba la rebaja de la pena. El código penal de 1944 estableció la mayoría de edad penal a los dieciséis años, pudiendo ser juzgados como adultos, jugando la edad como atenuante de la pena.

⁴³⁶ Lozano Lares (2000), Ruano Albertos (2001), esta autora se refiere a que la medida fundamental en protección de los menores en el trabajo es la adopción de una edad mínima, *vid.* sobre edad mínima en el ámbito laboral pp. 79-146.

⁴³⁷ Art. 6 del Estatuto de los Trabajadores: "1. Se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años. 2. Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos ni aquellas actividades o puestos de trabajo que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previa consulta con las organizaciones sindicales más representativas, declare insalubres, penosos, nocivos o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana. 3. Se prohíbe realizar horas extraordinarias a los menores de dieciocho años. 4. La intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos sólo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre que no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana; el permiso deberá constar por escrito y para actos determinados." Art. 7 capacidad para contratar: "Podrán contratar la prestación de

Por tanto, es a partir de la edad de dieciséis años cuando se regulan otros aspectos de derecho laboral, tales como la capacidad para ejercer derechos y obligaciones derivados de su contrato (art. 7 ET)⁴³⁸.

El artículo 69.2 del E.T. establece que podrán ser electores, en procedimiento de elecciones a órganos de representación, los mayores de dieciséis años, aunque no podrán ser elegibles hasta los dieciocho años. La razón fundamental de esta disposición es que las competencias asumidas por un representante de los trabajadores requieren la capacidad de obrar plena, ya que, probablemente, en su labor tenga que actuar en diversos actos jurídicos que requieran dicha capacidad, la cual se adquiere con la mayoría de edad civil.

El Real Decreto Legislativo 2/1995 sobre procedimiento laboral establece en el artículo 16 la capacidad procesal sobre derechos derivados del trabajo y derechos de naturaleza sindical y de representación, a partir de los dieciséis años.

Respecto a los menores extranjeros mayores de dieciséis años que quieran trabajar en España deberán obtener la autorización administrativa para trabajar o permiso de trabajo (art. 33.1 de Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero).

su trabajo: a) Quienes tengan plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el Código Civil. b) Los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo. Si el representante legal de una persona de capacidad limitada la autoriza expresa o tácitamente para realizar un trabajo, queda ésta también autorizada para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se derivan de su contrato y para su cesación. c) Los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia.”

⁴³⁸ Art. 7. b) E.T.: "Los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo. Si el representante legal de una persona de capacidad limitada la autoriza expresa o tácitamente para realizar un trabajo, queda ésta también autorizada para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se derivan de su contrato y para su cesación".

El artículo 17 del E.T. recoge el derecho a la no discriminación por razón de edad, ámbito en el que, además de los mayores de edad, podemos incluir a los menores con edad mínima legal para trabajar⁴³⁹.

4.4. Derecho administrativo.

El derecho administrativo regula la capacidad de obrar del menor estableciendo el criterio de la edad fija frente a la referencia a la madurez. En vista de las normas administrativas, podemos afirmar que las edades fijas establecidas se corresponden con las del ordenamiento civil, ya que al menor se le reconoce cierta capacidad alcanzadas las edades de catorce o dieciséis, dependiendo del caso. Al igual que en los anteriores ámbitos jurídicos, nuestro derecho considera que, con las edades fijadas por las distintas normas, se presume la capacidad natural del menor para realizar esos actos concretos a los que hace referencia y en contrapartida, hacerse responsables de los mismos. A continuación exponemos una relación no exhaustiva de estos actos.

Los mayores de catorce años:

- El Documento Nacional de Identidad será obligatorio a partir de 14 años, correspondiendo a su titular su custodia y conservación (art. 9.1 de Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero).
- derecho a cazar con la licencia preceptiva. El menor de edad no emancipado necesitará autorización escrita de su representante legal. (art. 3 de la Ley 1/1970 de 4 de abril). No obstante, el párrafo 3º establece una salvedad: "Para caza con armas de fuego o accionada por gases comprimidos será necesario haber alcanzado la mayoría de edad penal o ir acompañado de otro u otros cazadores mayores de edad". A

⁴³⁹ 17.1. E.T.: "Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan *discriminaciones desfavorables por razón de edad* o cuando contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español" (la cursiva es nuestra).

ello hay que apuntar que en el año en el que se promulgó esta ley, la mayoría de edad penal estaba establecida en dieciséis años. Actualmente, la edad penal es dieciocho años, en equiparación con la edad civil, luego en interpretación actual sería ésta edad la vigente para cazar con los tipos de armas establecidos en el párrafo 3º. Como establece dicho texto, ésta es una previsión para cuando el menor cace "en solitario" ya que si es menor de la edad penal, pero va acompañado de cazadores mayores de edad no es necesario observar este precepto. Así se deduce de la preposición disyuntiva "haber alcanzado la mayoría de edad penal o ir acompañado de otros cazadores mayores de edad".

No obstante, existe un Real Decreto sobre armas, 137/1993 de 29 de enero, que establece en su artículo 109 como edad mínima para utilizar armas, bien para caza o para práctica deportiva, los dieciséis años para la categoría 3ª, 1 de armas, y catorce en categoría 3ª, 2 para caza y la 3ª. 3 para competiciones deportivas.

Recientemente, la Orden sobre armas del Ministerio del Interior del 7 de marzo de 2000, se remite a otra orden de 18 de marzo de 2000 en cuanto a las pruebas de capacitación de los menores que soliciten autorización para armas, dependiendo también de la licencia solicitada⁴⁴⁰.

- Podrán obtener la licencia de conducción para ciclomotores, (art. 12.1 del Real Decreto 772/1997, de 30 de mayo).

En cuanto al proceso administrativo, el artículo 30 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común,

⁴⁴⁰ "Primero. Lo dispuesto en la Orden de 18 de marzo de 1998, que regula las pruebas de capacitación para obtener determinadas licencias de armas y los requisitos para la habilitación de entidades dedicadas a la enseñanza correspondiente, además de los supuestos comprendidos en el apartado primero de dicha Orden, será aplicable a los de solicitud de primeras autorizaciones, por parte: De mayores de dieciséis años y menores de dieciocho, para uso de armas largas rayadas para caza mayor, o de tiro deportivo, de calibre 5,6 milímetros para competiciones deportivas. De mayores de catorce años y menores de dieciocho, para uso de escopetas y armas asimiladas, para la caza o para competiciones deportivas".

establece la capacidad procesal del menor, sin especificar la edad, en los casos en los que el ordenamiento jurídico administrativo les permita el ejercicio y la defensa de sus propios intereses⁴⁴¹.

Mayores de dieciséis:

- Para obtener el permiso de circulación tipo A-1⁴⁴².
- Igualmente, la edad para entrar en salas de fiestas, discotecas o recintos calificados por el Ministerio de Cultura para mayores de dieciséis años (Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto).

No obstante hay que precisar que las Comunidades autónomas pueden regular edades superiores, tanto para la compra de tabaco, alcohol o uso de máquinas recreativas, así como el acceso a determinados locales. El fundamento para establecer edades superiores es en virtud de la protección y el principio del interés del menor.

⁴⁴¹ Artículo 30: "Tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate". El siguiente artículo nos proporciona el concepto de interesado: " 1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo: A) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos. B) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte. C) Aquéllos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva. 2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca. 3. Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento".

⁴⁴² Según el artículo 262 el permiso A-1 es relativo a las motocicletas cuya cilindrada no exceda de 75 cm³ y coches de inválido.

4.5. Derecho constitucional: los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales, recogidos en la Constitución de 1978, así como en los documentos internacionales sobre derechos humanos⁴⁴³ se plantean respecto de los menores de edad no desde el punto de vista de la titularidad sino en relación con la cuestión de en qué medida un menor puede ejercer tales derechos.

Este planteamiento, que constituye el *quid* de nuestro trabajo, orientado al derecho de libertad religiosa, se resuelve por nuestro ordenamiento jurídico por varias vías.

En primer lugar, se deben tener en cuenta dos situaciones elementales que afectan al menor: la adquisición gradual de la capacidad natural para entender y querer, es decir, su desarrollo evolutivo⁴⁴⁴, y la sujeción a la patria potestad, institución que se fundamenta en la función tuitiva que los padres deben de tener con sus hijos, con base siempre en el interés del menor y su personalidad, para lo que el ordenamiento les proporciona, entre otros medios, la representación legal de los hijos menores⁴⁴⁵.

No obstante, los derechos personalísimos no admiten ningún tipo de representatividad, ya que afectan a la esfera personal del individuo, por lo que debe ser éste el único que los ejerza. Así lo dispone el artículo 162 del Código civil al que hemos dedicado comentario en este capítulo cuando afirma que “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan:

⁴⁴³ La Declaración de derechos humanos de la ONU de 1948, los Pactos Internacionales que la desarrollan de 1966, La Convención Europea de derechos humanos de 1950 y más concretamente en el ámbito del menor, la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989, entre otros documentos.

⁴⁴⁴ *vid.* capítulo III, 3. y III. 5.1.

⁴⁴⁵ El artículo 154 del C.C. establece que “Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre. *La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad*, y comprende los siguientes deberes y facultades: 1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2. Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos.” La cursiva es nuestra.

1. 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.
2. Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.
3. Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158”⁴⁴⁶.

Del tenor literal de la ley, podemos afirmar que los menores pueden ejercer sus derechos personales. Ahora bien, a pesar de que lo establecido por el artículo 162 del Código civil, la realidad se impone a la hora de determinar que no todos los menores de edad tienen la misma capacidad natural para ejercer sus derechos. Es decir, si la minoría de edad abarca edades tan dispares en el desarrollo de una persona, desde los cero hasta los dieciocho años, es obvio que la capacidad para ejercer estos derechos también esté supeditada a la adquisición del suficiente juicio. La siguiente cuestión es ¿qué sucede con los derechos fundamentales del menor, tales como la educación o la salud, que debido a la falta de madurez suficiente, no pueden ser ejercidos por el menor en edades demasiado tempranas? En estos supuestos es donde consideramos la actuación de los padres “en representación de los hijos”, no en el sentido de ejercer los derechos de éstos sino como facultad derivada de la patria potestad, en el sentido de velar, proteger y guiar al hijo. En definitiva, los derechos son del menor, no de los padres, y éstos actúan conforme a las responsabilidades y a los derechos dimanantes de la institución de la patria potestad.

La situación se complica cuando un menor con madurez suficiente para ejercer su derecho entra en contradicción con la

⁴⁴⁶ 158 C.C.: “El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: ...3º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.”

postura de sus padres. Aunque este va a ser tema a desarrollar ampliamente en el capítulo siguiente, al tratar de la capacidad del menor para ejercer su derecho de libertad religiosa, adelantamos aquí que la institución de la patria potestad no puede actuar imperativamente anulando la capacidad de decisión del menor, con el exclusivo fundamento de la sujeción del hijo a sus padres.

La solución que nos proporciona la ley es el nombramiento de un defensor judicial cuando haya intereses contrapuestos entre padres e hijo⁴⁴⁷. En cambio, cuando la oposición de los padres se fundamente en situaciones de peligro o perjuicios para el menor, como por ejemplo, el menoscabo de su salud⁴⁴⁸ se ejercerá la patria potestad como un mecanismo de protección de los hijos, aunque no como de representatividad.

No obstante, en casos de confrontación padres-hijo, el órgano judicial será el que tenga la última palabra, tras valorar la situación y rigiéndose siempre por el principio del interés superior del niño.

4.6. Especial referencia al derecho canónico⁴⁴⁹.

El c. 96 del vigente Código de derecho canónico establece que “por el bautismo, el hombre...se constituye persona en ella, con los deberes y derechos que son propios de los cristianos...”. En palabras de Fuenmayor⁴⁵⁰, el c. 96 es el precepto básico de la condición canónica de las personas físicas puesto que define la adquisición de la “personalidad jurídica en la Iglesia”.

⁴⁴⁷ Artículo 158 del C.C.: “El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres. Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda. En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.”

⁴⁴⁸ Vid. *infra* capítulo VIII. 3, sobre los supuestos de objeción de conciencia a tratamientos médicos.

⁴⁴⁹ Vid. Coppola (1982), pp. 89-115, señalando que este trabajo es anterior al Código de derecho canónico de 1983.

⁴⁵⁰ Fuenmayor (2002), vol. I, p. 719.

Por otra parte, el c. 97 dispone que es mayor la persona que ha cumplido los dieciocho años, y que antes de esa edad, es menor, en clara consonancia con la legislación civil⁴⁵¹. La edad dispuesta por este canon se toma de referencia para establecer la capacidad de obrar plena en el ámbito canónico. Así, el c. 98 dice que “la persona mayor tiene el pleno ejercicio de sus derechos”, mientras que “la persona menor está sujeta a la potestad de los padres o tutores en el ejercicio de sus derechos, excepto en aquello que por ley divina o por el derecho canónico, los menores están exentos de aquella potestad”. En este último caso, se prima el derecho del menor a seguir los dictados de su propia conciencia. *A priori*, podemos apreciar cierto parecido en la regulación civil y canónica de la capacidad de obrar del menor. Por un lado, se establece una edad “límite” entre la minoría y la mayoría, y por otro lado, se sujeta a la patria potestad o tutela al menor como consecuencia de su capacidad de obrar limitada. Incluso advertimos cierta semejanza entre el c. 98.2 y el art. 162.1 del Código civil cuando se establece la exclusión de la representación de los padres en cuestiones de derechos personales.

A pesar de estas observaciones previas, el Código de derecho canónico establece unas especialidades en la regulación de la capacidad del menor que vamos a exponer.

En primer lugar, y junto con los cánones 96, 97 y 98 ya citados, el c. 11 establece las bases sobre las que se concibe la capacidad de obrar del menor para el derecho canónico. Dicho canon establece que “las leyes meramente eclesíásticas obligan a los bautizados en la Iglesia católica y a quienes han sido recibidos en ella, siempre que tengan uso de razón suficiente y, si el derecho no dispone expresamente otra cosa, hayan cumplido siete años”. Luego la primera novedad respecto a la legislación civil es que el derecho canónico, relativo a la obligatoriedad de sus normas, establece una edad mínima en la que se presume el uso de razón, los siete años, salvo que otra norma disponga una edad diferente. La capacidad para obligarse canónicamente se adquiere a los siete años salvo que el código establezca otra cosa. Así sucede en el c. 1323.1, sobre responsabilidad penal a los dieciséis

⁴⁵¹ El anterior *CIC* establecía la mayor edad en los mismos términos que la civil, en 23 años primero, y posteriormente en los 21, c. 88.

años, el c. 1324.1.4º sobre la plena responsabilidad penal a los dieciocho y el c. 1252 que establece el ayuno entre 18 y 59 años.

Por tanto, para obligarse a las normas de derecho canónico, éste engloba la seguridad jurídica que proporciona el establecimiento de una edad fija con el reconocimiento de capacidad general basada en el desarrollo del uso de razón suficiente a los siete años y estableciendo normas especiales para otros casos en los que se requiera mayor desarrollo. Normas que también se van a regir por el principio de seguridad jurídica, puesto que se fijan las edades requeridas y también los supuestos en los que el menor puede prescindir de la representación de sus padres. Estos casos son los relativos a derechos que se ejercen por los dictados de la propia conciencia: por ejemplo, los cánones 643, 868, 913 y 914 y, otros que establezca el código como el c. 105, (edad de siete años para adquirir cuasidomicilio), el c. 111 (catorce años para elegir rito de bautismo), c. 112 (catorce años para volver al rito latino anterior) y los cc. 874 y 893 (edad mínima de dieciséis años para ser padrino).

Por tanto, podemos afirmar que el derecho canónico distingue tres franjas en la edad. La de los infantes, hasta los siete años, en la que se presume que no hay uso de razón y por tanto son incapaces. A continuación, el tramo de los siete años hasta los dieciocho, en el que se presume el uso de razón, existe una capacidad natural general, que es limitada conforme lo requiera la naturaleza del acto concreto. Así es como se justifica el establecimiento de otras edades a lo largo del Código. Finalmente, cumplidos los dieciocho años, la persona ya adquiere la capacidad de obrar plena, igual que en el derecho civil.

Mención especial requieren las edades mínimas para contraer matrimonio canónico. Históricamente, las edades mínimas establecidas en el derecho canónico concordaban con las edades estipuladas por el derecho romano, doce para la mujer y catorce para el hombre. Criterio de edad fija que respondía fundamentalmente al desarrollo de las capacidades físicas y biológicas para tener hijos. Aunque dichas edades (14 y 12 años) suponían el desarrollo de dichas capacidades, se admitía prueba en contrario, es decir, las edades establecían una presunción *iuris tantum* de la capacidad física y biológica. El *Corpus Iuris Canonici* de 1917, reguló de forma expresa el impedimento de la edad aumentando las edades mínimas en dos

años, quedando así fijadas los dieciséis para el varón y catorce para la mujer.

Actualmente, la regulación canónica del requisito de la edad para contraer matrimonio se recoge en el c. 1083. Dicho texto establece que "No pueden contraer matrimonio válido el varón antes de los dieciséis años cumplidos, ni la mujer antes de los catorce, también cumplidos"⁴⁵².

Aunque ésta es la edad mínima general, el Código, en el mismo canon (1083.2) contempla la posibilidad de que la Conferencia Episcopal establezca una edad superior para la celebración *lícita* del matrimonio. La Conferencia Episcopal Española ha fijado la edad de dieciocho años, coincidiendo con la mayoría de edad civil.

Junto con esta "previsión" y de forma complementaria, el Código recomienda para aquellos casos que aún teniendo edad mínima para contraer válido matrimonio, se aconseja disuadir del mismo si no se tiene la edad con la que es costumbre contraerlo en ese lugar. En este sentido, la Conferencia Episcopal española ha dispuesto los dieciocho años para varón y mujer como esa edad⁴⁵³. A pesar de estas recomendaciones, y aún contraviniendo el c. 1071.1.6⁴⁵⁴, el matrimonio contraído de acuerdo a la edad establecida en el c. 1083.1 es válido.

Aunque este impedimento es dispensable por el ordinario del lugar⁴⁵⁵, no es muy frecuente la solicitud de esta dispensa, ya que las edades del *Codex* son ciertamente bajas y las legislaciones civiles establecen edades superiores. A pesar de ello, para que haya dispensa de edad es necesario el suficiente juicio para emitir válido consentimiento.

⁴⁵² Vid. sobre el impedimento de edad, López-Alarcón y Navarro-Valls (2001), pp. 120-122.

⁴⁵³ Así se dispuso por Decreto General de 7 de julio de 1984, artículo 11. Vid. López-Alarcón y Navarro-Valls (2001), p. 122.

⁴⁵⁴ "Excepto en caso de necesidad, nadie debe asistir sin licencia del Ordinario del lugar: ...6º al matrimonio de un menor de edad, si sus padres lo ignoran o se oponen razonablemente".

⁴⁵⁵ Bernárdez Cantón (1991).

Enlazamos así el requisito de la edad, que en derecho canónico aparece perfilado como un desarrollo físico y biológico necesario para contraer matrimonio, con el requisito de la madurez para prestar el consentimiento matrimonial. Este tratamiento diferenciado de las dos capacidades de la persona para el matrimonio, la capacidad física y la capacidad psicológica, no se encuentra en nuestro derecho civil tan detalladamente regulado⁴⁵⁶.

El c. 1057.1 declara que "El matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles, consentimiento que ningún poder humano puede suplir". Asimismo, el c. 1095.1º establece como incapaces para contraer matrimonio quienes carecen de suficiente uso de razón. A continuación el c. 1096 establece que para que haya consentimiento matrimonial, los contrayentes no deben ignorar que el matrimonio "es un consorcio permanente entre un varón y una mujer, ordenado a la procreación de la prole..." y que dicha ignorancia "no se presume después de la *pubertad*"⁴⁵⁷. Por tanto, para el derecho canónico, alcanzada la pubertad (doce - catorce años) se es hábil para emitir consentimiento matrimonial ya que se tiene la capacidad intelectual suficiente para conocer el significado del matrimonio.

5. LOS FACTORES DETERMINANTES DE LA CAPACIDAD DE OBRAR DE LOS MENORES DE EDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

En vista de la regulación de la menor edad recogida en nuestro ordenamiento jurídico, podemos establecer las líneas que para nuestro derecho delimitan la capacidad de obrar del menor.

Como algunos criterios ya los hemos tratado con más o menos detalle anteriormente, nos referiremos brevemente a ella, remitiéndonos a las páginas en las que los hemos tratado. En cambio, nos extenderemos más en el concepto jurídico indeterminado del

⁴⁵⁶ El código civil mantiene que la edad de 18 años reúne las dos capacidades. Ciertamente, al establecerse una edad superior, la seguridad de que se hayan alcanzado la madurez física y psicológica es mayor pero es menos precisa, no atiende a la realidad. Por lo que podemos afirmar que la regulación canónica, más pormenorizada y compleja, tiene mayor margen de justicia.

⁴⁵⁷ La cursiva es nuestra.

superior interés del niño en cuanto que puede incidir sobre la capacidad de obrar del menor.

5.1. Factores que determinan la capacidad del menor.

La mayoría de edad civil establecida en nuestro ordenamiento y en la mayoría de todos los países occidentales, determina la capacidad de obrar plena. No obstante, este extremo no puede interpretarse de forma restrictiva, denegando cualquier capacidad a los menores de dicha edad. Así se infiere de la legislación que brevemente hemos expuesto. Son múltiples los casos en los que se contempla una edad inferior o la capacidad natural de los sujetos o ambos requisitos. Ello se explica porque la legislación reconoce que todos los actos jurídicos no requieren la misma capacidad y, además, la capacidad de obrar no es un concepto estático como la capacidad jurídica, sino que es dinámico y gradual.

Por tanto, en nuestra opinión, y siguiendo las tesis de autores como Jordano Fraga, la minoría de edad es un estado civil, pero no se equipara necesariamente con la incapacidad de obrar de una persona, sino que se tiene capacidad pero limitada, ya que la plena se alcanza con la mayor edad⁴⁵⁸.

Además, la distinción entre incapacidad de obrar y estado civil de menor de edad se hace más patente en los supuestos de emancipación. El menor emancipado sigue siendo menor de edad, aunque su capacidad de obrar sea más amplia que un menor no emancipado.

⁴⁵⁸ Recordemos la explicación que proporciona De Castro (1952) a la interpretación que equipara incapacidad de obrar con minoría de edad. Según el autor, "pudiera suponerse que al recibirse en los países latinos la distinción alemana entre capacidad jurídica y de obrar, y con ella la afirmación de que los infantes tienen capacidad jurídica pero no de obrar, se tradujera menor en vez de infante. Sin razón teórica o legal se equipara el infante o menor de siete años con el menor en general... El interés que hay en poner en claro el extravío de esa generalizada teoría no es sólo el de una aclaración terminológica, sino que se centra en la interpretación de los textos legales, pues la inversión que defiende, al tratar de excepciones los casos en que las leyes reconocen capacidad de obrar al menor, impone negarle capacidad en todo, menos en los casos "evidentemente taxativos" del texto legal y el interpretar estos mismos de modo restrictivo; mientras que la doctrina clásica lleva a las conclusiones contrarias". pp. 173-174.

5.2. El interés del menor.

El interés del menor es un concepto jurídico indeterminado que constituye principio rector en el derecho de menores⁴⁵⁹. Se trata de una expresión relativamente reciente en nuestro ordenamiento, así como en la mayoría de los sistemas jurídicos occidentales. Podemos afirmar que fue forjándose como un principio a partir de la Declaración de los derechos del niño y que culmina en el derecho internacional con la Convención sobre los derechos del niño de 20 de

⁴⁵⁹ El “interés del menor” aparece mencionado en multitud de textos jurídicos entre los que destacamos, en el plano internacional los artículos 3, 9, 18, 21, 37 y 40 de la CDN de 1989, apartado 8.14 de la resolución del Parlamento europeo sobre una Carta europea de los derechos del niño de 8 de julio de 1992, artículo 4 del Convenio de la Haya sobre competencia de las autoridades y Ley aplicable en materia de protección de menores de 5 de octubre de 1961, artículos 5 y 6 del Convenio de la Haya núm. XXIV sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias de 2 de octubre de 1973, preámbulo del Convenio de la Haya núm. XXVIII sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980, recomendación del Consejo de Europa 1121 (1990) sobre los derechos del niño de 1 de febrero de 1990.

En derecho estatal, artículos 92, 154, 156, 161, 170, 172, 173, 174, 176, 180, 216 y 224 del Código Civil, artículos 2, 9, 11 D.A. tercera de la LOPJM 1/1996 de 15 de enero, artículos 7, 12, 14, 27, 28, 29, 30, 36, 37, 42, 46 y 47 de la LORPM 5/2000 de 12 de enero.

En la legislación autonómica, artículo 10.4 de la Compilación de derecho civil de Aragón, artículo 3.3. de la Ley 12/2001 de 2 de julio de protección de la infancia de Aragón, artículo 6 de la Ley 1/1995 de 27 de enero del Principado de Asturias, artículo 4 de ley 3/1999 del menor de Castilla la Mancha, art. 3 de la ley 4/1994 de 10 de noviembre de Extremadura, art. 3 de la ley 7/1994 de 5 de diciembre de Valencia, art. 3 de la ley 5/1995 de 27 de julio de Cataluña, art. 3 de la ley 3/1997 de 9 de junio de Galicia, art. 3 de la ley 1/1998 de 20 de abril de Andalucía, art. 3 de la ley 7/1995 de Islas Baleares, art. 4 de la ley 3/1995 de 21 de marzo de Murcia, art. 3 de la ley 6/1995 de Madrid, art. 4 de la ley 1/1997 de 7 de febrero de Canarias.

La jurisprudencia ha recurrido en innumerables ocasiones al “interés del menor” en sus fundamentos jurídicos de las resoluciones, citamos a modo de ejemplo las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1987, 9 de marzo de 1989, 11 de noviembre de 1991, 12 de febrero de 1992, 17 de septiembre de 1996, 27 de enero de 1998, 22 de junio de 1998, 27 de enero de 1999, 10 de febrero de 1999, 22 de marzo de 2000, 24 de abril de 2000. Las sentencias del Tribunal Constitucional 4 de diciembre de 1985, 3 de octubre de 1994, 29 de mayo de 2000, 15 de enero de 2001 y 20 de mayo de 2002.

noviembre de 1989⁴⁶⁰, la cual recoge el "interés del menor" como principio general en el artículo 3⁴⁶¹.

Asimismo, también lo hallamos dentro de nuestro ordenamiento como principio rector en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor⁴⁶².

Por otra parte, el concepto que aquí referimos como "interés del menor" ha sido nombrado con diferentes expresiones tales como *favor minoris*⁴⁶³ o *interesse del minore* en el derecho italiano, *best interest of the child* en el derecho angloamericano y *tout pour l'enfant* en derecho francés⁴⁶⁴.

Tradicionalmente, el concepto jurídico del "interés del menor" estaba supeditado al ámbito del derecho privado y más concretamente,

⁴⁶⁰ Langen (1992) se refiere al interés del menor como un principio que apareció a finales del siglo XIX en el que el Estado a través de normas específicas, protegían al niño frente a situaciones de abandono, explotación o maltrato por parte de los padres, pp. 255-156.

⁴⁶¹ "1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño..." Asimismo, el documento de Naciones Unidas HRI/GEN/2/Rev.1 de 9 de mayo de 2001, que establece las directrices en cuanto a forma y contenido de los informes sobre la Convención sobre los derechos del niño, recoge como principio general el interés del menor.

⁴⁶² LOPJM, Artículo 2:" Principios generales. En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva."

⁴⁶³ Quadrato (1995) sitúa el origen de esta expresión en el derecho romano a partir de la figura del *favor imperfectae aetatis* de la tradición jurídica romana justiniana., relativa a la restitución en caso de negocio jurídico en que una de las partes fuese menor y perjudicara al mismo. p.13. Sobre la regulación de este figura *vid. C.I. 2.40 [41].5.*

⁴⁶⁴ Destacamos entre otros estudios sobre el interés del menor a Alston (1994), Díez Picazo (1984), Palacio Sánchez-Izquierdo (2000), pp. 55-64, Wolfson (1992), pp. 7-27, Wolf, J. (1992), pp. 125-134. Ya en el año 1959, coincidiendo con la fecha de la Declaración de los derechos del niño, Donnier (1959), p. 179 manifestaba sus dudas sobre un nuevo concepto que daba título a su artículo, "l'intérêt de l'enfant", preguntándose: "¿Es una idea superficial "puesta de moda" por una fórmula feliz o bien hay alguna idea más profunda?". Texto traducido y citado en Rivero Hernández (2000), p. 25.

al derecho de familia. Y, aunque dicho ámbito sigue siendo esencial, el interés del menor ha adquirido un mayor significado en el conjunto del ordenamiento debido, en gran parte, a la nueva concepción del menor como persona sujeto de derechos y su capacidad gradual para poder ejercerlos⁴⁶⁵. En este sentido, sirva el ejemplo de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores: desde el preámbulo, en el que se establece el interés del menor como un principio rector de la ley, hasta prácticamente la última parte de su articulado, son abundantes las referencias a dicho principio⁴⁶⁶.

Frente a la postura tradicional que consideraba al menor sujeto exclusivo de protección y al que difícilmente se le reconocía capacidad de obrar, en la actualidad, tal y como afirma Rivero Hernández⁴⁶⁷ al menor se "le confiere, sobre todo a partir de cierto momento de su vida (la adolescencia), el *status* de persona (tendencialmente) autónoma; desde esta perspectiva, el interés del menor consiste en adquirir progresivamente mayor autonomía y una identidad de adulto que habilite para ejercer él directamente derechos y libertades indeclinables"⁴⁶⁸.

El motivo de referirnos en nuestro trabajo al "interés del menor" se conecta con esta idea de Rivero Hernández, que compartimos plenamente.

En el mismo sentido, somos de la opinión de Linacero de la Fuente⁴⁶⁹ cuando expresa que la noción de interés del menor "debe determinarse poniendo en relación dicho principio con el *respeto a los derechos fundamentales del niño* consagrados en la Convención de 1989 (derecho a la salud; derecho a la educación; derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; derecho a ser oído..."

⁴⁶⁵ Como mencionamos anteriormente en este trabajo, este paulatino cambio en la concepción del menor se debe en gran parte a los estudios de otras disciplinas como la psicología, la pedagogía y la sociología. *Vid. supra* capítulo III, 3.

⁴⁶⁶ Artículos 7, 12, 14, 27-30, 36, 37, 42, 46 y 47.

⁴⁶⁷ Rivero Hernández (2000), p. 24.

⁴⁶⁸ También en Langen (1992), p. 256.

⁴⁶⁹ Linacero (2001), p. 60.

Por tanto, el "interés del menor" constituye un concepto jurídico llamado sin duda a una ulterior evolución doctrinal, que ha de ocupar un lugar central en la medida en que es un factor determinante de la capacidad de obrar del menor.

A) Determinación del interés del menor. Posturas doctrinales⁴⁷⁰.

El interés del menor es un concepto que recoge el ordenamiento jurídico como principio de base en la solución de todos los asuntos en los que se encuentre implicado un menor de edad. Y como sabemos, es un concepto que no se halla determinado en los textos legales.

Esta indeterminación general se debe fundamentalmente a que el derecho no puede precisar *a priori* cual es el interés de un menor sin tener en cuenta las circunstancias personales, familiares, sociales, culturales, etc. del menor. Aún así, si el ordenamiento jurídico se aventurase a concretar qué es el "interés del menor" podría establecer unos criterios o escasos o muy amplios y, en cualquier caso, podría dejar fuera de consideración esas circunstancias concretas a las que nos hemos referido, por lo que el grado de apreciación en justicia decrecería considerablemente.

Por tanto, la atención al caso concreto por parte de los organismos competentes (administración pública, tribunales...) requiere de un amplio margen de discrecionalidad⁴⁷¹. Contrariamente, esta situación no debe propiciar arbitrariedades, por lo que el juez o persona competente deberá ajustarse a unos criterios básicos en la apreciación del interés del menor en cada caso específico. La técnica de los criterios predeterminados es utilizada sobre todo en el

⁴⁷⁰ Para un estudio más amplio sobre las posiciones doctrinales relativas al "interés del menor" *vid.* Rivero Hernández (2000), pp. 51-84.

⁴⁷¹ Son abundantes las referencias jurisprudenciales al interés del menor. A modo de ejemplo, citamos en la jurisprudencia española las sentencias del TC 141/2000, de 29 de mayo, 154/2002, de 18 de julio, 260/1994, de 3 de octubre y 4/2001, de 15 de enero, las sentencias del TS 415/2000, de 24 de abril, 183/1998, de 5 de marzo, la STS de 17 de septiembre de 1996 y la de 4 de mayo de 1993. En el ámbito de la jurisprudencia del TEDH citamos las sentencias *Johansen c. Noruega*, de 7 de agosto de 1996, *EP c. Italia*, de 15 de noviembre de 1999, *Olsson c. Suecia*, de 27 de noviembre de 1997.

ordenamiento jurídico anglosajón. Concretamente, la *Children Act* de Gran Bretaña y la *Uniform Marriage and Divorce Act* estadounidense contemplan unas pautas para determinar el interés del menor en los casos concretos. No obstante, nuestro ordenamiento no establece expresamente esos criterios a los que debe atenerse el juez, por lo que, en definitiva, la identificación de esos criterios queda en manos de la interpretación judicial, la cual, junto con la doctrina, configurará los criterios básicos de la determinación del interés del menor.

Pese a todo, consideramos oportuno mencionar aquí una serie de criterios recogidos por el profesor Rivero Hernández⁴⁷² para precisar a la vista del caso concreto el interés del menor: 1º Se atenderá a las necesidades básicas del menor tanto materiales (alimento, vivienda...) como espirituales (educación, afecto, juego...). 2º Se tendrán en cuenta las opiniones y deseos del menor de acuerdo a su edad y grado de desarrollo. 3º En la medida de lo posible se mantendrá el *status quo* material y espiritual del menor (residencia, colegio, religión...). 4º La edad, sexo, personalidad, creencias religiosas y otros elementos que configuran la estabilidad y bienestar del menor. 5º Se analizarán los “pros” y “contras” de la situación actual y la subsiguiente a la decisión en interés del menor⁴⁷³ y 6º Se tendrá en cuenta las perspectivas de futuro para el menor (sobre todo en referencia a los adolescentes, de cara a sus intereses personales en los estudios, profesionales...).

La interpretación del concepto de interés del menor, así como su determinación, no ha sido una materia tratada habitualmente por la doctrina, siendo los estudios en el ámbito angloamericano más numerosos que los del ámbito continental europeo, incluida España⁴⁷⁴.

⁴⁷² Rivero Hernández (2000), pp. 203-205.

⁴⁷³ Por ejemplo, el caso recogido en la sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000 sobre restricción del régimen de visitas al padre por pertenecer a una determinada religión y la incidencia de ésta sobre la salud psíquica de la menor. También, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1980 sobre guardia y custodia una menor cuando la madre es testigo de Jehová y el riesgo que supondría para la salud de la hija la negativa a una transfusión sanguínea. En estos casos nos encontramos ante una ponderación de derechos.

⁴⁷⁴ Bromley (1987), Bevan (1988), Alston (1994), Eekelaar (1994). En España, un completo estudio sobre el interés del menor es el realizado por Rivero Hernández (2000), Grande Aranda (2002), pp. 97-121.

Brevemente, las distintas posiciones doctrinales se pueden resumir en tres.

Todas ellas tienen en común la idea de que el interés del menor está dirigido al bienestar –*welfare*, en el derecho angloamericano– tanto físico como psíquico, incluyendo en éste último el bienestar espiritual y afectivo.

Una primera postura concibe el interés del menor como la búsqueda de lo mejor para el menor dirigida desde una instancia superior. Son los padres, el Estado, a través del sistema educativo, etc., quienes deciden y la opinión del menor, conforme a su edad y su grado de desarrollo es un factor que en principio se ve supeditado al primero. Al menor se lo contempla como una persona “de futuro” y considera que el interés se debe fijar con vistas a su posterior vida adulta. Por otro lado, no toma en consideración la opinión del menor sobre cuál es su interés, ya que infravalora la capacidad del mismo para emitir un juicio de valor⁴⁷⁵.

Una segunda postura es la que configura la opinión y los deseos del menor como el elemento primordial para decidir cuál es su interés. Como observamos, es la posición opuesta a la anterior. Si afirmábamos que la postura primera era demasiado rígida y poco atenta a la opinión del menor, esta segunda confiere un excesivo papel a la opinión del menor. Además, hay que tener en cuenta que, en ciertos casos, la opinión del menor puede confundirse con sus deseos inmediatos. Por ello, habrá que atender en todos los supuestos a la edad del menor y a su grado de desarrollo para evitar confundir un deseo con su interés.

En esta línea se decanta la tercera postura. Es quizás la más difícil, ya que pretende hallar un equilibrio entre las dos expuestas anteriormente. Así pues, se trata de ponderar, por una parte, todos los elementos que van a contribuir a formar la personalidad del menor - educación, ambiente familiar, social, cultural...-, y por otra parte, los deseos y las opiniones del menor conforme a su edad, grado de desarrollo y personalidad, con el objeto de optar por una solución que favorezca su desarrollo como persona. Finalidad ésta que constituye

⁴⁷⁵ Donnier (1959), cit. por Rivero Hernández (2000), p. 25.

un principio general en la Convención sobre los derechos del niño⁴⁷⁶ y en la Constitución española⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ Según el documento de Naciones Unidas HRI/GEN/2/Rev.1 de 9 de mayo de 2001 sobre directrices relativas a la forma y el contenido de los informes que deben presentar los Estados partes en los tratados internacionales de derechos humanos, los principios generales de la Convención de derechos del niño son: a) la no discriminación (art. 2), b) el interés superior del niño (art. 3), c) el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (art. 6) y d) el respeto a la opinión del niño (art. 12).

Asimismo, el desarrollo del niño se recoge en el preámbulo y en los artículos 18 y 29 de la Convención de 1989. Artículo 18.1: “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la *responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.*” Artículo 29.1: “Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: a) *Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades*”.

Respecto al artículo 29 CDN existe la resolución del Comité de derechos del niño CRC/GC/2001/1, CRC observación general 1 de 17 de abril de 2001 en el que se concreta el alcance del derecho a la educación, y desarrolla el significado del párrafo 1 citado en los siguientes términos: “1. El párrafo 1 del artículo 29 de la Convención sobre los derechos del niño reviste una importancia trascendental. Los propósitos de la educación que en él se enuncian y que han sido acordados por todos los Estados Partes, promueven, apoyan y protegen el valor supremo de la Convención: la dignidad humana innata a todo niño y sus derechos iguales e inalienables. Estos propósitos, enunciados en los cinco incisos del párrafo 1 del artículo 29 están directamente vinculados con el ejercicio de la dignidad humana y los derechos del niño, habida cuenta de sus *necesidades especiales de desarrollo y las diversas capacidades en evolución*. Los objetivos son el desarrollo holístico del niño hasta el máximo de sus posibilidades (29 (1) (a)), lo que incluye inculcarle del respeto de los derechos humanos (29 (1) (b)), potenciar su sensación de identidad y pertenencia (29 (1) (c)) y su integración en la sociedad e interacción con otros (29 (1) (d)) y con el medio ambiente (29 (1) (e)). 2. El párrafo 1 del artículo 29 no sólo añade al derecho a la educación reconocido en el artículo 28 una dimensión cualitativa que refleja los derechos y la dignidad inherente del niño, sino que insiste también en la *necesidad de que la educación gire en torno al niño, le sea favorable y lo habilite*, y subraya la necesidad de que los procesos educativos se basen en los mismos principios enunciados. La educación a que tiene derecho todo niño es aquella que se concibe para prepararlo para la vida cotidiana, fortalecer su capacidad de disfrutar de todos los derechos humanos y fomentar una cultura en la que prevalezcan unos valores de derechos humanos adecuados. El objetivo es habilitar al niño desarrollando sus aptitudes, su aprendizaje y otras capacidades, su dignidad humana, autoestima y confianza en sí mismo. En este contexto la “educación” es más que una escolarización oficial y engloba un amplio espectro de experiencias

Como bien afirma Rivero Hernández⁴⁷⁸ atender las necesidades del menor y propiciarle un bienestar también dependerá de su edad. Esto se concreta en que un niño pequeño sentirá más necesidad de protección y seguridad que un adolescente, quien, por el contrario, preferirá mayor libertad.

B) El interés del menor, ¿factor determinante de la capacidad?

En vista de las distintas posturas doctrinales, podemos afirmar que las líneas por las que se decanta la determinación del interés del menor son 1º la protección del menor (integridad física, psíquica...), 2º el libre desarrollo de la personalidad y 3º la protección de los derechos fundamentales del menor.

Así las cosas, ¿cómo podemos encajar la cuestión de la capacidad del menor para ejercer sus derechos en el ámbito del interés del menor?

Como hemos visto en el preámbulo de la Convención sobre los derechos del niño de 1989 (arts. 18 y 29), la Constitución española (arts. 10 y 27) y la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero, el desarrollo del niño, en el que se incluye el libre desarrollo de su personalidad, es un derecho del niño, además de ser un deber de los padres, tutores o guardadores y de todo organismo público o privado que se encargue de velar y proteger al menor.

También nos hemos referido a la importancia de que el menor, según su capacidad natural, ejerza su capacidad de obrar. Lo cual consideramos un elemento clave en el desarrollo de la personalidad

vitales y procesos de aprendizaje que permiten al niño, ya sea de manera individual o colectiva, *desarrollar su personalidad, dotes y aptitudes y llevar una vida plena y satisfactoria en el seno de la sociedad.* (la cursiva es nuestra).

⁴⁷⁷ Artículo 10.1. CE: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el *libre desarrollo de la personalidad*, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”

Artículo 27.2 CE: “La educación tendrá por objeto *el pleno desarrollo de la personalidad humana* en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

⁴⁷⁸ Rivero Hernández (2000), p.71.

del menor. Disciplinas como la psicología o la pedagogía⁴⁷⁹ han destacado cómo la responsabilidad en tareas apropiadas para el menor según su grado evolutivo es un factor que favorece el desarrollo de la personalidad. Y, desde el punto de vista jurídico, el reconocimiento de la capacidad de obrar del menor conlleva la adquisición de responsabilidad⁴⁸⁰. Asimismo, el desarrollo de la personalidad lo debemos considerar un elemento integrante en la definición de “interés del menor”. Así lo observamos en Eekelaar, el cual estudia el interés del menor desde tres perspectivas: el interés básico (*basic interest*) en consonancia con el deber y el derecho de protección; el interés en el desarrollo (*developmental interest*), donde situaríamos lo dicho en líneas anteriores; y, finalmente, el interés de la autonomía (*autonomy interest*), el cual confiere al menor un grado de autonomía en la toma de sus decisiones y actuaciones. Nuestra postura encaja en este contenido tripartito realizado por Eekelaar.

Así se consigue un equilibrio, dentro de la complejidad del tema, entre los distintos contenidos que se han dado al interés del menor. Sin caer en los extremos de considerar el interés del menor como una medida exclusivamente proteccionista o una especie de “autodeterminación” del menor, el derecho del libre desarrollo de la personalidad se enlaza con el interés del menor en cuanto contenido de éste y, como medio para lograrlo, con la capacidad de obrar del menor.

Concluimos con la cita textual de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 17 septiembre 1996, que recoge el principio del interés del menor, los derechos del niño y la capacidad progresiva para ejercerlos: “...el interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con él [el menor], que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para

⁴⁷⁹ En el ámbito jurídico, esta idea es expuesta en el preámbulo de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996 de 15 de enero.

⁴⁸⁰ Esta afirmación se refleja claramente en el ámbito del derecho penal, en el que se es *responsable*, es decir, con *capacidad para delinquir*, a partir de los dieciocho años en aplicación del código penal, y con catorce si se trata de un menor, al que se le aplicará la ley orgánica 5/2000 de responsabilidad penal de menores de 12 de enero.

ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los Jueces pueden adoptar (art. 158 del CC) se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor, según se desprende de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, aplicable retroactivamente por cuanto se ha dicho, por mandato constitucional y por recoger el espíritu de cuantas convenciones internacionales vinculan a España (ver Convención de Naciones Unidas de 20 noviembre 1989, ratificada por Instrumento de 30 noviembre 1990)”.

Capítulo IV. LA LIBERTAD RELIGIOSA DEL MENOR DE EDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO ESPAÑOL.

1. DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA: TITULARIDAD Y EJERCICIO DEL DERECHO POR EL MENOR DE EDAD.

1.1. Concepto de libertad religiosa.

El concepto actual del derecho de libertad religiosa⁴⁸¹ podemos resumirlo en el derecho de toda persona a elegir y profesar una religión tanto en el ámbito interno -privadamente- como externo - públicamente- cuyo ejercicio puede realizarse tanto de forma individual como colectiva, a través de un grupo religioso⁴⁸². Esta vertiente positiva del derecho de libertad religiosa que se concreta en profesar una religión, reclama otra vertiente que se materializa en el derecho a no profesar ninguna o a poseer creencias de carácter no religioso (agnóstico o ateo), ya que el derecho de libertad religiosa ofrece una opción que implica el posicionamiento ante el hecho

⁴⁸¹ Martínez-Torrón (1999), pp. 126-139, (1995) pp. 225-248, Castro Jover (1996), Vázquez García-Peñuela (1994a), (1994b) y (1998b), González del Valle (1983), pp. 263-277. Ciáurriz (1984a), pp. 883-902, (1984b), pp. 815-852, (1994), pp. 429-468, Ferrer (1989), Amorós Azpilicueta (1989), pp. 75-80. Prieto Sanchis (1991), pp. 299-341. Jordán (1993), pp. 47-60. Martín Sánchez (1993), pp. 61-96. Mantecón (1994), pp. 85-140, (1996). López-Alarcón (1996), pp. 153-187 y (1998), pp. 573-586.

⁴⁸² Sobre el contenido y dimensión de la libertad religiosa se ha manifestado el Tribunal Constitucional en varias sentencias de las citamos textualmente parte de la STC 177/1996 de 11 de noviembre (F.J. 9º): “ El derecho a la libertad religiosa del artículo 16.1 CE garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación individual. Pero, junto a esta dimensión interna, esta libertad ... incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos a actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros”. En el mismo sentido *vid.* STC 19/1985 (F.J. 2º), STC 120/1990 (F.J. 10º) y STC 137/1990 (F.J. 8º). Un estudio sobre el factor religioso en la jurisprudencia constitucional *vid.* Rodríguez Chacón (1992).

religioso o ideológico (entendiendo aquí el concepto de ideología como *Weltanschauung* o cosmovisión)⁴⁸³.

No obstante, el concepto del derecho de libertad religiosa como derecho humano o fundamental no siempre ha sido así⁴⁸⁴. Desde períodos históricos en los que no existía la libertad religiosa, ya que la religión era una "cuestión de Estado"⁴⁸⁵, hasta los sistemas confesionales en los que el gobernante podía "conceder" la libertad religiosa a aquellas personas que no formaban parte de la religión oficial⁴⁸⁶, los cuales constituían sistemas tolerantes con otras religiones pero que no pueden considerarse un reconocimiento del derecho de libertad religiosa tal y como se entienden en la mayoría de los Estados democráticos actuales.

Incluso una vez instaurada la libertad en materia religiosa ésta se entiende como una relación institucional, Estado – religión, en la que como afirma Martínez-Torrón "las actitudes religiosas individuales apenas existen...lo que cuenta son las relaciones entre poder civil y poder religioso. La libertad religiosa como derecho individual está todavía por llegar"⁴⁸⁷.

Asimismo, la libertad religiosa puede contemplarse desde tres perspectivas: como derecho humano, como derecho constitucional y como derecho matriz⁴⁸⁸. Previamente al desarrollo de las teorías sobre derechos humanos, la libertad religiosa se constituye como pilar básico de las primigenias declaraciones de derechos y libertades⁴⁸⁹, a considerarse un derecho inalienable de toda persona⁴⁹⁰. Es durante el siglo XX cuando surgen los documentos internacionales sobre

⁴⁸³ Martínez-Torrón (1999), pp. 122-139. Llamazares Fernández y Suárez Pertierra (1980), Viladrich y Ferrer (1996), pp. 128 y 144-146.

⁴⁸⁴ Sevilla Andrés (1972), pp. 3-35. González del Valle (2002), pp.235 y ss, Mantecón (1994), pp. 93-105. Sobre la evolución histórica de la libertad religiosa en Europa *vid.* Starck (1996), pp. 4 y ss.

⁴⁸⁵ Recordemos la Roma Antigua en la que la religión tenía carácter público.

⁴⁸⁶ Mantecón (1994), p. 106.

⁴⁸⁷ Martínez-Torrón (1995), p. 232.

⁴⁸⁸ Según González del Valle (2002), p. 239.

⁴⁸⁹ Declaración de derechos de Virginia de 1776 y la Declaración de derechos del Hombre y Ciudadano de 1789.

⁴⁹⁰ Souto Paz (1993), pp. 15-16.

derechos humanos, destacando la Declaración de derechos humanos de Naciones Unidas (10 de diciembre de 1948). Asimismo, la consideración de la libertad religiosa como derecho matriz significa que de ella derivan otros derechos que vienen a ser concreciones del derecho principal, por ejemplo la libertad de culto, el proselitismo, recibir enseñanza religiosa... Finalmente, los derechos humanos recogidos en los distintos textos internacionales se consolidan en las constituciones de los Estados, que los asumen así en su ordenamiento jurídico, dotándolos de una especial protección⁴⁹¹. Tal es el caso de España, que los recoge en el título primero bajo la rúbrica “De los derechos y deberes fundamentales”. Concretamente, la libertad religiosa se halla en el artículo 16 de la Constitución, desarrollado por la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 5 de julio de 1980⁴⁹². Dicho artículo establece: “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”.

De la lectura del artículo la primera llamada de atención se centra en la nomenclatura utilizada. Observamos que se garantiza *la libertad ideológica, religiosa y de culto*.

Esta diversidad de términos no sólo aparece en la Constitución. Los documentos internacionales sobre derechos humanos también utilizan distintas palabras para referirse a este derecho, e incluso algunos tratan de perfilar su contenido en el desarrollo del artículo.

La triple terminología *libertad de pensamiento, de conciencia y de religión* se utiliza en los textos internacionales desde la Declaración de derechos humanos de la ONU de 1948⁴⁹³.

⁴⁹¹ *Vid. supra* capítulo I, 3.

⁴⁹² B.O.E. 24 de julio de 1980.

⁴⁹³ Artículo 18: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y

El Pacto de internacional de derechos Civiles y Políticos de la ONU de 19 de diciembre de 1966 utiliza las mismas palabras para definir el derecho, y de una forma más extensa que la Declaración de 1948, trata de concretar el contenido de este derecho⁴⁹⁴.

En el ámbito de los textos internacionales específicos citamos:

- En razón de las personas a las que se aplica, la Convención sobre los derechos del niño de la ONU de 20 de noviembre de 1989⁴⁹⁵.

- En razón de la materia tratada, la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, 25 de noviembre de 1981⁴⁹⁶. La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de la ONU, 21 de marzo de 1966⁴⁹⁷. La Convención sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares de la ONU, 18 de diciembre de 1990⁴⁹⁸.

colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

⁴⁹⁴ Artículo 18.1.: “Toda persona tiene derecho a la *libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza”.

⁴⁹⁵ Artículo 14.1.: “...el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”.

⁴⁹⁶ Artículo 1º. 1: “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza”.

⁴⁹⁷ Artículo 5: “Estados firmantes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar a todos el derecho a la igualdad ante la ley sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, en el pleno disfrute de los siguientes derechos: ...vii) El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.”

⁴⁹⁸ Artículo 12 “1. Los trabajadores emigrantes y los miembros de sus familias tienen derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Este derecho comprende la libertad de tener o adoptar una religión o creencia de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o creencia, individualmente o

- En el ámbito regional europeo⁴⁹⁹, el documento sobre derechos humanos lo constituye el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa de 4 de noviembre de 1950⁵⁰⁰.

- Posteriormente, con fecha 20 de marzo de 1952, el Consejo de Europa dicta el Protocolo adicional nº 1 al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las Libertades Fundamentales, cuyo artículo es muy importante de cara a nuestro trabajo, ya que aún el derecho de libertad religiosa y los menores de edad en los ámbitos educativo y familiar⁵⁰¹.

en común, tanto en público como en privado, por el culto, el cumplimiento de los ritos, las prácticas y la enseñanza...”

⁴⁹⁹ Aunque en nuestro estudio tratamos en la esfera internacional los documentos universales y los del ámbito regional europeo que son los que afectan a España, no podemos obviar la cita de documentos regionales africanos y americanos que versan sobre derechos humanos. Citamos en el ámbito americano la Declaración americana de los derechos y Deberes del Hombre de la Organización de Estados Iberoamericanos de 2 de mayo de 1948, art. 3: “Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado”. La Convención Americana de derechos del Hombre de la Organización de Estados Americanos de 22 de noviembre de 1966 y concretamente el art. 12. 1: “Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión”. En el ámbito regional africano la Convención Africana sobre derechos humanos y de los Pueblos, o «Carta de Banjul» de 27 de julio de 1981 recoge la libertad religiosa en el art. 8: “la libertad de conciencia, de profesión y la libre práctica religiosa serán garantizadas...”. Respecto de este derecho y su relación con la infancia citamos dos documentos de la Organización para la Unidad Africana, la Declaración sobre los derechos y bienestar del niño africano, de 20 de julio de 1979 y la Carta africana sobre los derechos y el bienestar del niño de 11 de julio de 1990, cuyo artículo 9.1 afirma que “todo niño tiene derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión...”.

⁵⁰⁰ Artículo 9.1. recoge el derecho de toda persona “a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión...implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos...”.

⁵⁰¹ Artículo 2º: “a nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”.

- Más recientemente, la Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea de 10 de diciembre de 2000, también recoge el derecho con la fórmula tripartita⁵⁰².

- Igualmente, en el ámbito de la infancia, el Consejo de Europa sigue la misma fórmula a través de la Carta Europea de los derechos del niño por Resolución de 18 de julio de 1992⁵⁰³.

Como podemos constatar de la lectura de los artículos precedentes, la expresión más generalizada, aunque de ella se aparte nuestro texto constitucional es “el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión”. Ahora bien, la cuestión que se plantea la doctrina es si la utilización de estos diversos vocablos, en los textos internacionales y en la propia Constitución, hace referencia a distintos derechos o si son diferentes expresiones de un mismo derecho⁵⁰⁴. Nosotros compartimos la afirmación de Martínez-Torrón⁵⁰⁵ sobre que, en el caso de la redacción constitucional, la fórmula utilizada tuvo que ver más con el interés de terminar con la situación privilegiada de la Iglesia católica, considerar que todas las confesiones tienen igual libertad ante el derecho y aplicar el principio de igualdad jurídica tanto a las convicciones religiosas como a las no religiosas, que con una cuestión de precisión jurídica. Esto se constata en que el artículo 16 no recoge la libertad de conciencia⁵⁰⁶, que es una de las esferas del derecho que regula⁵⁰⁷. Además, la consideración de la tríada enunciada en los distintos textos, y en especial la Constitución, como un único derecho puede asentarse en que el

⁵⁰² Artículo 10: “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos”.

⁵⁰³ Resolución A3-0172/92. El artículo 8.25 recoge el derecho de todo niño a la libertad de conciencia, de pensamiento y religión.

⁵⁰⁴ Dentro del sector que opina que se trata de un solo derecho que admite varias manifestaciones encontramos a González del Valle (2002), pp. 235-237. Por otra parte, Prieto Sanchís (1991a) p.303, Souto Paz (1999), p. 189, considera que la libertad ideológica es un concepto que desborda el ámbito de la libertad religiosa. También Lerner (1998), pp. 477 y ss.

⁵⁰⁵ Martínez-Torrón (1999), p. 128, también en (1994), p. 188.

⁵⁰⁶ Souto Paz (1993), pp. 92-93.

⁵⁰⁷ Libertad que sí reconoce el Tribunal Constitucional en sentencia 15/1982 de 23 de abril.

desarrollo legislativo del artículo 16 se concreta en una Ley Orgánica de Libertad Religiosa, no existiendo otras leyes referentes a la ideológica y a la de culto⁵⁰⁸.

En cuanto a la terminología utilizada en los documentos internacionales, se trata de vocablos sobre los cuales se han hecho distintas e interesantes construcciones teóricas⁵⁰⁹ cuyo tratamiento exceden del ámbito de este estudio. Sin embargo, y sirva como precisión a la interpretación que de este derecho partimos en nuestro trabajo, compartimos la teoría del sector doctrinal que considera el derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión⁵¹⁰ como *un derecho*⁵¹¹ que tiene distintas dimensiones y con el mismo nivel de protección jurídica que se concreta en las libertades de creer y de actuar en consecuencia⁵¹².

⁵⁰⁸ González del Valle (2002), p. 236.

⁵⁰⁹ *Vid.* Llamazares Fernández (2002), pp. 21 y ss, Souto Paz (1993), Viladrich (1983), pp. 204 y ss., Hervada (1984), pp. 20-46.

⁵¹⁰ Expresión que preferimos frente a la constitucional, puesto que es más precisa y es la comúnmente utilizada en la mayoría de los documentos sobre derechos humanos, incluida la Convención sobre los derechos del niño de 1989.

⁵¹¹ Nótese que en la redacción del artículo 9 del Convenio europeo de derechos humanos se refiere en singular al derecho: "Este derecho implica...". Igualmente en el artículo 18 de la Declaración Universal de derechos humanos se lee: "Este derecho incluye...".

⁵¹² Martínez-Torrón (1999), p. 130-132. Por otra parte Souto Paz (1993) afirma que "...existen coincidencias suficientes entre libertad ideológica y libertad religiosa como para concluir que, en su raíz, se trata de una única libertad y que su posible diferenciación se producirá, en todo caso, en algunas manifestaciones concretas", p.89. Asimismo el mismo autor define la libertad de conciencia como "el derecho del individuo a actuar de acuerdo con su juicio moral y en la consiguiente inmunidad de coacción frente al Estado. Hay por tanto, una estrecha relación entre libertad ideológica y religiosa y libertad de conciencia. La primera establecería las ideas y creencias que habrían de inspirar la actuación del individuo", p. 93, también más extensamente y en relación a la objeción de conciencia pp. 121-141. Llamazares Fernández (2002) afirma que lo que consagra el artículo 16.1 CE no son dos derechos ni dos libertades separables "sino uno y el mismo derecho, una y la misma libertad: la libertad religiosa es la especie del género libertad ideológica y, por tanto, está contenida conceptualmente en ella. ...Ese derecho único, libertad religiosa e ideológica, puede ser observado desde tres perspectivas diferentes, a las que responden las tres denominaciones utilizadas para aludir al mismo por los textos internacionales (DUDH, PIDCP, CEDH): libertad de pensamiento, libertad de conciencia y libertad de religión. pp. 24-25.

Con todo ello, podemos delimitar el contenido del derecho en una vertiente privada (libertad de creer) y en otra pública (actuar en el ámbito social), de tal forma que es ésta última la que va a interesar al derecho, ya que en el ámbito privado no puede realizar injerencias ni disposiciones de ningún tipo, pero en cuanto que el ejercicio de derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión se realiza en el entorno social, sí interviene el derecho incluso legitimando el establecimiento de unos límites. Límites que, en cualquier caso, serán los mínimos para permitir el ejercicio del derecho fundamental.

1.2. Titularidad y ejercicio del derecho por el menor de edad.

Tal y como hemos ido reflejando a lo largo de este trabajo, el menor de edad es titular de los llamados “derechos humanos” por el mero hecho de ser persona⁵¹³ y entre esos derechos se encuentra la libertad religiosa.

Además de los documentos universales y regionales generales sobre derechos humanos que contienen el derecho de libertad religiosa, en el derecho interno español ésta se regula por la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980. Además, en el ámbito de la normativa específica sobre el menor, se reconoce el derecho de libertad religiosa en la Ley 1/1996 de protección jurídica del menor (artículo 6), la Ley 5/2000 de responsabilidad penal de los menores (artículo 56 d), así como en las distintas normas sobre infancia de las CC.AA.

Actualmente, la doctrina no pone en duda que el menor de edad es titular del derecho de libertad religiosa⁵¹⁴. Autores como Martín

⁵¹³ Esta aseveración que en nuestros días no se pone en duda, es fruto de un continuo cambio, en primer lugar, de la concepción de la infancia y en segundo lugar, de la aparición de las modernas teorías sobre derechos humanos. *Vid. supra* capítulo II.

⁵¹⁴ Llamazares (2003), pp. 44-48, Mantecón (1994), p. 123, Serrano Postigo (1983), pp. 815-816, López-Alarcón (1996), pp. 179-182 y (1997), pp. 329-330, Rossell (2001), p. 788, Puente Alcubilla (2001), p. 129, Cebriá (2001-2002). Como ejemplo de opinión contraria citamos a Cagnetti (1964), p. 87 el cual sostiene que el menor será titular del derecho de libertad religiosa cuando adquiera la capacidad natural suficiente: “...il minore non rimane privo del diritto di libertà religiosa fino al compimento degli anni ventuno -*mayoría de edad en ese momento*- ma acquista

Sánchez⁵¹⁵ y González del Valle⁵¹⁶ fundamentan este derecho en la dignidad de la persona, tal y como lo recogió el Tribunal Constitucional español en la sentencia 107/1984 de 23 de noviembre, fundamento jurídico 3.

Aún así, existe una opinión doctrinal⁵¹⁷ que considera innecesario *a priori* establecer en las leyes el derecho de libertad religiosa del menor, ya que directamente se le aplica el artículo 16 de la Constitución, que reconoce a todas las personas el derecho de libertad ideológica, conciencia y religión.

No obstante, la cuestión en que la doctrina queda dividida es la relativa a la capacidad del menor para ejercer su derecho de libertad religiosa. Aunque esta cuestión será objeto de un capítulo específico en este trabajo⁵¹⁸, creemos conveniente resumir ahora la postura de la doctrina sobre la cuestión.

Por una parte, se encuentran los que opinan que aún siendo un derecho del menor, su ejercicio queda encomendado a los padres, o

questo diritto sottraendolo alla sfera dei diritti dei genitori, allorchè raggiunga un grado di maturità psichica tale da poter formarsi una seria convinzione personale in materia di credenze religiose. Nel momento in cui il minore raggiunge questa capacità naturale, egli, a mio avviso, acquisisce simultaneamente la *capacità giuridica e di agire* in ordine al diritto soggettivo pubblico della libertà religiosa...(la cursiva es nuestra)". Nótese como no dice capacidad de obrar sólo sino también capacidad jurídica. En nuestra opinión, esta postura está reconociendo distintos tipos de personas según tenga más o menos "personalidad" según su capacidad natural, lo cual contradice todos los documentos sobre derechos humanos y en caso de los menores no maduros implicaría directamente no reconocerlos ni tan siquiera como personas desde un punto de vista jurídico. Crítica en el mismo sentido, *vid.* Serrano Postigo (1983), p. 817.

⁵¹⁵ Martín Sánchez (2001): "Es evidente que el menor de edad es titular del derecho de libertad religiosa, en cuanto que éste resulta imprescindible para la garantía de la dignidad de la persona". p. 588.

⁵¹⁶ González del Valle (2002): "...el fundamento más exacto de la libertad religiosa estriba en la dignidad humana. Al estar dotada de razón y voluntad, sobre ella recae la responsabilidad de tomar decisiones en ese campo...Tales opciones han de ser dejadas a la libre responsabilidad personal. *La dignidad de la persona explica que la opción religiosa corresponda a los padres o tutores, hasta que se alcance la mayoría de edad, que en el ámbito religioso suele situarse en los catorce años*" (la cursiva es nuestra). p. 238.

⁵¹⁷ Alventosa del Río (1999), p.34.

⁵¹⁸ *Vid infra* capítulo V.

representantes legales, los cuales determinarán la opción religiosa del hijo hasta que éste alcance la mayoría de edad⁵¹⁹. Esta postura ha sido superada por la tendencia doctrinal actual que estima que el menor, además de titular del derecho puede ejercer su derecho de libertad religiosa siempre y cuando tenga madurez suficiente para ello⁵²⁰. Esta solución, aunque más flexible, supone el *quid* de la cuestión, ya que es difícil determinar en qué momento el menor es maduro y quién realiza este dictamen ¿las leyes, la psicología, el juez...?

En la línea doctrinal que sustenta esta opinión citamos a Mantecón y González del Valle, autores que expresamente determinan la edad de catorce años a partir de la cual el menor es capaz de ejercer el derecho de libertad religiosa, con base en el criterio de la madurez psicológica⁵²¹. Igualmente, López-Alarcón fundamenta su postura en la madurez del menor, e incluso, establece una edad más temprana que los autores anteriores para ejercer la libertad religiosa de acuerdo a un criterio analógico, basándose en los doce años como edad clave en el ámbito civil para que el menor sea oído en asuntos familiares y procesales. La edad de doce años es, según palabras textuales del autor, “una edad razonable para que actúe por sí en el ejercicio de los derechos de la personalidad y concretamente de los que incluyen

⁵¹⁹ Cognetti (1964), p. 87, Denaro (2000), p. 521. Rossell (2001) observa que “El menor...pese a que le ha sido reconocida la titularidad del derecho de libertad religiosa parece que no tiene capacidad para poder ejercitar el mismo.” p. 789. Este autor realiza una crítica a los documentos internacionales que cuando recogen el derecho de libertad religiosa del menor es para poner de manifiesto el papel de los padres o representantes legales. Asimismo, aboga por que el menor pueda ejercer su derecho aunque afirma que el problema de determinar cuando el menor es capaz para ejercerlo por sí mismo está aún por resolver. p. 799.

⁵²⁰ Mantecón (1994), pp.123-124, Serrano Postigo (1983), pp. 815-818.

⁵²¹ Mantecón (1994): “En términos absolutos, este derecho se puede ejercer plenamente al alcanzar la mayoría de edad legal, pero normalmente se podrá ejercer a partir del momento en que la persona alcance la suficiente madurez intelectual y psicológica, que convencionalmente suele situarse en torno a los catorce años. En efecto, la tendencia general que se observa es la de ampliar la esfera de libertad y de autodeterminación de los menores a partir de la adolescencia. En este sentido, en caso de conflicto entre el derecho de los padres y la libre opción religiosa de los hijos menores, habría que estar por la libertad del hijo. Pero hasta que el hijo no adquiera aquella madurez mínima, la lógica interna del derecho pide que la opción religiosa sea ejercida por los padres o tutores y así suelen reconocerlo los principales textos normativos y acuerdos o convenios internacionales sobre la materia”, p. 123. También González del Valle (2002), p. 238.

expresamente las leyes en el ámbito de su plena autonomía, como las opciones religiosas, ideológicas y de conciencia”⁵²². Prudentemente, López-Alarcón previene que el criterio cronológico de la edad, doce años, debe ir acompañado de la efectiva madurez del menor en concreto y que las decisiones del menor no sean contrarias a su interés⁵²³. En este sentido, somos de la opinión del autor cuando matiza que “ la decisión del menor sobre sus opciones religiosas e ideológicas debe ser vinculante cuando éste tiene suficiente madurez de juicio y no es perjudicial para su interés; pero, entiendo que sí constituye un criterio práctico ajustarse a dicha edad como indicativa de madurez suficiente del menor, edad que ya es vinculante para formalizar el acogimiento y adopción mediante la intervención del consentimiento del menor mayor de doce años”⁵²⁴.

La postura del profesor López-Alarcón es, en nuestra opinión, muy acertada ya que se trata de establecer una respuesta coherente con nuestro ordenamiento jurídico, por una parte, buscando respuestas dentro de la normativa que establece edades legales para determinados actos en los que se precisa cierta madurez y por otra parte, respetando los principios rectores del derecho de menores, fundamentalmente el interés del menor y el desarrollo de su personalidad.

Por otra parte, Llamazares centra el asunto en dos cuestiones: 1) el derecho a la libre formación de la conciencia del menor y la patria potestad y 2) la relación entre formación en valores y el derecho a la libre formación de la conciencia. El profesor Llamazares considera que el derecho del menor no es susceptible de representación por los padres y que se debe salvar la contradicción derecho del hijo-patria potestad atendiendo a lo dispuesto en la CDN y en la LOPJM, esto es, que la función de los padres no es representar sino “guiar” y “cooperar” en el ejercicio de su derecho⁵²⁵. Por ello, el autor concluye que “si se quiere garantizar que la formación de la conciencia del niño sea realmente libre, los padres tienen que limitar su papel a la mera guía y cooperación renunciando a reproducir sus ideas, creencias y sentimientos (convicciones) en sus hijos. Lo que en el ámbito escolar

⁵²² López-Alarcón (1997), pp. 332-333.

⁵²³ Expresamente, el autor pone el ejemplo de las adscripciones de menores a “sectas peligrosas”. López-Alarcón (1997), pp. 334-335.

⁵²⁴ López-Alarcón (1997), p. 333.

⁵²⁵ Llamazares Fernández (2003), p. 45.

se traduce en que no deberían recibir formación religiosa confesional antes de tener la edad y la madurez suficientes para ser ellos mismos quienes elijan”⁵²⁶. Por lo que respecta a la formación en valores y la libre formación de la conciencia del menor, Llamazares se plantea si es compatible con el derecho del menor la transmisión confesional de valores religiosos en edades en las que el niño carece de capacidad de discernimiento suficiente para valorar las distintas alternativas. El autor pone en duda la legitimidad de la transmisión de valores religiosos a través de la enseñanza confesional y el proselitismo dirigidos a quienes carecen de los mecanismos propios de una persona madura, pudiendo suponer una desprotección o condicionamiento de la libertad del menor⁵²⁷.

Otra cuestión a destacar es que el derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión aparece ligado a otros derechos fundamentales como los derechos de libertad de expresión, opinión y asociación. Además, en el caso de los menores de edad el derecho de libertad religiosa va conectado especialmente con el derecho a la educación en lo referente al derecho que asiste a los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones, tal y como se recoge en el artículo 27.3 de la Constitución española⁵²⁸, el artículo 2 del Protocolo número 1 al Convenio Europeo de derechos humanos⁵²⁹ y el artículo 5 de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981⁵³⁰.

⁵²⁶ Llamazares Fernández (2003), p. 46.

⁵²⁷ Llamazares Fernández (2003), pp. 47-48.

⁵²⁸ Art. 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”.

⁵²⁹ Art. 2: “A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”.

⁵³⁰ Art. 5: “1. Los padres o, en su caso, los tutores legales del niño tendrán el derecho de organizar la vida dentro de la familia de conformidad con su religión o sus convicciones y habida cuenta de la educación moral en que crean que debe educarse al niño. 2. Todo niño gozará del derecho a tener acceso a educación en materia de religión o convicciones conforme con los deseos de sus padres o, en su caso, sus tutores legales, y no se le obligará a instruirse en una religión o

Precisamente, esta conexión de derechos, todos ellos pertenecientes al elenco de derechos humanos, complica la situación del menor de edad en lo referente al ejercicio de su derecho. En primer lugar, por la determinación de la capacidad para ejercerlo, bien no reconociéndole capacidad para su ejercicio hasta que alcance la mayoría de edad, con lo que se elimina la mayoría de los problemas, o bien reconociéndole dicha capacidad cuando adquiriera la madurez suficiente, y en segundo lugar, porque cuando se estima que el menor de edad puede ejercer su derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión es posible que surjan conflictos entre las opciones del menor y los deseos de sus padres o entre el menor y su familia frente al Estado, sobre todo en el ámbito educativo⁵³¹. En estas situaciones entrarán en juego no sólo el conflicto entre derechos fundamentales, sino también la función de la patria potestad, el deber de protección de la infancia, los principios del interés del menor y el desarrollo de su personalidad.

2. EL MENOR DE EDAD Y LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL DERECHO INTERNACIONAL. REGULACIÓN DE LA LIBERTAD RELIGIOSA DEL MENOR EN LOS DOCUMENTOS INTERNACIONALES.

Anteriormente hemos hecho referencia a los documentos internacionales sobre derechos humanos que contemplan el derecho de libertad religiosa. En este apartado, vamos a centrarnos en la regulación de la libertad religiosa del menor en el ámbito de los textos

convicciones contra los deseos de sus padres o tutores legales, sirviendo de principio rector el interés superior del niño”. 3. El niño estará protegido de cualquier forma de discriminación por motivos de religión o convicciones. Se le educará en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y hermandad universal, respecto de la libertad de religión o de convicciones de los demás y en la plena conciencia de que su energía y sus talentos deben dedicarse al servicio de la humanidad. 4. Cuando un niño no se halle bajo la tutela de sus padres o de sus tutores legales, se tomarán debidamente en consideración los deseos expresados por aquéllos o cualquier otra prueba que se haya obtenido de sus deseos en materia de religión o de convicciones, sirviendo de principio rector el interés superior del niño. 5. La práctica de la religión o convicciones en que se educa un niño no deberá perjudicar su salud física o mental ni su desarrollo integral, teniendo en cuenta el párrafo 3 del artículo 4 la presente Declaración”.

⁵³¹ *Vid. infra* sobre la objeción de conciencia en el ámbito educativo y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos y la jurisprudencia española Capítulo VII de este trabajo.

internacionales, distinguiendo entre los específicos sobre infancia y los generales sobre derechos humanos. Asimismo, dentro de esta clasificación, distinguiremos dos niveles, de un lado, el ámbito universal, y de otro, el ámbito regional europeo.

Según el artículo 10.2 de la Constitución española, “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España”.

Este artículo se aplica a los documentos internacionales sobre menores, en primer lugar, porque los menores de edad, como personas, son titulares de los derechos fundamentales y segundo, porque la libertad religiosa pertenece a ese elenco de derechos y está recogido en el artículo 16 de la Constitución española.

Por otra parte, los documentos jurídicos internacionales, como por ejemplo la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989, pasarán a formar parte del derecho interno del Estado cuando se hayan ratificado, y en el caso de España, con la publicación en el Boletín Oficial del Estado⁵³².

Además, no todos los textos a los que nos vamos a referir tienen carácter obligatorio para los Estados firmantes, por lo que su cumplimiento o respeto dependerá del grado de esfuerzo y el interés de cada Estado.

⁵³² Instrumento de Ratificación de 6 de diciembre de 1990, B.O.E. núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

2.1. Documentos específicos sobre menores de edad que contemplan su libertad religiosa.

A) Ámbito universal.

i. La libertad religiosa del menor en la Convención sobre los derechos del niño de Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989.

a. El artículo 14.

La Convención de Naciones Unidas sobre derechos del niño, firmada en Nueva York, el 20 de noviembre de 1989 constituye el documento fundamental sobre los derechos del menor. Este documento, a diferencia de sus predecesores, es un texto más desarrollado, consta de 54 artículos frente a los 5 principios de la declaración de 1924 y los 10 de la Declaración de 1959.

Es el primer documento específico que regula los derechos del niño en el plano universal de naturaleza convencional, no declarativa, lo que conlleva su eficacia jurídica para los Estados firmantes.

La libertad religiosa del menor se regula en el artículo 14:

“1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. 2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades. 3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

Del enunciado de este artículo vamos a detenernos en el punto 2, que obliga a los Estados a respetar el derecho y el *deber* de los padres de guiar al niño en lo concerniente a este derecho y conforme a la evolución de sus facultades.

Hemos destacado en cursiva la palabra “deber” puesto que, en primer lugar, es una de las pocas normas que recoge expresamente

como deber de los padres la orientación en el ejercicio del derecho de libertad religiosa de los hijos, cuando la mayoría de los textos se refieren al derecho de los padres en esta materia y más concretamente, al derecho de los padres de educar a hijos conforme a sus convicciones.

En segundo lugar, la patria potestad es una institución jurídica caracteriza por la relación derecho-deber, es decir, los padres sustentan derechos sobre los hijos en la medida en que cumplen con los deberes en relación a ellos. El deber de los padres en materia religiosa, según la Convención, consiste en guiar al niño en el *ejercicio de su derecho* que da lugar al derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones, derecho que consideramos ejercitable no tanto frente al hijo cuanto frente a la injerencia del Estado, sobre todo en lo concerniente a la enseñanza religiosa y a la objeción a determinadas materias educativas integradas en los planes de estudios.

En consecuencia, queremos destacar que del tenor literal del artículo, se deduce que la guía de los padres para el ejercicio del derecho del hijo supone la titularidad y la posibilidad de ejercerlo por parte de éste, atendiendo a la evolución de sus facultades.

Por otra parte, el proceso de elaboración de este artículo no fue pacífico. En este sentido, Cantwell⁵³³ afirma que uno de los puntos más controvertidos en el proceso de elaboración de la Convención fue, junto con la definición de niño, la intervención de niños en conflictos armados y la adopción, la discusión sobre la libertad religiosa, sobre todo en la frase que incluía la formulación inicial del artículo 14 referente a “la libertad de tener o adoptar una religión...*de su elección*”, ya que entraba en contradicción con las disposiciones de derecho islámico que reconocían este derecho a los padres. Asimismo, el proceso de elaboración de este artículo junto con el debate suscitado en los trabajos preparatorios sobre los temas relativos a la adopción, los derechos de los no nacidos, las prácticas tradicionales dañosas para la salud de los niños y la cuestión de sus deberes son considerados una muestra del pluralismo cultural y religioso de los Estados intervinientes, con el logro de llegar a un acuerdo en la aprobación de

⁵³³Cantwell (1992) , p. 26.

un texto internacional vinculante, a pesar de los “recortes” o la adopción de textos mínimos sobre determinados derechos⁵³⁴.

Creemos oportuno analizar con mayor detalle la elaboración del artículo 14 de la Convención, ya que esto nos ayudará, a través de las distintas posturas sostenidas por los Estados intervinientes, a interpretar más acertadamente el derecho que en él se establece. Además, porque este artículo es el primero que de forma universal, específica y vinculante, regula el derecho de libertad religiosa del menor de edad, y también porque la Convención constituye el documento de referencia en la mayoría de los textos legales sobre menores tanto de ámbito estatal y de comunidades autónomas como otros de ámbito internacional, por lo que su análisis nos ayuda a interpretar el alcance de este derecho también en las normas españolas que a él se refieren.

b. El proceso de elaboración del artículo 14: El alcance de la libertad de pensamiento, conciencia y religión del menor.

El grupo de trabajo desde sus inicios fue presidido por Adam Lopatka, que fue Ministro de Asuntos religiosos de su país y también presidente del Tribunal Supremo⁵³⁵, como representante de Polonia, país que presentó el proyecto de Convención⁵³⁶.

El proyecto de Convención sobre el que comenzaron los trabajos preparatorios se caracterizó por ser un texto más parecido a la Declaración de 1959 que al texto que finalmente se aprobó en 1989, fundamentalmente por la redacción de sus artículos, por un lado escasos y poco precisos, y por otro por la referencia siempre en voz pasiva al menor, quedando el texto un poco desfasado⁵³⁷.

⁵³⁴ Johnson (1992), p. 112.

⁵³⁵ Entre los estudios de nuestro interés publicados por Adam Lopatka destacamos “The Rights of the Child are universal: The perspective of the UN Convention on the Rights of the Child”, en *Ideologies of Children Rights*, 1992. pp. 47-52.

⁵³⁶ Comisión de derechos humanos, resolución 20 (XXXIV) de 8 de marzo de 1978, (E/1978/34).

⁵³⁷ En este sentido se manifestó Austria, Bélgica, Dinamarca, República Federal de Alemania, Grecia y Reino Unido. Como resumen de esta opinión, que compartimos, citamos textualmente el comentario realizado por Países Bajos

Además como en el anterior documento, no se regula el derecho de libertad religiosa del menor, las referencias se circunscriben al ámbito de la no discriminación por motivos religiosos en los artículos I y X.

Un nuevo texto es presentado por Polonia durante de sesión 36ª de la Comisión de derechos humanos⁵³⁸ más amplio (28 artículos), con un lenguaje más preciso y una redacción que considera al niño como sujeto de derechos.

Este texto, al igual que el anterior, no regula el derecho de libertad religiosa del menor; solamente aparece como motivo de no discriminación (artículo 4) y como objeto de respeto debido por todas las personas en aras a una convivencia pacífica (artículo 17). No obstante, destacamos la redacción del artículo 7, que reconoce al niño capaz de formarse un juicio propio, el derecho a expresar su opinión en los asuntos que le conciernan y en particular, al matrimonio, ocupación, tratamiento médico, educación y recreo. Podemos observar que de los asuntos que se mencionan expresamente y especialmente el matrimonio, el tratamiento médico y la educación son ámbitos en los que el factor religioso está muy presente.

El derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión del menor aparece como propuesta de manos de Estados Unidos en el grupo de trabajo⁵³⁹. La propuesta consistió en añadir un artículo 7 bis que regulaba de forma extensa el derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión. Destaca de la propuesta estadounidense la

cuando afirma que dicho proyecto “...it is not considered sufficient to merely try and copy the Declaration of the Rights of the Child which dates back as 1959 and does not reflect the social, economic and cultural developments and changes since then. Moreover, the formulation of the principles in the present draft Convention is rather vague...For these reasons the Netherlands Government seriously doubts the usefulness of a draft convention as annexed to resolution 20 (XXXIV) of the Commission on Human Rights. In its view a draft convention on the rights of the child must consist of timely, up-to-date and concrete principles, accompanied by practical guidelines for application, and supplementary to already existing instruments and activities, in order to avoid unnecessary duplication”. *Vid.* en Comentarios generales recogidos en la sesión 35ª de la Comisión de derechos humanos, E/CN.4/1324.

⁵³⁸ E/CN.4/1349.

⁵³⁹ Una primera propuesta no considerada se hizo en 1982, E/1982/12/Add.1, C. para. 118, y la segunda que ya entró a debate en 1983, E/CN.4/1983/62, para. 52.

minuciosa redacción en cuanto al ejercicio del derecho. A diferencia de otros derechos que simplemente se enuncian sin entrar en más detalle, en el caso de la libertad de pensamiento, conciencia y religión, se expone de forma amplia el contenido del derecho en cuestión insistiendo en su dimensión externa⁵⁴⁰, incluso con mayor precisión que otros documentos relativos a derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de Naciones Unidas o el Convenio Europeo de derechos humanos. En este sentido, algunos representantes estimaron que, estando de acuerdo en introducir este derecho, veían la propuesta de redacción demasiado pormenorizada y propusieron optar por la fórmula empleada en otros documentos sobre derechos humanos, haciendo referencia expresa al Pacto de derechos civiles y políticos de 1966 y la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones⁵⁴¹.

En cambio, otros se mostraron contrarios a que en la Convención se especificara el derecho de educación religiosa y a practicar la religión, ya que opinaban que en el proyecto del documento estaba reflejado implícitamente⁵⁴².

⁵⁴⁰ “1. The States Parties to the present Convention shall ensure that the child has the right to freedom of thought, conscience and religion, including the freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice, and freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching. 2. The States Parties to the present Convention shall ensure that no child is subject of coercion which would impair his freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice. 3. The States Parties to the present Convention shall ensure that the child’s freedom to manifest his religion or beliefs may be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others. 4. The States Parties to the present Convention shall ensure that the child has: a) the freedom to worship or assemble with others in connection with his religion or belief; b) the freedom to make, to acquire and to use to adequate extent the necessary articles and materials related to the rites or customs of a religion or belief; c) the freedom to observe days of rest and to celebrate holidays and ceremonies in accordance with the precepts of his religion or belief; and d) the freedom to establish and maintain communications with individuals and communities in matters of religion and belief at the national and international levels”.

⁵⁴¹ E/CN.4/1983/62, para. 53.

⁵⁴² E/CN.4/1983/62, para. 54.

Otros representantes fueron más claros al mostrar sus dudas más abiertamente a la inclusión del artículo propuesto por Estados Unidos, no por el hecho de no estar de acuerdo con reflejar el derecho del niño a la libertad religiosa, sino porque no tenían claro el alcance de la responsabilidad de los Estados frente al hecho de que en muchos países los hijos siguen la religión de sus padres y generalmente no realizan una elección por sí mismos⁵⁴³.

Finalmente, la propuesta fue rechazada y Estados Unidos presentó una revisión del texto en la que guardando el espíritu de la redacción primigenia, se añadió un párrafo tercero haciendo una referencia al deber de los Estados de respetar la libertad de los padres en cuanto a la educación moral y religiosa de sus hijos conforme a sus propias convicciones⁵⁴⁴.

En 1984, a este texto revisado por EE.UU. se añadieron dos propuestas de redacción más. Por una parte la delegación de Canadá, con un texto más breve en el que se remitía a los documentos internacionales sobre derechos humanos y establecía el papel fundamental de los padres en la dirección del menor en el ejercicio de este derecho a la vez que se introducía como factor a tener en cuenta el desarrollo de las capacidades del menor. Asimismo, las delegaciones de Suecia, Dinamarca Finlandia y Noruega elaboraron otro texto que, en nuestra opinión, es el más acertado puesto que es una síntesis de la propuesta estadounidense y la canadiense, incluye una mención particular al contenido de este derecho y también una

⁵⁴³ E/CN.4/1983/62, para. 55.

⁵⁴⁴ E/CN.4/1983/62, para. 57: "1. The States Parties to the present Covention shall ensure that the child has the right to freedom of thought, conscience and religion, including the right to have a religion or whatever belief of his choice, and freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest, in a manner not incompatible with public order and morals, his religion or belief in worship, observance, practice and teaching. 2. The States Parties shall ensure that the child is subject to coercion which would impair his freedom to have a religion or belief of his choice and shall ensure that every child shall enjoy the right to have access to education in the matter of religion or belief in accordance with the wishes of his parents or, as the case may be, legal guardians, and shall not be compelled to receive teaching on religion or belief against the wishes of his parents or legal guardians. 3. The States Parties to the present Covention undertake to have respect for the liberty of parents and, when applicable, legal guardian to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions."

previsión del deber de los Estados de respetar los deseos de los padres en cuanto al ejercicio de la libertad religiosa por parte de sus hijos, sin olvidar la mención de la capacidad progresiva del niño⁵⁴⁵. Tras la discusión de estas tres propuestas de artículo surgió una nueva redacción elaborada por el Reino Unido, que seguía conservando las ideas propuestas aunque con distinta redacción, esta vez mencionando expresamente los documentos relativos a derechos humanos en general⁵⁴⁶.

Los trabajos de redacción del artículo sobre este último texto, dieron lugar a reflexiones interesantes acerca del papel del Estado

⁵⁴⁵ E/CN.4/1984/71, para 13. La propuesta de Canadá era la siguiente: “The States Parties to the present Convention undertake to ensure the freedom of thought, conscience and religion of the child in accordance with the Universal Declaration of Human Rights and other international instrument that relate to this freedom and subject to the authority of the parents or legal guardian to provide direction to the child in the exercise of this freedom in a manner consistent with the evolving capacities of the child and not incompatible with public order and morals.” Por otra parte, el texto propuesto por los representantes de Suecia, Finlandia, Noruega y Dinamarca fue: “1. The States Parties to the present Convention shall ensure to the child the right to freedom of thought, conscience and religion 2. These rights shall include in particular the right to have or to adopt a religion or whatsoever belief of his choice, and freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, and the right to have unimpeded access to education in the matter of religion or belief of his choice. 3. The States Parties shall, subject to the evolving capacities of the child, respect the wishes, freedoms and rights of the parents or legal guardians in the exercise of these rights of the child and shall ensure the freedom to manifest religion or belief in a manner not incompatible with public safety, order, health and morals.”

⁵⁴⁶ E/CN.4/1984/71, para 17. “The States Parties to the present Convention recognize the right of the child to freedom of thought, conscience and religion in accordance with the principles of the Universal Declaration of Human Rights, the Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination based on Religion or Belief and the International Covenant on Civil and Political Rights, and other relevant international instruments. 2. These rights shall include in particular the right to have or to adopt a religion or whatsoever belief or his choice, and freedom, either individually or in community with others and in public or private to manifest his religion or belief, in conformity with public safety, order, health and morals. 3. This right is subject to the authority of the parents or legal guardians to provide direction to the child in the exercise of this right in a manner consistent with the evolving capacities of the child. 4. The States Parties to the present Convention undertake to have respect for the liberty of the child and his parents or, when applicable, legal guardians, to ensure the religious and moral education of the child.”

respecto del derecho. En este sentido, surgió un fuerte debate acerca de la propuesta estadounidense de introducir en la primera frase del artículo las palabras “y asegurar”, por lo que el Estado debe “reconocer y asegurar” el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión del menor. El Reino Unido fue más allá y propuso sustituir “reconocer” por “asegurar”. La utilización de los distintos verbos trajo a debate la cuestión de si “asegurar” el derecho por el Estado implicaba la obligación por su parte de asegurar una educación religiosa en las escuelas públicas y si era así, bastantes delegaciones se mostraron contrarias puesto que en sus Estados se mantenía la separación Iglesia-Estado y esta “intervención” vulneraría esa situación, por lo que preferían el mantenimiento del verbo “reconocer”.

Frente a esta postura, la representante de Estados Unidos expresó que la función del Estado de asegurar el derecho no implicaba directamente la obligación de suministrar una educación de carácter religioso.

La opinión y la interpretación que de los verbos hicieron las delegaciones de Estados Unidos y Reino Unido no lograron convencer al resto. Entonces, la República Islámica de Irán y el representante de la Santa Sede propusieron mantener la palabra “reconocer” y añadir a continuación “y respetar”. Finalmente, Australia propuso suprimir el verbo “reconocer” y dejar sólo “respetar”, propuesta que esta vez sí fue aceptada por todos ya que se eliminaban las connotaciones e interpretaciones referidas.

Asimismo, en este primer párrafo discutieron y aprobaron la supresión a la referencia expresa a los documentos internacionales sobre derechos humanos a propuesta de los Países Bajos.

La siguiente cuestión suscitada fue relativa al párrafo segundo y trajo a colación la problemática de si la libertad de pensamiento, conciencia y religión constituía tres derechos o si era sólo uno en sus diferentes expresiones. Como ya tratamos anteriormente, nuestra postura es esta última⁵⁴⁷.

⁵⁴⁷ *Vid. supra* capítulo IV, 1.

No obstante, observamos en el texto original redactado por Reino Unido que se dice “*These Rights*”, luego se utiliza el plural dando a entender que se trataría de tres derechos. Pues bien, en los debates de redacción del artículo, el representante de la República Socialista de Ucrania propuso que se recogiera que se trata de un solo derecho, sustituyendo “*These Rights*” por “*This Right*”, aprobándose por unanimidad⁵⁴⁸.

El debate del tercer párrafo referente al papel de los padres respecto del derecho del hijo se centró en eliminar la carga peyorativa de “*authority*” y sustituirla por “*rights and duties*”, es decir, se trata de aclarar que el papel de los padres como titulares de la patria potestad no es una relación exclusiva de sujeción del hijo a los padres o de poder absoluto de éstos sino que la patria potestad implica derechos y deberes respecto de los hijos. La propuesta realizada por la delegación de Finlandia fue admitida por la mayoría de los Estados⁵⁴⁹.

En el mismo párrafo tercero se hace referencia a la capacidad del menor en el ejercicio del derecho. Capacidad reconocida hasta el punto que el representante estadounidense propuso incluir el pronombre relativo “*his*” para que no hubiera lugar a confusiones interpretativas y donde se decía “...parents...to provide direction to the child in the exercise of *this right* in a manner consistent with the involving capacities of the child”, sustituir *this right* por *his right* de tal forma que quedara claro que el papel de los padres es orientar al niño en el ejercicio de su derecho (el del niño) conforme al desarrollo de sus capacidades.

Aprobada esta propuesta, el siguiente punto de interés en el debate se centró en el párrafo cuarto relativo al respeto de los Estados a la libertad del niño y sus padres de asegurar su educación moral y religiosa. Concretamente, Estados Unidos pretendía añadir al final del párrafo la referencia a la educación moral y religiosa en conformidad con sus propias convicciones. En este punto, queremos destacar que el original inglés del texto propuesto y el que definitivamente se aprobó utiliza el pronombre en plural, “in conformity with *their* own convictions”, precisamente porque según la motivación

⁵⁴⁸ E/CN.4/1984/71, para. 27 y 28.

⁵⁴⁹ E/CN.4/1984/71, para. 29 y 30.

estadounidense, era necesario aclarar que la educación debía estar conforme con las convicciones tanto de los padres como del hijo, fundamentalmente como una medida que garantizaba el derecho de la familia frente a la injerencia del Estado en materia educativa. El texto final aprobado fue sugerido por Finlandia aunque manteniendo la idea de fondo propuesta por Estados Unidos⁵⁵⁰.

El texto definitivo del Grupo de Trabajo se aprobó en 1984 aunque con discrepancias de las delegaciones islámicas. Concretamente, el representante de Bangladesh dejó constancia de que este artículo no podría llevarse a cabo en la práctica debido a que contradecía el derecho islámico, el cual establecía que los niños deben ser educados en la religión de sus padres.⁵⁵¹

En 1989, sobre la propuesta de artículo definitivo se realizaron algunas consideraciones que venían a suscitar nuevamente las controversias de las distintas delegaciones sobre este artículo. Nuevo hecho por el que podemos observar que el proceso de elaboración del artículo no fue pacífico.

Salvo correcciones relativas al uso de palabras por cuestión de género introduciendo el pronombre relativo femenino *‘her’* junto al masculino *‘his’*, algo que en la versión original del texto español no tenía particular trascendencia, la problemática volvió a centrarse en dos cuestiones, la primera, la capacidad del niño para tener la religión o creencias de su elección. Tal y como refleja el documento⁵⁵², las posturas eran tan extremas que algunas delegaciones propusieron, ya a esas alturas del proceso de elaboración, la supresión del artículo. Finalmente, el acuerdo fue suprimir el polémico párrafo 2⁵⁵³ con la motivación exclusiva de lograr un consenso en un documento internacional de ámbito universal, por lo que éste carácter implicaba renuncias como las que acabamos de exponer⁵⁵⁴.

⁵⁵⁰ E/CN.4/1984/71, para. 31-33.

⁵⁵¹ E/CN.4/1986/39.

⁵⁵² E/CN.4/1989/48, para. 286 y 287.

⁵⁵³ This right shall include in particular the freedom to have or to adopt a religion or whatsoever belief of his choice and freedom, either individually or in community with others and in public or private...”.

⁵⁵⁴ La idea de renuncia o a tratar determinadas cuestiones de forma general o vaga en el texto final de la Convención se constata en otros ámbitos como la

La segunda cuestión importante se plantea en que derivado de la supresión del párrafo segundo, el derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión del niño quedaba sesgado con relación a otros documentos internacionales sobre derechos humanos que sí contemplan como integrante del derecho la libertad de elección en materia de creencias⁵⁵⁵.

Esta aparente merma de derechos ha sido reflejada por la doctrina con distintas interpretaciones⁵⁵⁶. Parte de doctrina⁵⁵⁷ considera que los derechos del menor deben ser interpretados conforme al texto de la Convención y no a otros instrumentos jurídicos de derechos humanos, como el Pacto de derechos civiles y políticos y como razón alega que a los menores hay que aplicarles la Convención de 1989 ya que es su texto específico y por tanto no hay tal merma de derechos porque si no se incluyó el derecho de elección es porque no se creyó necesario.

protección del *nasciturus*, la edad mínima para intervenir en conflictos armados, la responsabilidad penal del menor y la manipulación genética. En este sentido, Moro (1991) afirma que dada la pluralidad de culturas, religiones y ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados “ha spinto i redattori a sorvolare su alcuni temi particolarmente caldi; a smussare occasioni di contrasto che potevano portare ad alibi per non ratificare la Convenzione; ad adottare talvolta formule vaghe e sfuggenti e perciò piú facilmente accetabili da tutti perché si prestano a letture differenti; a trascurare alcuni nuovi problemi emergenti su cui la riflessione comune non era sufficientemente univoca e non protaba a soluzioni consolidate”. p. 33. *Vid.* también Johnson (1992) quien matiza con tono crítico respecto de este tema que “Those numerous Islamic delegations who came to the Second Reading with Article 7 bis near the top of their agenda, were proof that human rights conventions are taken seriously by more than just the developed countries”, p. 103.

⁵⁵⁵ Artículo 18 del Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos de 1966: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; *este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección*, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan *menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección*. 3...” (las cursivas son nuestras).

⁵⁵⁶ Díaz Barrado (1991), p. 36; Cohen (1989), Tazhib (1996), Puente Alcubilla (2001), 143-145.

⁵⁵⁷ Cohen (1989), citado por Tazhib (1996) y también por Puente Alcubilla (2001), p. 144.

Esta interpretación es criticada por algunos autores⁵⁵⁸, opinión que compartimos, al afirmar que en el proceso de elaboración del artículo queda patente la voluntad de recoger en su texto la libertad de elección de creencias o convicciones a través de una propuesta estadounidense. Además, una vez aprobado el artículo 7 bis (14 definitivo), en el documento que recoge las consideraciones finales al artículo, se sugiere por Suecia que el derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión del niño se interprete conforme al artículo 18 de Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y por tanto, se incluya el derecho de elección⁵⁵⁹.

Por otra parte, hay otros artículos de la Convención sobre derechos del niño que mencionan expresamente la libertad religiosa del menor, el art. 2 y el art. 30.

El artículo 2, relativo al respeto de los derechos sin discriminación, se refiere a la religión, entre otros motivos de no discriminación. Asimismo, prevé que los Estados partes garantizarán que el niño será protegido contra toda forma de discriminación o castigo motivado por las creencias de sus padres, representantes legales o familiares⁵⁶⁰.

Por otra parte, el artículo 30 establece expresamente la libertad religiosa de menores pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, con particular referencia al derecho del menor a profesar y a practicar su propia religión⁵⁶¹. Este extremo fue objeto de diversas

⁵⁵⁸ Tahzib (1996), p. 102.

⁵⁵⁹ E/CN.4/1989/48, para. 289.

⁵⁶⁰ Artículo 2 de la CDN: “ 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.”

⁵⁶¹ Artículo 30 de la CDN: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en

reservas tanto en lo dispuesto por el artículo 14 como por este artículo 30, sobre todo por países islámicos⁵⁶².

ii. La libertad religiosa del menor en otros documentos internacionales de ámbito universal específicos de la infancia.

Por otra parte, el derecho del niño a la libertad religiosa ha tenido especial atención dentro de la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986. El artículo 24 indica que “si la nacionalidad del niño difiere de la de los futuros padres adoptivos, se sopesará debidamente tanto la legislación del Estado de que es nacional el niño como la del Estado de que son nacionales los probables padres adoptivos. A este respecto, *se tendrán debidamente en cuenta la formación cultural y religiosa del niño, así como sus intereses*”⁵⁶³.

En el ámbito penal, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, resolución 45/113 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990, establece la obligación de los centros de garantizar a los menores ingresados el ejercicio de su derecho de libertad religiosa en los siguientes términos: “G. Religión. 48. Deberá autorizarse a todo menor a cumplir sus obligaciones religiosas y satisfacer sus necesidades espirituales, permitiéndole participar en los servicios o reuniones organizados en el establecimiento o celebrar sus propios servicios y tener en su poder libros u objetos de culto y de instrucción religiosa de su confesión. Si en un centro de detención hay un número suficiente de menores que profesan una determinada religión, deberá nombrarse o admitirse a uno o más representantes autorizados de ese culto, que estarán autorizados para organizar periódicamente servicios religiosos y efectuar visitas pastorales particulares a los menores de su religión

común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.”

⁵⁶² Vid. anexo sobre declaraciones y reservas al artículo 14 CDN.

⁵⁶³ La cursiva es nuestra.

previa solicitud de ellos. Todo menor tendrá derecho a recibir visitas de un representante calificado de cualquier religión de su elección, a no participar en servicios religiosos y rehusar libremente la enseñanza, el asesoramiento o el adoctrinamiento religioso”.

Este apartado incluye la doble vertiente del derecho de libertad religiosa, la positiva, el optar por una religión, y la negativa, el derecho a no profesar ninguna. Asimismo, el texto incide en dos de las manifestaciones del derecho de libertad religiosa, la libertad de culto y la instrucción religiosa.

Este documento también recoge como ámbito de manifestación religiosa los usos alimentarios que tienen que observar los adscritos a determinadas religiones (musulmanes, judíos...). El apartado 37 establece que “Todos los centros de detención deben garantizar que todo menor disponga de una alimentación adecuadamente preparada y servida a las horas acostumbradas, en calidad y cantidad que satisfagan las normas de la dietética, la higiene y la salud y en la medida de lo posible, las exigencias religiosas y culturales...”

B) Ámbito regional europeo.

Posteriormente a la Convención sobre los derechos del niño de las Naciones Unidas, el Parlamento Europeo dictó el 12 de julio de 1990 una resolución⁵⁶⁴ referente a dicha Convención, en la que se instaba a los Estados a ratificarla cuanto antes y se pedía a la Comisión la adaptación de este texto al entorno europeo a través de una Carta europea de los derechos del niño. Posteriormente, con fecha 8 de julio de 1992, el Parlamento Europeo emite la resolución sobre una carta europea de derechos del niño⁵⁶⁵. Esta resolución recoge en el extenso artículo 8 unos principios mínimos, entre los que se encuentran cinco puntos relativos a la libertad religiosa del menor. El art. 8.21 supone una novedad en cuanto que es el único documento relativo a menores que recoge expresamente su derecho a la objeción de conciencia, previsión que tiene su fundamento en la garantía de la libertad religiosa como mecanismo, a su vez, de protección del menor, ya que se prohíbe obligar a los menores de dieciocho años a participar en

⁵⁶⁴ Doc. B 3-14436/90.

⁵⁶⁵ Doc. A 3-0172/92.

conflictos armados⁵⁶⁶, el artículo dice que “Todo niño tiene derecho a la objeción de conciencia, de acuerdo con las legislaciones en vigor de los estados miembros. Ningún niño menor de dieciocho años podrá ser obligado a participar directamente en hostilidades bélicas u otros conflictos armados”.

El artículo 8.25 recoge que “Todo niño tiene derecho a la libertad de conciencia, de pensamiento y de religión, sin perjuicio de las responsabilidades que las legislaciones nacionales reservan a estos ámbitos a los padres o personas encargadas del mismo”. Destacamos de este artículo que la referencia a los padres se realiza en cuanto sujetos de responsabilidades para con sus hijos, obviándose la mención expresa de los derechos de los padres, la cual es la que aparece generalmente en la mayoría de los documentos relativos al derecho de libertad religiosa del menor.

El artículo 8.26: “Con el fin de proteger a los menores, conviene un control más estricto de las actividades de las sectas o nuevos movimientos religiosos que puedan tener repercusiones negativas en el ámbito educativo, cultural y social de los niños y hacer suya la Recomendación 1178 del Consejo de Europa de 5 de febrero de 1992, que exige en particular que el programa del sistema general de educación comprenda una información concreta sobre las religiones más importantes y sus principales variantes, sobre los principios del estudio comparativo de las religiones y sobre la ética y los derechos personales y sociales”.

⁵⁶⁶ Como se observa, no se prohíbe la participación de menores de dieciocho años en conflictos armados. Esto es debido a que la Convención sobre los derechos del niño, en un polémico y discutido artículo incluyó la posibilidad de que los Estados reclutaran menores desde los quince años. No obstante se previó la posibilidad de que los Estados parte realizaran reservas a este artículo, entre los que se encuentra España. En su Instrumento de ratificación de la Convención se declaró que “España, deseando hacerse solidaria con aquellos Estados y organizaciones humanitarias que han manifestado su disconformidad con el contenido de los párrafos 2 y 3 del artículo 38 de la Convención, quiere expresar asimismo su disconformidad con el límite de edad fijado en ellos y manifestar que el mismo le parece insuficiente, al permitir el reclutamiento y participación en conflictos armados de niños y niñas a partir de los quince años.»

El apartado 8.27: “Todo niño tiene derecho a gozar de su propia cultura, a practicar su propia religión o creencias y a emplear su propia lengua”.

Apartado 8.32: “El niño deberá ser protegido frente a las enfermedades sexuales. A tales efectos, se les deberá facilitar la información oportuna. Igualmente deberá proporcionársele una educación en materia sexual y las atenciones médicas necesarias con inclusión de las medidas dirigidas al control de la natalidad, dentro del respeto de las convicciones filosóficas y religiosas.”

Podemos afirmar, que la Resolución sobre la Carta europea de derechos del niño incide en apartados independientes en el derecho de todo niño a practicar su religión, y a otros elementos muy importantes, tales como la educación sexual y la información y protección frente a sectas o grupos religiosos que pudieran menoscabar los derechos del menor, elementos que muestran la importancia de interpretar el derecho de libertad religiosa del menor en el marco de la realidad social, e insistir en aquellas circunstancias en las que pueden existir conflictos de intereses y derechos.

Por otra parte, destacamos el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996. Este convenio, según el artículo 1, tiene por objeto "promover en aras del interés superior de los niños, sus derechos, de concederles derechos procesales y facilitarles el ejercicio de esos derechos velando por que los niños, por sí mismos, o a través de personas u órganos, sean informados y autorizados para participar en los procedimientos que les afecten ante una autoridad judicial". Estos procedimientos, según el artículo 1.3, son los de familia y en particular los relativos al ejercicio de responsabilidades parentales, como el derecho de visita. Precisamente, es en este ámbito donde pueden existir conflictos en torno al derecho de libertad religiosa.

Más concretamente, el capítulo II del mismo convenio trata en una sección específica sobre los derechos procesales del niño, en el que se recoge el derecho a recibir información pertinente sobre el caso, ser consultado, expresar su opinión y ser informado de las posibles consecuencias de actuar conforme a esa opinión y de las posibles consecuencias de cualquier resolución. El Convenio, para

determinar la capacidad del menor en lo referente a su contenido, remite al derecho interno, el cual establecerá cuando el niño tiene suficiente discernimiento.

El Convenio no trata de forma expresa de la libertad religiosa del menor, pero es aplicable en la medida en que en procedimientos de familia puede suscitarse conflictos en los que el factor religioso es causa del mismo o determinante en su resolución. Ejemplo de ello es que ante una separación o divorcio, se otorga la guarda y custodia a una parte, o se restringe el derecho de visitas, motivado en que la otra es miembro de un grupo religioso, generalmente minoritario o distinto de los que socialmente son más aceptados. Posteriormente, nos referiremos a casos concretos resueltos por los Tribunales.

2.2. Documentos no específicos sobre menores que regulan aspectos sobre su derecho de libertad religiosa.

A) Ámbito universal⁵⁶⁷.

La Declaración Universal de los derechos humanos, primer documento relativo a los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas, ve la luz en Nueva York el día 10 de diciembre de 1948. Este texto tiene como sujeto también al niño, aunque no se le mencione expresamente, ya que es aplicable a todo ser humano sin distinción. La aplicación directa de la Declaración a los niños se infiere de la propia redacción de su articulado, a través de la utilización de las palabras "todos los seres humanos", "nadie", "todo individuo" y "toda persona". La Declaración recoge el derecho a libertad religiosa en el artículo 18: "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión...".

Además, el interés de la Declaración por la infancia o la minoría de edad se refleja en diversos artículos en los que se trata expresamente. En concreto los artículos 16, acerca de la edad mínima para contraer matrimonio, el artículo 25, relativo a las necesidades básicas para el desarrollo personal y el artículo 26 sobre el derecho a la educación.

⁵⁶⁷ Souto Galván (2000) y García Pardo (2000).

El 19 de diciembre de 1966 en Nueva York, se aprobaron en Naciones Unidas dos pactos internacionales que confieren carácter preceptivo a la Declaración de los derechos humanos, son el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales. La libertad de pensamiento, conciencia y religión se recoge en el artículo 18 de pacto de derechos civiles y políticos⁵⁶⁸.

Además de desarrollar la Declaración de derechos humanos, se establece un sistema para garantizar estos derechos, materializado a través del Comité de derechos humanos.

Aunque son documentos no específicos de menores, estos documentos recogen varios artículos relativos al reconocimiento de derechos y protección de la infancia, en concreto, los artículos 6.5, 10.2 y 3, 14.1 y 4, 18.4, 23.4, 24 del Pacto de derechos civiles y políticos y los artículos 10, 12.2 y 13.3 del Pacto de derechos económicos, sociales y culturales.

Por otra parte, ya en el ámbito propio del derecho de libertad religiosa, debemos mencionar la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981⁵⁶⁹.

Este documento consta de ocho artículos. Entre ellos merece particular atención el artículo 5, relativo a los menores⁵⁷⁰, que regula el derecho de libertad religiosa en los ámbitos familiar y educativo, en los que los padres tienen la decisión sobre la religiosidad del niño.

Es destacable en esta redacción que no se menciona el grado de madurez del menor para poder ejercer su derecho a la libertad religiosa, y se supedita las decisiones de los padres al principio del interés superior del niño. Así se recoge en el artículo 5 "1. Los padres, o en su caso, los tutores legales del niño tendrán el derecho a

⁵⁶⁸ Sobre el proceso de elaboración, contenido e interpretaciones de este artículo *vid.* Evans (1997), pp. 194-212. Martínez-Torrón (1994a).

⁵⁶⁹ Res.36/1955. *Vid.* comentario a la Declaración en Evans (1997), pp. 227-257.

⁵⁷⁰ Martínez-Torrón (1994a), pp. 154-160.

organizar la vida dentro de la familia de conformidad con su religión o sus convicciones y habida cuenta de la educación moral en que crean que debe educarse al niño. 2. Todo niño gozará del derecho a tener acceso a educación en materia de religiosa o convicciones *conforme a los deseos de sus padres* o, en su caso, sus tutores legales, *y no se le obligará a instruirse en una religión o convicciones contra los deseos de sus padres o tutores legales*, sirviendo de principio rector el *interés superior del niño...*⁵⁷¹.

Podemos decir que este artículo no trata la libertad religiosa del menor "per se", sino más bien el derecho de los padres en relación con la educación de sus hijos.

Por otra parte, un elemento importante que sí recoge este artículo es que "la práctica de la religión o convicciones en que se educa un niño no deberá perjudicar su salud física o mental ni su desarrollo integral...", en clara referencia a las sectas llamadas destructivas, tema que desarrollaremos en un posterior epígrafe⁵⁷².

Otro documento que versa sobre un ámbito muy cercano al niño es la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, adoptada el 14 de diciembre de 1960 por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. En ella se menciona la religión como causa no discriminatoria. Además, el artículo 5 se refiere al derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus creencias, en consonancia con el artículo 5 de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones y, también, con el artículo 13 del Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Finalmente, el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) establece en el artículo 4.3 relativo a las garantías fundamentales en el trato humano que "Se proporcionará a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten y en particular: a) recibirán la educación, incluida la

⁵⁷¹ La cursiva es nuestra.

⁵⁷² Vid. *Infra* capítulo VIII.

educación religiosa o moral, conforme a los deseos de los padres o, a falta de éstos, de las personas que tengan la guarda de ellos. b)...”.

B) Ámbito regional europeo.

Al igual que en el plano universal, en el ámbito europeo se promulgaron textos relativos a derechos humanos, que evidentemente, también se aplican a la infancia.

El Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950⁵⁷³ recoge la libertad religiosa en los artículos 9, 14 y en el artículo 2 del protocolo I⁵⁷⁴. Mientras que el artículo 14 se refiere al principio de igualdad, la libertad religiosa se regula en el artículo 9⁵⁷⁵, del que deriva el artículo 2 del protocolo I⁵⁷⁶, referente al derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos conforme a sus convicciones⁵⁷⁷.

⁵⁷³ Entrada en vigor en España el 4 de octubre de 1979, tras el depósito del instrumento de ratificación.

⁵⁷⁴ Un análisis exhaustivo tanto de la libertad religiosa en el Convenio Europeo como de las decisiones de la Comisión y el Tribunal europeo de derechos humanos en materia religiosa lo encontramos en Martínez-Torrón (1986), pp. 403-496; (1994), pp. 141-237; (2001), pp. 89-131, Evans (1997), pp. 262-362.

⁵⁷⁵ “1. Toda persona tiene derecho a la libertad del pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observación de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no pueden ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la Ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.”

⁵⁷⁶ “A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.”

⁵⁷⁷ En este epígrafe hacemos una referencia breve al Convenio y a los artículos citados debido a que en el siguiente capítulo trataremos más extensamente las resoluciones del Tribunal Europeo de derechos humanos en materia de menores y libertad religiosa, por lo que tendremos que referirnos necesariamente al contenido de dichos artículos.

La relación del artículo 2 del Protocolo I con el derecho de libertad religiosa – en este caso, de los padres – expresado en el artículo 9 del CEDH queda patente en la segunda oración del artículo. No obstante, la línea interpretativa de la Comisión Europea y el Tribunal de derechos humanos se caracteriza por primar el derecho a la educación, recogido en la primera frase del artículo, o desde otro punto de vista, se subordina el derecho de los padres de la segunda frase del artículo al derecho a la educación de los hijos. El caso más paradigmático lo hallamos en los fundamentos jurídicos de la sentencia *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*⁵⁷⁸.

Esta idea es comentada por Evans⁵⁷⁹, quien considera que el artículo 2 del Protocolo I es una *lex specialis* en relación con el artículo 9, ya que trata sobre libertad religiosa de los padres en la educación de sus hijos, que, sin embargo, se está subordinando la segunda frase del artículo 2, referente al derecho de los padres, a la primera frase, que establece el derecho a la educación. En este sentido, las convicciones de los padres serán respetadas siempre y cuando no entren en conflicto con el derecho a la educación de los hijos⁵⁸⁰.

En nuestra opinión, la subordinación que muestra Evans y que se constata en algunas resoluciones de la CEDH y el TEDH, en principio podría entenderse como un valor positivo para los menores, al primar el derecho a la educación de los hijos frente al deseo de los padres, a través de la acción “protectora” de los poderes públicos que velan para que el menor reciba una educación integral. Evidentemente, consideramos esta posible interpretación desacertada en tanto en cuanto viene a desacreditar las funciones de la patria potestad y a establecer un halo de sospecha en las orientaciones religiosas o filosóficas que los padres quieran dotar a la educación de los hijos, junto con el espinoso asunto que se plantea al dejar en manos de los poderes públicos la capacidad para decidir qué orientación educativa es o no apropiada cuando, con esta decisión, va implícito un juicio de valor sobre las convicciones de los padres.

⁵⁷⁸ *Vid. infra* capítulo VII.

⁵⁷⁹ Evans (1997), pp. 342-343.

⁵⁸⁰ Evans (1997), p. 354.

No obstante, esto no es óbice para que el Estado intervenga en aquellas situaciones que sean constitutivas de delito o consideradas como un ejercicio negligente de la patria potestad.

Finalmente, debemos referirnos al papel desempeñado por el menor en el marco del artículo 2 del Protocolo I. Este artículo, aunque recoja un derecho de los padres, tiene también como sujeto, aunque pasivo, la persona del menor de edad en el papel de hijo. El planteamiento que se nos ofrece es determinar hasta qué punto los padres pueden ejercer este derecho sin tener en cuenta la opinión del menor. Consideramos que este derecho cederá en el momento en que el menor pueda elegir para sí la orientación, religiosa o no, de su educación, lo cual constituye un elemento de su derecho de libertad religiosa. El *quid* está en determinar cuándo se produce este momento. Como observamos, este planteamiento nos deriva a la capacidad del menor para ejercer su libertad religiosa, tema central objeto de nuestro trabajo⁵⁸¹.

Evans⁵⁸² trata esta cuestión refiriéndose a los niveles educativos. El autor se refiere a que el derecho de los padres se limitará a aquella etapa de la vida del menor en la que los decisión de los padres tenga primacía sobre la del hijo, etapa que corresponde con la educación básica, y esto, aunque no se refiera a ello el autor, deberá ajustarse al desarrollo de las capacidades del menor⁵⁸³.

Por otra parte, con fecha 2 de octubre de 1997 se firma el Tratado de Ámsterdam⁵⁸⁴, documento que modifica, sin derogarlos sino complementándolos, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas.

El Tratado consta de tres partes, un anexo y trece protocolos. Nos interesa especialmente la segunda parte, que trata de simplificar los

⁵⁸¹ *Vid. infra* capítulo V sobre los factores determinantes de la capacidad para el ejercicio de la libertad religiosa.

⁵⁸² Evans (1997), pp. 344-345. Harris, O'Boyle y Warbrick (1995) sostienen la opinión de que el artículo 2 se refiere a la educación básica, p. 541. Citado por Evans (1997), p. 345.

⁵⁸³ De la opinión de que el artículo 2, en principio, abarca más allá de la educación básica son Van Dijk and Van Hoof (1990), p. 473. Citado por Evans (1997), p. 345.

⁵⁸⁴ Entró en vigor el 1 de mayo de 1999.

Tratados constitutivos de las tres Comunidades Europeas, al objeto de suprimir disposiciones desfasadas y adaptar el texto de otras a los nuevos intereses y objetivos europeos. Uno de los logros del Tratado de Ámsterdam es la afirmación formal de los derechos humanos, lo cuáles no aparecían en los tratados fundacionales de la Comunidad Europea y a lo que contribuyó en gran medida la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. El artículo 6 (antiguo artículo F) del Tratado de la Unión Europea afirma el respeto a los derechos humanos según el Convenio Europeo de derechos humanos y Libertades Fundamentales y las constituciones de los Estados miembros. Asimismo, vale la pena destacar también el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que es completado por un nuevo artículo del Tratado de Ámsterdam en lo relativo al principio de no discriminación. Este nuevo artículo añade junto a la no discriminación por razón de nacionalidad (artículo 12) la referencia a otros motivos: el sexo, el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual.

Este artículo es aplicable a la libertad religiosa de los menores de edad en tanto que el documento recoge como motivo de no discriminación la religión o convicciones y la edad, motivo este último que no es usual encontrar en los documentos relativos a derechos humanos. Asimismo, el artículo 13 no sólo incrementa los motivos por los que no puede ser discriminada ninguna persona, sino que además prevé un mecanismo de protección consistente en que el Consejo podrá adoptar medidas para luchar contra la discriminación⁵⁸⁵.

⁵⁸⁵Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, Artículo 12 (antiguo artículo 6): "En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, podrá establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones."

Artículo 13 (antiguo artículo 6 A): "Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual."

Más recientemente, la Unión Europea ha promulgado la Carta de los derechos Fundamentales⁵⁸⁶. El artículo 21, al igual que el artículo 13 añadido por el Tratado de Ámsterdam, se refiere expresamente, entre otros motivos, a la no discriminación por razón de edad⁵⁸⁷.

La mayor novedad de la Carta, sobre el tema que nos ocupa, se halla en la inclusión en un documento sobre derechos humanos de carácter general de un artículo independiente relativo a los derechos de los menores. Así, el artículo 24 titulado "derechos del menor"⁵⁸⁸, regula la protección y el interés del menor, como principios rectores de todo lo relativo a los menores, así como el derecho de audiencia en todo aquello que les afecte, en función de su edad y madurez.

Como podemos apreciar, este artículo no tiene como objetivo sistematizar los derechos de los niños, pese a su enunciado, sino que preferentemente se trata de una disposición acerca de los principios rectores: protección e interés del menor. No obstante, introduce a la par de los principios, el derecho de audiencia al menor en todo aquello que le afecte y el derecho a la libertad de expresión. ¿Cómo debemos entender esta inclusión? ¿Se trata de derechos preferentes dentro del marco jurídico de los menores o se pretende hacer énfasis en los derechos de participación del menor, sin jerarquizar el resto de sus

⁵⁸⁶ D.O.C.E. Doc. C 364/01, 18 de diciembre de 2000. *Vid.* Carrillo Salcedo (2001) sobre el significado político y jurídico de la Carta.

⁵⁸⁷ Artículo 21: "1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados."

Artículo 22: "La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística."

⁵⁸⁸ "1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. 2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial. 3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses".

derechos? Nos inclinamos por esta segunda apreciación. Los motivos que esgrimimos los podemos resumir en dos. Primero, porque de haber enunciado en este artículo el conjunto de derechos del niño, la Carta incurriría en una reiteración del todo innecesaria, ya que están regulados por un completo documento internacional como es la Convención internacional sobre los derechos del niño de 1989 y suscritos por una Resolución del Parlamento Europeo acerca de una Carta de derechos del niño de 1992, y además, sería una referencia un tanto desproporcionada con relación al contenido general de la Carta. Segundo, porque de realizarse una enunciación de los derechos del menor, los redactores de la Carta podrían eludir la mención de otros derechos, causando dificultades interpretativas sobre si los derechos contemplados son jerárquicamente más importantes o no con respecto a otros documentos relativos a derechos de menores⁵⁸⁹.

En definitiva, la inclusión en este artículo de derechos de participación, junto con los principios del interés y la protección del menor es una tendencia que se aprecia también en normas de ámbito estatal y autonómico en los últimos años⁵⁹⁰.

Asimismo, los derechos de participación del menor han sido tratados por cada vez más investigadores de los derechos del niño⁵⁹¹. Normas de un lado y estudios de otro, que tratan de sensibilizar y establecer líneas de actuación sobre la consideración del menor como ciudadano que tiene la posibilidad, a través del ejercicio de sus derechos de participación, de integrarse como sujeto activo en su entorno social, siempre en la medida de sus posibilidades, atendiendo a su grado de madurez⁵⁹², no sólo para ejercitar los derechos de

⁵⁸⁹ En el mismo sentido, es nuestra opinión acerca de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996 de 15 de enero. *Vid. supra* Capítulo III, 1.

⁵⁹⁰ *Vid.* Preámbulos de la LOPJM y leyes autonómicas.

⁵⁹¹ Hart (1996) y (1993), Stalford (2000), pp.101-131, Smith (2002), pp.77-88, Cantwell (1993), pp. 130.

⁵⁹² La capacidad del ciudadano para ejercer su derecho de participación tiene uno de sus mayores exponentes en el derecho de sufragio. Como es sabido, los menores de dieciocho años no pueden ejercitar su derecho a voto en la elección de representantes políticos. No obstante, son numerosos los municipios españoles que han puesto en funcionamiento el Consejo de infancia, órgano de discusión y decisión, más o menos vinculante dependiendo del gobierno local, y en el que participan los niños y niñas del municipio en asuntos que les afecta, como por ejemplo el diseño de parques y juegos infantiles. El Parlamento Europeo en la

participación sino lo que es también muy importante, para entender y asumir la responsabilidad que la participación implica⁵⁹³. Incluso desde el ámbito penal, las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), resolución 45/112 de la Asamblea General, de 14 de diciembre, establece en el párrafo tercero de sus “Principios fundamentales” que “Los jóvenes deben desempeñar una función activa y participativa en la sociedad y no deben ser considerados meros objetos de socialización o control.”

Esta interpretación del artículo 24 puede sustentarse en los trabajos preparatorios de la Carta. Inicialmente, en la propuesta de artículo 9 dentro del Proyecto de carta de derechos fundamentales se hace una referencia a la protección de los niños sin ninguna precisión⁵⁹⁴. No obstante en el artículo 19 del proyecto⁵⁹⁵ relativo a la no discriminación se sugiere la inclusión de un apartado 3 en el que se reflejara, al igual que el artículo 6 de la Constitución finlandesa, que “los niños deben ser tratados como personas de pleno derecho y deben poder influir en los asuntos que les afecten personalmente según corresponda a su grado de madurez.” Si bien, otros comentarios advirtieron en que quizás este apartado debería incluirse en otro lugar,

Resolución sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea de 1996 afirma en el párrafo 23 que “Los Estados miembros fomenten la participación política de los niños, en particular en la formación de parlamentos juveniles representativos a nivel local, regional y nacional, y la participación de los niños en organizaciones y asociaciones regidas democráticamente.” Asimismo el párrafo 24 establece que “ los Estados miembros fomenten la participación social de los niños, e particular mediante la designación de representantes de los niños, siguiendo el ejemplo de Noruega u otros modelos experimentados; en este sentido, es importante que existan instituciones u organismos que, de forma independiente e imparcial, supervisen efectivamente el respeto de la legalidad vigente y los derechos de los niños y las niñas”. Referencias doctrinales a estas experiencias son Casas (1998), pp. 267-271, Hart (1993) y Dekeuwer-Défossez (1993), p. 23.

⁵⁹³ En esta línea se expresa Van Bueren (1995) cuando afirma que “...recognition that children as human beings are entitle not only to care and protection, but also to participate in decisions involving their own destinies to a greater extent than is generally recognised.”, p. xxii.

⁵⁹⁴ Artículo 9: “Vida familiar. 1. Toda persona tiene derecho a fundar una familia. 2. La Unión velará por la protección de la familia en los ámbitos jurídico, económico y social. 3. La Unión velará por la protección de los niños.” Charte 4123/1/00 Rev 1 Convent 5, 15 de febrero de 2000.

⁵⁹⁵ Charte 4137/00, Convent 8, 24 de febrero de 2000.

como por ejemplo, junto con los derechos de los padres y de la familia.

En los posteriores documentos preparatorios de la Carta desaparece del primigenio artículo 9 relativo a la vida familiar la referencia a la protección de los niños para incluirlo junto con la sugerencia de la participación de los niños en todos los asuntos que les afecte, en un artículo independiente, en respuesta como recoge la exposición de motivos del artículo a diversas peticiones e inspirándose en la Convención sobre los derechos del niño. La propuesta del artículo 23 bajo el título “derechos de los niños” afirma que “Los niños deben ser tratados como personas de pleno derecho y deben poder influir en los asuntos que les afecten personalmente según corresponda a su grado de madurez.”. Entre las enmiendas a este artículo⁵⁹⁶, varias sugieren la inclusión del principio del “interés superior del niño” así como el derecho a la protección y cuidados⁵⁹⁷, otras proponen una referencia explícita a la protección contra amenazas a la maduración intelectual y la integridad psicológica y sexual del niño, que podríamos asociar con la actuación o procedimientos de determinadas sectas⁵⁹⁸. Además no faltan enmiendas que consideran innecesario la inclusión de este artículo y abogan por su supresión⁵⁹⁹.

El artículo 23 bajo el nombre “Protección de los niños” es completado posteriormente en los siguientes términos: “1. Los niños tienen derecho para su bienestar a la protección y a los cuidados necesarios. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en

⁵⁹⁶ Charte 4360/00, Convent 37, 14 de junio de 2000.

⁵⁹⁷ Enmiendas 474 (Vitorino), 475 (Olsen), 476 (Valette/Melograni), 478 (O’Kennedy), 479 (Hirsch Ballin/Patijn), 482 (Gnauck), 484 (Hermange), 485 (Cisneros), 486 (Tarchys), 488 (Maij-Weggen), 490 (Haenel) y 493 (Korthals Altes).

⁵⁹⁸ Enmiendas 487 (Rodotà/Paciotti/Manzella) y 491 (Dehaene).

⁵⁹⁹ Enmiendas 471 (Goldsmith) y 472 (Berthu). Finalmente, la propuesta de artículo se estableció en los siguientes términos: “1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente sobre los asuntos que les afecten, y esas opiniones serán tenidas en cuenta en función de su edad y su madurez. 2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por instituciones públicas o privadas de protección social, el interés superior del niño deberá primar.” Según las enmiendas 474 (Vitorino), 476 (Valette/Melograni), 478 (O’Kennedy), 479 (Hirsch Ballin/Patijn), 484 (Hermange), 485 (Cisneros), 486 (Tarchys), 487 (Rodotà/Paciotti/Manzella), 489 (Loncle), 490 (Haenel), 491 (Dehaene) y 493 (Korthals Altes).

cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. 2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial.⁶⁰⁰ Y tal y como recoge la explicación al artículo en los trabajos de redacción se afirma que “Este artículo está basado en la Convención de Nueva York sobre los derechos del niño, firmada el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por todos los Estados miembros, y, en particular, en sus artículos 3, 12 y 13”⁶⁰¹, es decir, en el principio de interés superior de niño y en parte de los derechos de participación.

Finalmente, queremos destacar que los trabajos preparatorios se refieren al “niño” hasta la redacción del texto completo de la carta, que se opta por el término “menor”, jurídicamente más apropiado.⁶⁰²

En lo respecta a la libertad religiosa del menor, podemos incluirla en este artículo a través de la necesidad de escuchar al menor en lo concerniente todas las materias que le afecten, por lo que podemos considerar también los asuntos que afecten su libertad religiosa, tales como a recibir o no una educación religiosa, el uso de prendas de carácter religioso, asistir a oficios o ritos religiosos., por lo que al manifestar su opinión en esta materia junto con la audiencia debida, ejerce su derecho de libertad religiosa.

Por otra parte, el Parlamento Europeo, en resolución sobre las sectas en Europa, de 18 de marzo de 1996, muestra su preocupación por las actividades de las sectas destructivas en las que se ven implicados los niños. Ante la situación de estos menores, considera

⁶⁰⁰ Texto completo de la Carta, doc. Charte 4422/00 Convent 45.

⁶⁰¹ Doc. Charte 4423/00 Convent 46, 31 de julio de 2000.

⁶⁰² Doc. Charte 4470/00 Convent 47, 14 de septiembre de 2000, texto completo de la Carta propuesto por el Praesidium a raíz de las reuniones de los días 11 a 13 de septiembre de 2000 sobre la base del documento Charte 4422/00 Convent 45, Artículo 24: “derechos del menor. 1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. 2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial. 3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con sus dos padres, salvo si es contrario a sus intereses.”

necesario reforzar el control de estos grupos desde las instancias políticas, judiciales y administrativas siempre desde el respeto al derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión y la libertad de asociación, pero teniendo en cuenta que estos derechos tienen límites debido a la necesidad de respetar la libertad y la intimidad de las personas y de protegerlas frente a prácticas como la tortura, la esclavitud o el abuso sexual. En definitiva, impedir que se vulneren los derechos fundamentales. Temática que adquiere una dimensión más preocupante cuando las personas adscritas a las sectas destructivas son menores de edad⁶⁰³.

3. EL MENOR DE EDAD Y LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL.

3.1. La libertad religiosa del menor en la legislación unilateral del Estado.

La Constitución española de 1978 recoge el derecho fundamental de libertad religiosa en el artículo 16, del que son también titulares los menores. Asimismo, la Constitución establece en el artículo 27.3 en el marco del derecho a la educación, el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos conforme a sus convicciones.

La libertad religiosa se desarrolla a través de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. En el desarrollo orgánico del artículo 16 se ha omitido en la nomenclatura de la ley la referencia a la libertad ideológica y de culto del texto constitucional y solamente aparece con el nombre de libertad religiosa. Como ya tratamos al comienzo de este capítulo, consideramos que esta omisión no tiene mayor trascendencia en cuanto entendemos que la mención del artículo 16 constituye tres dimensiones de un mismo derecho, y por tanto abarcable por esta Ley Orgánica.

En el artículo 2 se regula el ámbito de aplicación y contenido del derecho siendo predicable de *toda persona*, con lo que se incluye al menor de edad, aunque no lo mencione expresamente⁶⁰⁴.

⁶⁰³ *Vid. infra* capítulo VIII, en el que tratamos más extensamente sobre nuevos movimientos religiosos y menores.

⁶⁰⁴ Artículo 2. 1: “La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de

En el mismo artículo, el menor sí figura en lo concerniente a la educación religiosa y moral que puede recibir, pero se expresa mostrando al menor como sujeto pasivo del derecho de otras personas (por regla general sus padres) a elegir el tipo de educación, aún cuando el menor tenga madurez suficiente para optar por sí mismo, lo cual queda patente en el texto del artículo al afirmar que las personas podrán elegir para sí y “para los *menores no emancipados*⁶⁰⁵ e incapacitados, bajo su dependencia, fuera y dentro del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. Por lo que, según el tenor literal de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, una persona no emancipada depende en su educación religiosa de sus padres o tutores hasta que cumpla dieciocho años de edad.

Esta interpretación literal puede discutirse. En primer lugar, porque debemos tener en cuenta el año de promulgación de esta ley, 1980, y las posteriores normas tanto de carácter internacional como estatal que supusieron una nueva concepción en el tratamiento jurídico de la minoría de edad, de las cuales, la Convención de 1989 y la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor pasan a ser el referente en la interpretación de todas las normas que afecten a los menores, incluida la Ley Orgánica de Libertad Religiosa en el aspecto que tratamos.

En segundo lugar, porque el ejercicio del derecho de libertad religiosa, como de todos los derechos fundamentales, está excluido de

toda persona a: Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas. Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades, celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales. Recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento; 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. Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas de conformidad con el ordenamiento jurídico general y lo establecido en la presente Ley Orgánica”.

⁶⁰⁵ La cursiva en el texto es nuestra.

la representación legal, por lo que los padres en estos supuestos no actúan como representantes legales sino como expresión del deber de educar, velar y proteger a los hijos, funciones propias de la institución de la patria potestad. Funciones que en lo relativo a la libertad religiosa del hijo menor de edad se ejercerán de forma diferente de acuerdo con la edad del menor. Esto significa que el papel de los padres evolucionará desde su función eminentemente decisoria en los primeros años de vida del hijo, hasta llegar al carácter protector y orientador cuando el hijo alcance la adolescencia, etapa adolescente en la que muchas de nuestras normas jurídicas⁶⁰⁶ determinan que el menor tiene capacidad para realizar determinados actos y/o ejercer derechos fundamentales.

Anteriormente, al referirnos a la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos, hemos visto cómo ésta va ligada a la institución de la patria potestad, regulada en los artículos 154-171 del Código Civil. Concretamente, el artículo 162 constituye el marco sobre el que debe interpretarse el alcance del derecho a la libertad religiosa del menor⁶⁰⁷, indicando que se extiende a " 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".

En lo que respecta a la normativa específica sobre menores en el ámbito del derecho estatal, debemos mencionar aquí dos normas, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores (LORPM), modificada por las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000⁶⁰⁸.

La LOPJM en el título II, recoge en el artículo 6, dentro de catálogo de "derechos del menor", el derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión⁶⁰⁹.

⁶⁰⁶ Artículo 164 del Código civil. *Vid supra*. Capítulo III, 4.

⁶⁰⁷ Areces Piñol (1999), p.48.

⁶⁰⁸ *Vid supra* Capítulo III. 1.

⁶⁰⁹ Artículo 6: "1. El menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión. 2. 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. 3. Los padres o tutores tienen el derecho y el

Este artículo a diferencia de otros documentos no especifica ni mínimamente el contenido de este derecho, por lo que se tiene que recurrir a la interpretación conforme a otros documentos y especialmente, la Convención sobre derechos del niño, como documento específico. Aunque, por otra parte, sí establece los límites al ejercicio del derecho (los establecidos por la ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás) así como determina la función de los padres o tutores respecto de este derecho afirmando que éstos tienen el derecho y el deber “de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral”.

En el ámbito penal, la reciente Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores, contempla el derecho de libertad religiosa en el artículo 56 bajo el enunciado de los “derechos de los menores internados”. Este extenso artículo consta de dos partes, una primera en la que a modo de marco general en el que se encuadran los derechos del menor internado se dice que “1. Todos los menores tienen derecho a que se respete su propia personalidad, su *libertad ideológica y religiosa* y los derechos e intereses legítimos no afectados por el contenido de la sentencia...”, y una segunda parte que contiene la relación de derechos del interno, entre los que vuelve a aparecer la libertad religiosa, en la que textualmente se dice que “2. En consecuencia, se reconocen a los menores internados los siguientes derechos: ...d. derecho al ejercicio de los derechos civiles, políticos, sociales, *religiosos*, económicos y culturales que les correspondan...”⁶¹⁰.

Como sabemos, la escuela es el ámbito más usual, junto con la familia, en el que el menor puede manifestar su libertad religiosa. La Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación⁶¹¹ regula en varios artículos la libertad religiosa del menor. Esta nueva Ley modifica, entre otras, la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la Educación y la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, suprimiendo y sustituyendo por otras disposiciones los

deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral.”.

⁶¹⁰ Las cursivas son nuestras.

⁶¹¹ B.O.E. núm. 307 de 24 de diciembre de 2002.

artículos que en ambas leyes regulaban a la libertad religiosa de los alumnos. Estos artículos eran el 4, que recogía prácticamente de forma literal al artículo 27.3 de la Constitución, el derecho de los padres a la formación religiosa de sus hijos conforme a sus propias convicciones; y también el artículo 6.1 de la misma ley, que consideraba al menor como titular del derecho de libertad religiosa, reconociendo como un derecho básico de los alumnos “que se respete su libertad de conciencia, así como sus convicciones religiosas y morales, de acuerdo con la Constitución”.

En cuanto a la Ley Orgánica 1/1990 de 3 de octubre de Ordenación General del Sistema Educativo consideraba en la Disposición Adicional segunda que la religión fuese materia educativa y ofertada obligatoriamente para los centros, como forma de garantizar por parte del Estado la enseñanza religiosa, pero tendría carácter voluntario para los alumnos. Y es que la LOGSE no mencionaba en esta Disposición Adicional a los padres, dato que podemos interpretar por un lado, como una elipsis voluntaria del legislador para no ser reiterativo, ya que en el primer párrafo del artículo se remitía en cuanto a la enseñanza de la religión a los acuerdos suscritos por el Estado español y las confesiones religiosas, refiriéndose éstos a los padres, y por otro lado, como una forma de reafirmar el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión del menor.

Lo que está claro es que los alumnos deben ser tratados en el ámbito escolar en condiciones de igualdad y no discriminación, independientemente de la opción que hayan realizado. En primer lugar, porque es un principio recogido en el artículo 14 de la Constitución Española así como en los documentos internacionales sobre derechos humanos, en los que se establece que ninguna persona podrá ser discriminada, entre otras causas, por su religión⁶¹². Y en

⁶¹² Artículo 14 de la Constitución: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Artículo 2 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos: “Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar...los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política...”.

Artículo 2 de la Convención sobre derechos del niño: “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su

segundo lugar, porque “el carácter voluntario para los alumnos” al que hacía referencia la Disp. Ad. segunda de la LOGSE, reflejaba la libertad para optar en materia religiosa, y esto significa decidir entre una enseñanza religiosa y la no asistencia a esta enseñanza. Ya que consideramos que el contenido de la libertad religiosa no se circunscribe tan sólo a la adscripción religiosa sino que la carencia de la misma también es una manifestación de la persona ante el hecho religioso⁶¹³, y por tanto, contenida en la libertad religiosa.

Aunque la Ley de Calidad de la Educación suprime esos artículos vuelve a regular la libertad religiosa en los artículos 2, 3, 72 y la Disp. Ad. 2ª.

La Ley de Calidad, en el aspecto que a nuestro trabajo interesa, viene a destacar, ya desde el Preámbulo, la importancia de la enseñanza de las religiones afirmando que “La ley confiere a las enseñanzas de las religiones y de sus manifestaciones culturales, el tratamiento académico que les corresponde por su importancia para una formación integral, y lo hace en términos conformes con lo previsto en la Constitución y los Acuerdos suscritos al respecto por el Estado español”. En este sentido, se regula la enseñanza religiosa junto a otra asignatura novedosa que realiza una aproximación a las religiones sin contenido dogmático⁶¹⁴.

Aunque la enseñanza religiosa es el aspecto más desarrollado, evidentemente por el objeto de la Ley, queremos subrayar en primer lugar que el artículo 2 referente a los derechos y deberes de los alumnos⁶¹⁵, recoge como derechos básicos, entre otros, recibir una

aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

⁶¹³ Viladrich y Ferrer (1996), pp. 130-131.

⁶¹⁴ Sobre los aspectos positivos, desde un punto de vista educativo, de la conveniencia de estudiar las religiones como materia escolar, *vid.* La opinión de Moro (1991), pp. 210-211.

⁶¹⁵ “Artículo 2. *Alumnos*. 1. Son derechos y deberes del alumno los que se establecen en este artículo y en el resto de las normas vigentes, considerando que: a) Todos los alumnos tienen los mismos derechos y deberes, sin más distinciones que las derivadas de su edad y del nivel que estén cursando. b) Todos los alumnos tienen

formación integral que contribuya al desarrollo de su personalidad, el respeto a la libertad de conciencia, sus convicciones religiosas y morales de acuerdo con la Constitución y el respeto de su integridad y dignidad personales. Destacamos que en apartado referente a los deberes de los alumnos, singularmente en esta ley, se establece que además del deber primordial del estudio, respetar la libertad de conciencia y las convicciones religiosas y morales, así como respetar la dignidad, integridad e intimidad de todos los miembros de la comunidad educativa. De este modo se enfatiza que el derecho fundamental de libertad religiosa conlleva el deber de respetar el de los demás ⁶¹⁶.

el derecho y el deber de conocer la Constitución Española y el respectivo Estatuto de Autonomía, con el fin de formarse en los valores y principios reconocidos en ellos y en los Tratados y Acuerdos Internacionales de derechos humanos ratificados por España. c) Todos los alumnos tienen derecho a que su dedicación y esfuerzo sean valorados y reconocidos con objetividad, y a recibir orientación educativa y profesional. 2. Se reconocen al alumno los siguientes derechos básicos: a) A recibir una formación integral que contribuya al pleno desarrollo de su personalidad. b) A que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas y sus convicciones morales, de acuerdo con la Constitución. c) A que se respeten su integridad y dignidad personales. d) A la protección contra toda agresión física o moral. e) A participar en el funcionamiento y en la vida del centro, de conformidad con lo dispuesto en las normas vigentes. f) A recibir las ayudas y los apoyos precisos para compensar las carencias y desventajas de tipo personal, familiar, económico, social y cultural, especialmente en el caso de presentar necesidades educativas especiales, que impidan o dificulten el acceso y la permanencia en el sistema educativo, y g) A la protección social, en el ámbito educativo, en los casos de infortunio familiar o accidente. 3. El estudio es un deber básico del alumno que se concreta en: a) Participar en las actividades formativas y, especialmente, en las orientadas al desarrollo de los currículos. b) Seguir las directrices del profesorado respecto a su educación y aprendizaje. c) Asistir a clase con puntualidad, y d) Participar y colaborar en la mejora de la convivencia escolar y en la consecución de un adecuado clima de estudio en el centro, respetando el derecho de sus compañeros a la educación. 4. Además del estudio, son deberes básicos de los alumnos: a) Respetar la libertad de conciencia y las convicciones religiosas y morales. b) Respetar la dignidad, integridad e intimidad de todos los miembros de la comunidad educativa. c) Respetar las normas de organización, convivencia y disciplina del centro educativo, y d) Conservar y hacer un buen uso de las instalaciones del centro y materiales didácticos. 5. Las Administraciones educativas favorecerán el ejercicio del derecho de asociación de los alumnos, así como la formación de federaciones y confederaciones.”

⁶¹⁶ Respecto a los deberes de los menores *vid. supra* capítulo III, 2.

Un aspecto que nos llama la atención con relación a la titularidad de los derechos de los alumnos establecidos en el artículo 2, es cuando se dice que “Todos los alumnos tienen los mismos derechos y deberes, *sin más distinciones que las derivadas de su edad* y del nivel que estén cursando”⁶¹⁷. Evidentemente, sorprende la redacción de este artículo ya que respecto de la titularidad de los derechos referenciados, la mayoría de ellos fundamentales, no cabe distinciones por ningún motivo, tampoco en razón de edad. Más bien, creemos que la intención del legislador es destacar que los derechos y deberes se ejercerán y exigirán respectivamente en razón de la madurez del alumno, para lo que son referentes la edad y el nivel de curso. Ya que, de lo contrario, estimamos que sería una disposición discriminatoria.

Asimismo, en el artículo 3⁶¹⁸ se establece los derechos y deberes de los padres en el ámbito educativo, incluido el derecho a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones y la libertad de elección del centro educativo. En relación con el principio de igualdad, el artículo 72, relativo a los centros docentes públicos, establece que en la admisión de alumnos no podrá haber discriminación por motivos ideológicos, religiosos, morales, sociales, raza o nacimiento.

⁶¹⁷ La cursiva es nuestra.

⁶¹⁸ “Artículo 3. *Padres*. 1. Los padres, en relación con la educación de sus hijos, tienen los siguientes derechos: a) A que reciban una educación con las máximas garantías de calidad, en consonancia con los fines establecidos en la Constitución, en el correspondiente Estatuto de Autonomía y en las leyes educativas. b) A la libre elección del centro. c) A que reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. d) A estar informados sobre el progreso de aprendizaje e integración socio-educativa de sus hijos. e) A participar en el control y gestión del centro educativo, en los términos establecidos en las leyes, y f) A ser oídos en aquellas decisiones que afecten a la orientación académica y profesional de sus hijos. 2. Asimismo, como primeros responsables de la educación de sus hijos, les corresponde: a) Adoptar las medidas necesarias, o solicitar la ayuda correspondiente en caso de dificultad, para que sus hijos cursen los niveles obligatorios de la educación y asistan regularmente a clase. b) Estimularles para que lleven a cabo las actividades de estudio que se les encomienden. c) Conocer y apoyar la evolución de su proceso educativo, en colaboración con los profesores y los centros. d) Respetar y hacer respetar las normas establecidas por el centro, y e) Fomentar el respeto por todos los componentes de la comunidad educativa. 3. Las Administraciones educativas favorecerán el ejercicio del derecho de asociación de los padres, así como la formación de federaciones y confederaciones”.

Finalmente, como hemos dicho en líneas anteriores, una de las novedades de la ley es relativa a la enseñanza religiosa. La Disp. Ad. 2ª establece el contenido de la nueva asignatura llamada “Sociedad, cultura y religión”. La nueva asignatura comprenderá dos opciones, una confesional, según la opción de los padres o el propio alumno, y otra de carácter no confesional, siendo ambas opciones de oferta obligatoria para los centros, debiendo elegir el alumno una de ellas⁶¹⁹.

⁶¹⁹ “Disposición adicional segunda. *Del área o asignatura de Sociedad, Cultura y Religión*. 1. El área o asignatura de Sociedad, Cultura y Religión comprenderá dos opciones de desarrollo: Una, de carácter confesional, acorde con la confesión por la que opten los padres o, en su caso, los alumnos, entre aquéllas respecto de cuya enseñanza el Estado tenga suscritos acuerdos; otra, de carácter no confesional. Ambas opciones serán de oferta obligatoria por los centros, debiendo elegir los alumnos una de ellas. 2. La enseñanza confesional de la Religión se ajustará a lo establecido en el Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado español y, en su caso, a lo dispuesto en aquellos otros suscritos, o que pudieran suscribirse, con otras confesiones religiosas. 3. El Gobierno fijará las enseñanzas comunes correspondientes a la opción no confesional. La determinación del currículo de la opción confesional será competencia de las correspondientes autoridades religiosas. Las decisiones sobre utilización de libros de texto y materiales didácticos y, en su caso, la supervisión y aprobación de los mismos corresponden a las autoridades religiosas respectivas, de conformidad con lo establecido en los Acuerdos suscritos con el Estado español. 4. Los profesores que, no perteneciendo a los Cuerpos de Funcionarios Docentes, impartan la enseñanza confesional de Religión en los centros públicos en los que se desarrollan las enseñanzas reguladas en la presente Ley, lo harán en régimen de contratación laboral, de duración determinada y coincidente con el curso escolar, a tiempo completo o parcial. Estos profesores percibirán las retribuciones que corresponda en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos.” Olmos Ortega (2002). *Vid.* capítulo VII, sobre enseñanza religiosa.

3.2. La libertad religiosa del menor en los Acuerdos entre el Estado español y la Iglesia Católica y los Acuerdos del Estado español y las confesiones religiosas minoritarias (Federación de entidades religiosas evangélicas, Federación de comunidades israelitas y Comisión Islámica)⁶²⁰.

Con fecha de 3 de enero de 1979⁶²¹ se firmaban entre el Estado Español y la Iglesia Católica cuatro acuerdos relativos a asuntos jurídicos, asuntos económicos, sobre enseñanza y asuntos culturales y sobre asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y servicio militar de clérigos y religiosos.

De los cuatro acuerdos el específico sobre enseñanza es el que recoge la cuestión de la libertad religiosa del menor y sus padres en la esfera educativa⁶²².

El acuerdo sobre enseñanza comienza destacando la importancia de la misma y mencionando los documentos internacionales firmados por España en los que se recoge el derecho a una educación religiosa.

Asimismo, establece que la Iglesia debe coordinar este derecho con el principio de no confesionalidad del Estado y “con los derechos de las familias, y de todos los alumnos y maestros, evitando cualquier

⁶²⁰ Trabajos doctrinales acerca de los acuerdos y las confesiones religiosas *vid.* Martínez-Torrón (1994b), Fernández Coronado (1991), Llamazares Fernández (1981), (1995), (1996) y (2000), Ferrer (1987) y (1990), Castro Jover (1996), Mantecón (1995), Suárez Pertierra (1980), Fornés (1994), VV.AA. (1994), VV.AA. (1988).

⁶²¹ Instrumentos de ratificación de 4 de diciembre de 1979 (B.O.E. de 15 de diciembre de 1979).

⁶²² En el Acuerdo sobre asuntos jurídicos encontramos una referencia a la asistencia religiosa en orfanatos en el artículo IV: “El Estado reconoce y garantiza el ejercicio del derecho a la asistencia religiosa de los ciudadanos internados en establecimientos penitenciarios, hospitalarios, sanatorios, orfanatos y centros similares, tanto privados como públicos”, asistencia religiosa que se configura como un elemento propio del derecho de libertad religiosa, en este caso de los menores, y que citamos en cuanto que los orfanatos, nomenclatura ya obsoleta sustituida por la de “centro de protección de menores” o “residencia infantil”, son instituciones propias de menores. *Cfr.* con artículo 9 de los Acuerdos con la Federación de Entidades Evangélicas, la Federación de Comunidades Israelitas de España, la Comisión Islámica de España y artículo 2.3 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa.

discriminación o situación privilegiada”, mención a los derechos entre los que incluimos el derecho de libertad religiosa no sólo de los padres respecto de la educación de sus hijos sino también el del propio alumno menor de edad.

Sobre el primer aspecto, el Acuerdo comienza en el artículo I afirmando que “A la luz del principio de libertad religiosa, la acción educativa respetará el derecho fundamental de los padres sobre la educación moral y religiosa de sus hijos en el ámbito escolar...”. En cuanto a la libertad religiosa del alumno menor de edad el artículo II afirma que “por respeto a la libertad de conciencia, dicha enseñanza no tendrá carácter obligatorio para los alumnos. Se garantiza, sin embargo, el derecho a recibirla”.

De la lectura de ambos artículos podemos extraer que el derecho de libertad religiosa del menor queda patente y en nuestra opinión, consideramos que en caso de conflicto entre la opción de los padres en cuanto a la enseñanza religiosa y la decisión del hijo en recibirla o no, debería primar la decisión de éste⁶²³, por respeto a su derecho fundamental frente al derecho de los padres que consideramos se trata de un derecho para garantizar la libertad individual (del hijo) y de la familia en su conjunto, cuyo núcleo protector son los padres, frente a las disposiciones del Estado en materia educativa.

Esta interpretación quizás pueda extraerse más claramente del Acuerdo entre el Estado Español y la Federación de Entidades Evangélicas de España (FEREDE), cuyo artículo 10 establece que “se garantiza a los alumnos, a sus padres y a los órganos escolares de gobierno que lo soliciten, *el ejercicio del derecho de los primeros a recibir enseñanza religiosa evangélica en los centros docentes públicos y privados concertados, siempre que, en cuanto a estos últimos, el ejercicio de aquel derecho no entre en conflicto con el carácter propio del centro...*”⁶²⁴. De forma prácticamente literal y coincidiendo el número de artículo, aparece este texto en los acuerdos con la

⁶²³ Obsérvese como en el texto del artículo II del Acuerdo no se establece ninguna edad ni alusión a la madurez del alumno para poder determinar su enseñanza religiosa, sino que se alude directamente a la libertad de conciencia del alumno sin más precisiones. Sobre la capacidad del menor en el ejercicio del derecho *vid. infra* capítulo V.

⁶²⁴ La cursiva es nuestra.

Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España.

Además de la enseñanza y la asistencia religiosa que aparecen en los Acuerdos del Estado con la Iglesia Católica de 1979 y las confesiones minoritarias, un asunto específico de estas últimas es el relativo al descanso semanal según precepto religioso y su relación con los ámbitos laboral y escolar. Nos vamos a referir a estos dos ámbitos, el primero, porque los menores de edad a partir de dieciséis años pueden suscribir contrato laboral con autorización de sus padres o tutores y rescindirlo por sí solos, y por tanto, las disposiciones de derecho laboral les afecta. El segundo, porque la escuela es el lugar en el que más tiempo emplea el menor, junto con la familia, además de ser no sólo centro en el que se recibe la enseñanza de materias, sino también una educación integral y centro de sus relaciones sociales, además de la familia.

El Acuerdo con la FEREDE prevé en el artículo 12 que el descanso laboral semanal de los fieles de las Iglesias evangélicas que formen parte de la Federación que suscribe el acuerdo y que tengan como día de precepto el sábado, podrá comprender, previo acuerdo de las partes, la tarde del viernes y el sábado completo. Y esto, en sustitución de la norma general que establece el Estatuto de los Trabajadores en el artículo 37.1, que establece como descanso semanal el sábado por la tarde y domingo completo. Aunque este mismo artículo exceptúa la norma general al disponer que rige la norma general “sin perjuicio de que por disposición legal, convenio colectivo, contrato de trabajo o permiso expreso de la autoridad competente se regule otro régimen de descanso laboral para actividades concretas”. Por tanto, aún no existiendo el Acuerdo con las entidades religiosas, el Estatuto de los Trabajadores, que recordemos es de fecha anterior a la firma de los Acuerdos⁶²⁵, permitiría a un menor trabajador, en virtud de acuerdo suscrito en el contrato laboral, o bien, por autorización de la autoridad competente a petición del interesado, que se estableciera el descanso laboral semanal conforme al precepto religioso.

⁶²⁵ Ley 8/1980, de 10 de marzo.

Por otra parte, el punto 2 del mismo artículo 12 del Acuerdo con la FEREDE, regula expresamente el derecho de los alumnos a no asistir a clase y a exámenes desde la puesta de sol del viernes hasta la puesta de sol del sábado, dispensa que se realizará “a petición propia - *del alumno*- o de quienes ejerzan la patria potestad o tutela”. En esta última frase, citada textualmente, se está considerando de forma expresa la posibilidad de que el menor ejerza su libertad religiosa en el ámbito educativo. Posibilidad que alcanza también a la tarea profesional del menor trabajador en cuanto sujeto de derecho laboral.

Este mismo precepto lo hallamos igualmente en el artículo 12 de los otros dos acuerdos, el suscrito con la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España.

La diferencia entre los textos de los artículos, además de la evidente relativa a la mención de las confesiones⁶²⁶, se encuentra en el enunciado de fiestas religiosas junto con el descanso laboral semanal en las confesiones judía e islámica, no con la FEREDE, y que pueden sustituir a las establecidas como regla general en el artículo 37.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Otra diferencia entre los asuntos tratados por los acuerdos es la que figura solamente en el acuerdo con la Comisión Islámica relativa a la alimentación conforme a los preceptos religiosos en los comedores escolares. Asunto que abarca cuestiones tales como el tipo de alimentos, su proceso de elaboración, y en caso islámico, el respeto de los horarios de comidas durante el Ramadán⁶²⁷.

⁶²⁶ Expresamos la diferencia entre los Acuerdos ya que como puede advertirse de la lectura de los tres acuerdos con las confesiones minoritarias, se sigue un mismo esquema, coincidiendo en número los artículos, e incluso, el texto de forma literal.

⁶²⁷ Artículo 14.4: “La alimentación...de los alumnos musulmanes de los centros docentes públicos y privados concertados que lo soliciten *se procurará adecuar* a los preceptos religiosos islámicos, así como el horario de comidas durante el mes de ayuno (Ramadán)”. Nótese que hemos puesto en cursiva la referencia al verbo “se procurará” por lo que no existe “obligación” por parte de estos centros asegurar el menú y el respeto del horario. Obligación que si aparece claramente reflejada en otros aspectos, *vid.* artículos 2.3, 2.5, 9, 10, 12.3 y 12.4.

3.3. La libertad religiosa del menor en las leyes de las Comunidades Autónomas.

Las Comunidades Autónomas tienen competencia para emitir normas en el ámbito de menores, según establece el artículo 148.1.20ª de la Constitución al disponer que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en asistencia social.

La normativa autonómica regula, básicamente, los distintos procedimientos de protección del menor tales como la situación de desamparo, la guarda, la tutela y la adopción aplicables al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma en cuestión.

En páginas anteriores, hicimos una aproximación general al tratamiento del menor de edad por las leyes autonómicas⁶²⁸, a la que nos remitimos, para detenernos ahora en contemplar como regulan el derecho de libertad religiosa del menor.

No todas las normas autonómicas hacen referencia expresa a los derechos del menor en un título independiente, ni tan sólo en un artículo, enunciando los mismos⁶²⁹. No obstante, son mayoría las que sí los contemplan, al menos genéricamente, con la remisión a los derechos individuales y colectivos reconocidos por la Constitución y los demás documentos internacionales de los que es parte España, haciendo algunas leyes mención explícita a la Convención de los derechos del niño. Con esta fórmula se evita, por un lado, repetir una enumeración de derechos que ya forman parte del derecho interno español y por otro, “olvidar” la referencia a algún derecho del menor en el caso de establecer un catálogo de los mismos.

A pesar de esto último, son numerosas las leyes autonómicas que aún haciendo la remisión antes citada, además incluye un catálogo de derechos del menor. Tal es el caso de la Ley aragonesa de infancia y adolescencia, Ley de la Comunidad de Madrid de garantías de los derechos de la infancia y de la adolescencia, Ley catalana de atención

⁶²⁸ *vid. supra* capítulo III, 1.2.

⁶²⁹ Tal es el caso de las Leyes 7/1994 de 5 de diciembre de la infancia de la Comunidad Autónoma Valenciana, 4/1994 de 10 de noviembre de protección y atención a menores de la Comunidad Autónoma de Extremadura, 7/1995 de guarda y protección de los menores desamparados de Islas Baleares.

y protección de los niños y los adolescentes, Ley del Principado de Asturias de protección del menor, Ley de la infancia de la Región de Murcia y ley del menor de Castilla la Mancha, Ley gallega de la Familia, la infancia y la Adolescencia, Ley de Protección de la infancia y Adolescencia de Cantabria y Ley de Promoción, atención y protección a la infancia en Castilla León.

Este hecho da lugar a las distintas interpretaciones, ya expuestas cuando comentábamos la misma fórmula utilizada por la LOPJM de 1996⁶³⁰. La interpretación que estima que la disposición de los derechos específicos se realiza para destacar estos derechos sobre el resto, se ve apoyada en el enunciado del título de alguna norma autonómica concreta, como ocurre en la Ley gallega 3/1997, cuyo artículo 8 comienza disponiendo que “a los efectos de la presente Ley se considerarán como derechos de la infancia y de la adolescencia *sujetos a una especial protección y tutela* por los poderes públicos de Galicia los siguientes ... entre los cuales, curiosamente, no se encuentra el derecho de libertad religiosa del menor. También en el enunciado del capítulo II de la ley de Castilla y León que recoge “derechos específicos de especial protección y promoción”⁶³¹.

Gran parte de las leyes autonómicas sí recogen el derecho de libertad religiosa del menor en su articulado. Estas leyes son la ley 1/1995 de 27 de enero de protección de menores del Principado de Asturias, que lo regula en el artículo 12 a través de un texto más breve y menos completo, en el que se incide en el aspecto protector del derecho frente a las intervenciones de la Administración e instituciones. El texto del artículo dice que “Se velará para que en las distintas intervenciones por parte de la Administración del Principado de Asturias o de las instituciones colaboradoras de integración familiar que se reconozcan, se respete el derecho a la libertad de conciencia y de religión”.

Castilla la Mancha recoge el derecho en el artículo 13 utilizando la nomenclatura que aparece en el artículo 16 de la Constitución. Del texto del artículo 13 de la ley castellano-manchega destacamos de un lado el elemento de protección del derecho del menor frente a la

⁶³⁰ *Vid. supra* capítulo III, 1.1.

⁶³¹ La cursiva es nuestra.

injerencia de la Administración en los mismos términos que regulaba la ley asturiana, y de otro lado, el papel de los padres en guiar al menor en el ejercicio del derecho con el fin de ayudar a su desarrollo integral. El texto del artículo dice que “1. Los poderes públicos de Castilla-La Mancha velarán para que en sus distintas actuaciones se respeten los derechos dimanantes de la libertad ideológica, de conciencia y religión de los menores. 2. Las Administraciones Públicas de Castilla-La Mancha desarrollarán actuaciones destinadas a que los padres o tutores cooperen para hacer efectivo el ejercicio de esa libertad, de modo que contribuya al desarrollo integral del menor”.

Cantabria en un escueto artículo 12 tan sólo enuncia el derecho sin entrar en precisiones, “Se garantiza la libertad ideológica, de conciencia y religión a los menores”.

Dentro de todas ellas, queremos destacar como las más completas en nuestra opinión, las legislaciones aragonesa, catalana y castellano-leonesa.

Por lo que respecta a Aragón, la Ley 10/1989 de 14 de diciembre de protección de menores regula en el artículo 4 la educación religiosa como un elemento del ejercicio de la libertad religiosa, afirmando que “los menores sujetos a protección podrán...recibir educación religiosa de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y legislación que la desarrolla, así como realizar las prácticas propias de su confesión, si la tiene”.

La Ley aragonesa 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia, establece en el título II los derechos del menor y sus garantías. El artículo 14, con un esquema muy similar al utilizado en el mismo artículo de la Convención sobre derechos del niño, regula el derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión en los siguientes términos: “1. Los menores tienen derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. 2. La Administración de la Comunidad Autónoma velará para que el cumplimiento del derecho y el deber que los padres o quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar tienen de guiar a los niños y adolescentes en el ejercicio de este derecho contribuya al desarrollo integral de los derechos del menor. 3. La Administración de la Comunidad Autónoma vigilará, asimismo, por

que este derecho sea respetado en las intervenciones de los poderes públicos y de las instituciones colaboradoras y se facilite el efectivo ejercicio del mismo. 4. 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”.

En el texto de dicho precepto se insta a la Administración para que vele por que la labor de los padres sea la de facilitar y guiar en el ejercicio de este derecho y que contribuya al desarrollo integral de los menores. Así como que se velará para que en las intervenciones administrativas no se vulnere este derecho y se facilite el ejercicio efectivo del mismo, en consonancia con lo establecido en otras leyes autonómicas como la de Castilla-La Mancha o la de Asturias, está última relativa a la segunda de las previsiones.

Por otra parte, la ley aragonesa prevé la protección de los menores frente a “los efectos nocivos de grupos o asociaciones cuya ideología, métodos o finalidad atenten contra los derechos reconocidos a aquéllos. Cualquier persona física o jurídica o entidad pública que tenga conocimiento de que la pertenencia de un menor o de sus padres a una asociación impide o perjudica el desarrollo integral de los derechos del menor deberá dirigirse al Ministerio Fiscal para que promueva las medidas jurídicas de protección que sean necesarias”, palabras que podemos interpretar en clara referencia a “grupos religiosos” que amparados en la libertad religiosa de las personas, individual y colectiva, actúan vulnerando los derechos fundamentales, e incluso, la ley penal.

En Cataluña señalamos especialmente de un lado, la ley 11/85, de 13 de junio, de protección de menores. En su artículo 10 afirma que la protección de los menores debe ejercerse con pleno respeto a sus derechos y garantías individuales. Concretamente, el artículo 19 establece la necesidad de “asegurar que la libertad de conciencia del menor no quede afectada por la aplicación de las medidas que se adopten sobre su situación”.

De otro lado, la ley catalana 7/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y 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, fija dentro de los principios

básicos que “los niños y los adolescentes tienen derecho a ejercer los derechos civiles y políticos sin más limitaciones que las fijadas por la legislación vigente”, entre los que se encuentra el derecho de libertad religiosa.

No obstante, el aspecto más destacable de esta ley en cuanto a la libertad religiosa del menor es la protección frente a las sectas, regulado en el artículo 53, en este caso expresamente a diferencia de otras normas autonómicas que no se refieren de modo tan directo a esta temática. El artículo, bajo el título “prevención de los efectos nocivos de las sectas”, marca las líneas de actuación administrativa frente a los grupos sectarios y propone que “1. El Gobierno de la Generalidad debe emprender programas de información y prevención dirigidos a: a) advertir de los efectos perjudiciales en los ámbitos educativo, cultural y social de la actividad de las sectas y otros grupos que tengan finalidades de alterar el equilibrio psíquico o utilicen medios para alterarlo. B) Educar a los niños y los adolescentes en el consumo de bienes y servicios, y también en el uso de los medios de comunicación y acceso a los mismos. 2. Las instituciones públicas deben promocionar y apoyar a las iniciativas privadas en dichas tareas preventivas”.

Esta previsión la hallamos también en el artículo 24 la ley de Canarias 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores: “1. Las Administraciones públicas canarias desarrollarán y fomentarán las acciones de información necesarias en los ámbitos educativo, cultural y social para advertir de los efectos perjudiciales de la actividad de las sectas. 2. Asimismo, emprenderán y promoverán las actuaciones precisas para informar de los efectos nocivos para los menores de las actividades de grupos que tengan finalidades que puedan alterar el equilibrio psíquico o utilicen medios para alterarlo...”.

Aunque no explícitamente, la Ley gallega de 3/1997 establece en el artículo 8.1 que es de especial protección “el derecho a la vida y a la protección de su integridad física, psíquica y moral, debiendo ser protegidos contra toda forma de maltrato, violencia, manipulación o abuso sexual”, en el que parece detectarse una referencia implícita a la protección del menor frente a grupos de carácter sectario.

Por otra parte la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla León regula la libertad religiosa del menor dentro del capítulo II relativo a derechos de especial protección y promoción. Precisamente, esta norma menciona expresamente como tarea de los poderes públicos facilitar el efectivo ejercicio de este derecho. El artículo, en dos epígrafes, se refiere a aspectos fundamentales en el tratamiento de este derecho: la capacidad de los menores para ejercerlo, el desarrollo integral del menor como objetivo, los límites en su ejercicio y, en relación con esto último, procurar la información de los riesgos de pertenecer a determinados grupos y la protección de su vida, en clara referencia a sectas con procedimientos ilícitos⁶³². Asimismo, el artículo referente al derecho a la salud también menciona implícitamente la controversia entre libertad religiosa y derecho a la salud por el seguimiento de los preceptos de determinados grupos religiosos⁶³³.

Finalmente, aunque algunas leyes autonómicas no recojan expresamente el derecho de libertad religiosa, en líneas generales, fijan como principios rectores de la protección del menor, el interés superior del niño y el respeto a sus derechos, reconocidos en la Constitución y en los documentos internacionales.

En este sentido, podemos citar el artículo 3 de la ley de la Comunidad Autónoma de Extremadura 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores, igualmente, el artículo 3 de la ley

⁶³² Art. 22: “1. Los poderes públicos de la Comunidad Autónoma desarrollarán las actuaciones precisas para hacer efectivo el ejercicio de los derechos a la libertad ideológica, de conciencia y de religión en un marco de respeto a la tolerancia, procurando que el mismo contribuya al desarrollo integral del menor y con las únicas limitaciones establecidas en las normas penales y las derivadas del riesgo para su vida o para la salud pública, en cuyo caso se actuará de acuerdo con lo previsto en la legislación vigente. 2. Las Administraciones Públicas de Castilla y León, sin perjuicio de ejercitar las acciones que en derecho procedan, llevarán a cabo y fomentarán las actuaciones precisas para informar y advertir a los menores y a sus familias de los riesgos y efectos nocivos ligados a la actividad de asociaciones, organizaciones o grupos que sean considerados ilegales o ilícitos por el ordenamiento jurídico.”

⁶³³ Art. 20: “1. La atención a la salud física y psíquica de los menores de edad tendrá una consideración prioritaria. ... 5. Para la realización de cualquier intervención que suponga un riesgo para la vida del menor, se recabará el previo consentimiento de los padres o tutores en los términos establecidos en la legislación vigente. En caso de negativa de los padres o tutores, primará el interés del niño.”

valenciana 7/1994, de 5 de diciembre, de la infancia, el artículo 3 de la ley de la Comunidad Autónoma de Madrid 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia, los artículos 4 y 5 de la ley de la Comunidad Autónoma de Murcia 3/1995 de 21 de marzo, de la infancia, el artículo 6.2. de la ley de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor.

No queremos concluir este capítulo sin hacer una particular referencia a la potestad de algunos territorios para legislar en materia civil. Como es bien sabido, la emisión de normas civiles es competencia exclusiva del Estado según dicta el artículo 149.1.8ª, aunque sin perjuicio de la actividad normativa de las Comunidades Autónomas con derecho civil, foral o especial⁶³⁴.

Tienen derecho civil foral o especial Aragón, a través de la Ley 15/1997 de 8 de abril sobre Compilación del derecho civil de Aragón, Ley 1/1999 de 24 de febrero de sucesiones por causa de muerte y Ley 6/1999 de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas⁶³⁵; País Vasco, Ley 3/1992 de 1 de julio, de derecho civil Foral del País Vasco⁶³⁶; Navarra, Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del derecho civil foral de Navarra, Ley Foral 6/2000 de 3 de julio, para la igualdad de las parejas estables⁶³⁷; Baleares, Decreto Legislativo 79/1990 de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación de derecho civil de las Iles Balears⁶³⁸; Galicia, Ley 4/1995 de 24 de mayo, de derecho civil de Galicia⁶³⁹; Cataluña, Decreto Legislativo 1/1984 de 19 de julio que aprueba el Texto Refundido de la Compilación del derecho civil de Cataluña,

⁶³⁴ Artículo 149.1: "El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... 8. Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial".

⁶³⁵ BOE de 11-4-67, BOA de 4-3-99 y BOA de 6-4-99 respectivamente.

⁶³⁶ BOPV de 7-8-92.

⁶³⁷ BOE de los días 7 al 10 y del 12 al 14-3-73 y BON de 7-7-2000, respectivamente.

⁶³⁸ BOCAIB de 2-10-90.

⁶³⁹ BOE 27-6-95.

Ley 9/2002, de 30 de diciembre, sobre Primera ley del Código civil de Cataluña⁶⁴⁰, Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, Ley 40/1991 de 30 de diciembre por el que se aprueba el Código de Sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Cataluña, Ley 9/1998 de 15 de julio por el que se aprueba el Código de Familia, Ley 10/1998 de 15 de julio, de uniones estables de pareja, Ley 19/1998 de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua⁶⁴¹; También, hay que mencionar la parte de territorios de la Provincia de Badajoz en los que es aplicable el Fuero de Baylío, que regula sobre todo cuestiones de régimen económico matrimonial, y puede afectar a los menores en cuanto éstos puedan contraer matrimonio en dicho territorio.

⁶⁴⁰ DOGC de 13 -1-03.

⁶⁴¹ DOGC de 27-7-84, DOGC de 17-1-92, DOGC de 21-1-92, BOE de 19-8-98 para el Código de Familia y la ley de uniones estables de pareja y BOE 10-2-99, respectivamente.

Capítulo V. CRITERIOS DETERMINANTES DE LA CAPACIDAD DEL MENOR EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA Y SUS LÍMITES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

En 1983 la profesora Serrano Postigo⁶⁴² en uno de los primeros trabajos españoles que se han escrito sobre la libertad religiosa del menor, trató la titularidad del derecho por parte del menor y su capacidad para ejercerla, estableciendo la relación de ésta con la patria potestad y el ámbito educativo⁶⁴³. Como decía la autora, el estudio de “la minoría de edad y los institutos a ella conexos...pueden contribuir...a la fijación y valoración de la libertad religiosa, ese derecho fundamental personalísimo para el que no cabe representación”⁶⁴⁴.

Sin embargo, la titularidad por parte del menor de este derecho suscita problemas concretos a la hora de ejercerlo, y es en estos casos, donde se manifiesta realmente el alcance de un derecho legalmente reconocido.

Por este motivo, el derecho debe establecer unos mecanismos para determinar la capacidad del menor en el ejercicio de su derecho.

La cuestión de la capacidad de obrar y del ejercicio de los derechos fundamentales, que ya ha sido tratada en otra parte de este

⁶⁴² Serrano Postigo (1983), pp. 805-828.

⁶⁴³ Coderch Manau y Coderch y Mir en 1917 ya recogen en su obra titulada *Tratado de la menor edad* una breve referencia a la capacidad de la menor en materia religiosa, concretamente en su decisión de ingresar en una orden religiosa. Es curioso el caso que presenta el autor refiriéndose exclusivamente a las mujeres. La interpretación del autor se circunscribe al ámbito de la patria potestad, al que las mujeres estaban sometidas hasta que “tomasen estado”, precisamente, la decisión de tomar estado es interpretada por el autor como exclusivo referente al matrimonio y no al estado religioso. Por lo que una mujer menor de edad no podría por sí misma decidir el ingreso en una orden religiosa. pp. 14-16.

⁶⁴⁴ Serrano Postigo (1983), pp. 815-816.

trabajo⁶⁴⁵, vamos a concretarla en el ejercicio del derecho de libertad religiosa.

Existen dos fórmulas o criterios determinantes de dicha capacidad: de un lado, la madurez o suficiente juicio, y de otro, la determinación de una edad legal. Asimismo, nosotros consideramos un criterio más: el interés del menor y el libre desarrollo de la personalidad, criterio que viene configurado por la unión de dos principios generales que rigen todo lo concerniente al menor de edad.

1. EL CRITERIO DE LA MADUREZ O EL SUFICIENTE JUICIO.

En referencia al derecho de libertad religiosa, el factor determinante para que el menor pueda ejercer su derecho es la madurez o el suficiente juicio. Así se establece en la principal norma sobre derechos de menor, el artículo 14 de la Convención sobre los derechos del niño de 1989 que afirma: “2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el *ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.*”

No obstante, el concepto de madurez o suficiente juicio es un concepto indeterminado jurídicamente. Por ello, es necesario acudir a las interpretaciones que de ese concepto realizan los tribunales y la doctrina para darle contenido y aplicarlo según lo expresado en las normas en las que aparecen. Asimismo, ya hemos tratado en otro lugar de este trabajo la madurez o el suficiente juicio del menor con relación a la capacidad para ejercer sus derechos fundamentales, por lo que nos remitimos a lo allí expuesto sobre dicho criterio⁶⁴⁶. Como complemento a lo allí dicho, añadimos que, en cuanto al derecho de libertad religiosa, la madurez del menor se adquiere cuando éste alcanza el nivel de desarrollo evolutivo –y de autonomía– en el que adquiere criterio para formar conceptos abstractos y, por tanto,

⁶⁴⁵ Vid. capítulo III. También la monografía de Aláez Corral (2003a), concretamente pp. 107-167.

⁶⁴⁶ Vid *supra* capítulo III, 3 y 5.

construir su esquema “religioso”. Esta etapa se sitúa en torno a los catorce años de edad⁶⁴⁷.

En cambio, el dato de la edad en el desarrollo evolutivo no es el determinante sino que no debemos olvidar la existencia de otros factores que interaccionan con el desarrollo evolutivo adecuado del menor para que éste pueda ejercer su libertad religiosa como, por ejemplo, el factor ambiental, dentro del cual tiene cabida la educación religiosa.

Esto significa que un menor llegará a entender unas convicciones religiosas y, por tanto, obrar conforme a las mismas, debido a dos factores esenciales: el evolutivo y el educacional. Por esta razón, consideramos que el derecho de los padres a educar a los hijos conforme a sus convicciones, que deriva del derecho de libertad religiosa, es un derecho que se conecta con el de libertad religiosa del propio menor, ya que a través de la educación y la instrucción religiosa adquiere una formación que le va a capacitar para ejercer sus propias convicciones adquiridas por esa educación religiosa o, por el contrario, optar por cambiarlas.

En resumen, la capacidad del menor para ejercer sus derechos fundamentales deriva de su proceso evolutivo (proceso interno) por el cual se adquiere el concepto y la comprensión de la identidad religiosa y que se complementa/desarrolla con el factor ambiental de la educación (religiosa)⁶⁴⁸.

2. EL CRITERIO DE LA EDAD DETERMINADA POR LA LEY.

Como hemos constatado⁶⁴⁹, la legislación española no recurre a la determinación legal de una edad a partir de la cual, el menor pueda

⁶⁴⁷ Elkind, de la escuela piagetiana, realizó varios estudios sobre la evolución de los conceptos de identidad religiosa entre niños de diferentes religiones de edades comprendidas entre los cinco y los catorce años y que se refiere a ellos en su obra *El niño y la realidad* (1981), al tratar del desarrollo religioso del niño. Otros estudios de psicología y religión en relación al menor de edad son Bovet (1928) y Starbuck (1900) que trató en una parte de su obra sobre la conversión religiosa de los adolescentes.

⁶⁴⁸ Elkind (1981), p. 21.

⁶⁴⁹ *Vid. supra* capítulo IV, 3.

ejercer plenamente su derecho de libertad religiosa, sino que se aplica el criterio de la madurez.

No obstante, es un recurso legal que, aunque no se establezca en nuestro ordenamiento, sí ha sido empleado por otros ordenamientos europeos.

Aunque este trabajo no trata desde la perspectiva de derecho comparado la libertad religiosa del menor, conviene incluir aquí un breve apunte sobre las edades relativas a la capacidad para ejercer el derecho de libertad religiosa en algunos países europeos⁶⁵⁰, con el objeto de constatar cómo la edad legal establecida coincide, generalmente, con las edades en las que se suele determinar el desarrollo psicológico suficiente para ejercer el derecho.

Austria regula la capacidad en materia religiosa estableciendo hasta tres edades diferentes. En primer lugar, hay que indicar que la mayoría de edad en Austria se establece en diecinueve años, con la previsión de que la minoridad se extienda hasta los veintiuno a través de decisión judicial y, por el contrario, si el menor está casado alcanza la mayoría de edad un año antes de la norma general, a los dieciocho.

Teniendo en cuenta estos datos, la capacidad en materia religiosa se establece con catorce años. No obstante, ya con diez años el niño debe ser consultado y con doce no se podrá obligar al menor a cambiar de creencias contra sus deseos.

Finlandia, con mayoría de edad en dieciocho años, establece que un menor de quince puede negarse a cambiar de religión si lo han hecho los padres. Sin embargo, la legislación finlandesa dispone que hasta que no alcance la mayoría de edad no puede cambiar de religión sin el consentimiento de los padres.

Alemania, también con la mayoría de edad fijada en dieciocho años, determina que el menor puede decidir en materia religiosa a partir de los catorce años. No obstante, en lo que se refiere a

⁶⁵⁰ Para ello, hemos recurrido a un documento que elaboró el Consejo de Europa bajo el nombre de "Ages at which children are legally entitled to carry out a series of acts in Council of Europe member countries", Estrasburgo, 2 de marzo de 1998, publicado por el Consejo de Europa.

educación religiosa, el menor no puede ser obligado a recibir una educación religiosa en contra de su opinión.

Islandia tiene una regulación de la mayoría de edad que difiere de las restantes. La legislación islandesa establece dos edades generales, una relativa a la mayoría de edad legal plena a los dieciocho años y otra, una mayoría de edad personal a los dieciséis. Esta solución es ante todo práctica y dota de mayor seguridad jurídica, ya que a todo menor se le reconoce capacidad para ejercer sus derechos personales a partir de dieciséis años, sin necesidad de determinar el grado de capacidad natural del menor según el derecho al que se haga referencia⁶⁵¹. Así pues, el derecho de libertad religiosa, como derecho personal, es ejercitable a partir de dieciséis.

También otras disposiciones concretas dotan al menor capacidad de obrar a partir de dieciséis años, por ejemplo, para suscribir un contrato siempre y cuando no exista una obligación económica para el menor o en asuntos médicos. Este último supuesto es de nuestro interés en cuanto que un menor tiene derecho a partir de dicha edad a tener asistencia o tratamiento médico y a impedir que se informe del mismo a los padres⁶⁵².

⁶⁵¹ Cfr. Capítulo III, 3, en referencia a las propuestas de un sector de la doctrina por establecer un sistema semejante.

⁶⁵² El caso más significativo en los supuestos de tratamiento médico sin conocimiento y/o consentimiento de los padres es el de la prescripción de anticonceptivos en mujeres menores de edad o el suministro de píldoras abortivas. Sobre este tema, una de las resoluciones judiciales más notorias tuvo lugar en Inglaterra, el caso *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Authority*, de 17 de octubre de 1985, y que marcó un antes y un después en la concepción e interpretación de la capacidad del menor de edad en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Un comentario pormenorizado de esta sentencia puede verse en Bainham (1988). Asimismo, el aspecto relativo al acceso a la información médica se trata en la normativa española estatal y autonómica. La ley 41/2002 de 14 de noviembre básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE núm. 274, de 15-11-2002) en el artículo 9.3. c) se afirma que “cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención...el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de *menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación*. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán

Otros países como Chipre, Portugal y Suiza con la mayoría de edad fijada en dieciocho años, regulan expresamente que el menor es capaz de ejercer su derecho de libertad religiosa a partir de los dieciséis años.

Noruega y Suecia adelantan a los quince años la edad para el ejercicio del derecho de libertad religiosa. Asimismo, como en el ordenamiento islandés, Noruega establece la edad entre doce y dieciséis años para que el menor pueda solicitar al médico que no informe a los padres. En este caso, y dado el abanico de edades, la legislación parece dejar a juicio del médico la apreciación del grado de madurez del menor para atender a tal solicitud.

Finalmente, citamos otros países como Liechtenstein, cuyo ordenamiento es el que establece la mayoría de edad más elevada de los referenciados, veinte años. Regula la capacidad de los menores en materia religiosa a partir de los dieciséis.

En líneas generales, podemos observar que los países centroeuropeos y nórdicos tienen una regulación más precisa de la capacidad del menor para ejercer sus derechos y, especialmente, todos los relativos a derechos de participación, entre los que se incluyen el de libertad religiosa.

Asimismo, observamos que casi todas las regulaciones coinciden en la franja de edad que abarca desde los catorce hasta los dieciséis años, edades que se comprenden dentro del periodo de la adolescencia. Periodo en el que los estudios de psicología evolutiva determinan que el menor alcanza cierto grado de madurez que hace capaz al menor para el paulatino ejercicio de derechos y adquisición de responsabilidades. Por tanto, algunos ordenamientos al conferir una

informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.” (la cursiva es nuestra). En cuanto a legislación autonómica, citamos a modo de ejemplo el art. 9.3 de la Ley 3/1995 de 21 de marzo de la infancia de la Comunidad Autónoma de Murcia que expresa: “Los padres o personas que los sustituyan tendrán derecho a recibir todas las informaciones relativas a la enfermedad y al bienestar del niño, *siempre y cuando el derecho fundamental de éste, en función de su edad, estado afectivo, desarrollo mental y respeto a su intimidad no se vean afectados por ello*” (la cursiva es nuestra). Podemos observar como la Ley 41/2002 establece un criterio fijo de edad y la ley murciana establece otros criterios sin fijar una edad legal.

edad legal que, en un principio, puede resultar una fórmula taxativa que no contemple la “verdadera madurez” del menor en el caso concreto, tienen mayor seguridad jurídica que el recurso a conceptos indeterminados como la madurez o el suficiente juicio. Sobre todo si tenemos en cuenta que el establecimiento de dichas edades puede ajustarse a la información que proporcionan los estudios especializados, como la psicología y la sociología. Así, se consigue aplicar un alto grado de seguridad jurídica de acuerdo a la realidad evolutiva y social del menor.

Esta conexión existente entre las edades legales de algunos ordenamientos jurídicos europeos con la capacidad natural de los menores cuando alcanzan la adolescencia, nos lleva a considerar que el factor decisivo de la capacidad del menor en el ejercicio de sus derechos personales es el de la madurez o suficiente juicio. No obstante, hay que ser consciente, de que la relación entre madurez y edad legal no siempre se corresponde y debemos ser cautos ya que el desarrollo evolutivo no es el mismo en todas las personas y, por ello, estimamos favorablemente que, en aras de la seguridad jurídica, algunos ordenamientos jurídicos hayan establecido dicha relación.

En España, autores como Martínez de Aguirre y Linacero de la Fuente proponen la regulación de la capacidad de obrar del menor fijando una edad legal.

Martínez de Aguirre⁶⁵³ es partidario de tomar el modelo de derecho aragonés que establece la capacidad del menor con una asistencia legal a partir de los 14 años. El autor considera que a partir de esta edad, en lo que respecta a los derechos personales, se adquiere mayor seguridad jurídica y se evitan los conceptos jurídicamente indeterminados de “madurez” y “suficiente juicio”.

Esta propuesta que encaja con lo expuesto por nosotros en lo relativo a la edad en la que se alcanza madurez según la psicología y la edad establecida por otros ordenamientos no puede ser aceptada en términos generales. En este sentido, Linacero de la Fuente realiza una crítica fundamentada en varios puntos entre los que destacamos que dicha solución no concuerda con los “principios que informan en el

⁶⁵³ Martínez de Aguirre (1992), p. 1448.

derecho común el contenido patrimonial de la patria potestad y la tutela” y en lo que respecta a los derechos de la personalidad “el ordenamiento establece distintas edades ... y la pretensión de generalizar la edad de 14 años puede pecar, por exceso o por defecto”⁶⁵⁴.

La propuesta de esta autora es establecer la edad de dieciséis años. Esta edad que podría considerarse un poco elevada en relación a la teoría evolutiva y a algunos ordenamientos jurídicos europeos, se justifica con la intención de establecer una edad única y coherente con la regulación legal de la capacidad del menor tanto en materia patrimonial como personal⁶⁵⁵. Por tanto, Linacero considera que en el ámbito de los derechos personales, entre los que se halla la libertad religiosa, “el menor, en todo caso, a partir de los 16 años tendría capacidad para asumir decisiones (por ejemplo, tratamiento médico, educación religiosa, honor, intimidad e imagen, derechos morales de autor, cambio de apellidos), soslayando las dificultades de interpretación del artículo 162.2.1º CC”⁶⁵⁶.

3. EL INTERÉS DEL MENOR Y EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.

A los criterios referidos consideramos la suma de otro, el principio del interés superior del niño o interés del menor. Este principio no se enuncia en ninguna norma para determinar la capacidad de un menor en el ejercicio de su derecho de libertad religiosa.

No obstante, la justificación jurídica para considerar el interés del menor como factor determinante de la capacidad podemos encontrarla

⁶⁵⁴ Linacero (2001), pp. 75-77.

⁶⁵⁵ La propuesta de artículo se basa en una emancipación legal a partir de 16 años con las limitaciones patrimoniales del artículo 323 CC y sería “El menor cumplidos los 16 años tendrá *plena capacidad para regir su persona* y bienes como si fuera mayor. Sin embargo, necesitará el consentimiento de los padres o, en su caso, curador para realizar los siguientes actos: ... (*contenido patrimonial*)”. La cursiva es nuestra. Linacero (2001), pp. 78-79.

⁶⁵⁶ Linacero (2001), p.86. Sobre el artículo 162 del CC y sus diferentes interpretaciones ya tratamos en un capítulo anterior de este trabajo, al cual nos remitimos, *vid. supra* capítulo III, 3.

en el texto constitucional y en las normas específicas de los derechos del menor cuando se refieren al “libre desarrollo de la personalidad.”.

La Constitución española en el artículo 10, dentro del título I relativo a los derechos y deberes fundamentales, se refiere al libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social. Asimismo, en el artículo 27.2 recoge el desarrollo de la personalidad como objetivo de la educación⁶⁵⁷.

Concretamente, la referencia al desarrollo de la personalidad se encuadra en los documentos específicos sobre infancia dentro del marco educativo. La Convención sobre los derechos del niño de 1989 establece en el artículo 29 que “Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: a) *Desarrollar la personalidad*, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; c) *Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural*, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya; d) *Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre*, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y *religiosos* y personas de origen indígena; e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.”⁶⁵⁸.

El texto de este artículo fue objeto de una observación general realizada por el Comité de derechos del niño en un documento con fecha 17 de abril de 2001⁶⁵⁹.

En este documento se expresa que “estos propósitos, enunciados en los cinco incisos del párrafo 1 del artículo 29 están directamente vinculados con el ejercicio de la dignidad humana y los derechos del niño, habida cuenta de sus necesidades especiales de desarrollo y las

⁶⁵⁷ Artículo 27.2: “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.”

⁶⁵⁸ La cursiva en el texto es nuestra.

⁶⁵⁹ CRC/GC/2001/1, Observación General 1 (General Comments).

diversas capacidades en evolución”. Asimismo, establece que “el párrafo 1 del artículo 29 es mucho más que un inventario o una enumeración de los distintos objetivos que debe perseguir la educación. En el contexto general de la Convención, sirve para subrayar, entre otras, las dimensiones siguientes...En primer lugar, hace hincapié en la naturaleza indispensablemente interconexa de las disposiciones de la Convención. Se basa en muchas otras disposiciones, las refuerza, las integra y las complementa y no se lo puede entender cumplidamente si se lo aísla de ellas. Además de los principios generales de la Convención, a saber, la no discriminación (art. 2), el interés superior del niño (art. 3), el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (art. 6) y el derecho del niño a expresar su opinión y a que se la tenga debidamente en cuenta (art. 12), pueden mencionarse muchas otras disposiciones, como los derechos y deberes de los padres (arts. 5 y 18), la libertad de expresión (art. 13), *la libertad de pensamiento* (art. 14), el derecho a la información (art. 17), los derechos de los niños con discapacidades (art. 23), el derecho a la educación en materia de salud (art. 24), el derecho a la educación (art. 28) y los derechos lingüísticos y *culturales de los niños pertenecientes a minorías étnicas* (art. 30), además de muchas otras.”

Anteriormente al comentario del artículo 29 por el Comité de derechos del niño, en el año 2000 se creó la Red Internacional de Religiones a favor de la infancia. En el primer foro de la Red se anunciaron una serie de compromisos para la Sesión Especial a favor de la infancia, entre los que destacamos el compromiso de establecer un Consejo sobre la Enseñanza de una ética mundial encaminado a colaborar con las Naciones Unidas para conseguir que el desarrollo de la faceta espiritual del niño incluyera los valores éticos y la estima hacia las personas de otras religiones y civilizaciones diferentes formara parte de una educación de calidad.

Asimismo, el 7 de mayo de 2002 los dirigentes religiosos en el simposio “Compromiso con la infancia de las religiones del mundo” celebrado en Nueva York y coincidente con la Sesión Especial de la Naciones Unidas a favor de la infancia, establecieron un plan de acción a favor de los derechos de la infancia. Entre los puntos a destacar en relación con el objeto de nuestro estudio se encuentran los compromisos de “analizar las enseñanzas, los programas y las políticas existentes en nuestras comunidades religiosas que se refieren

al tema de la infancia para asegurar que se promueve su interés superior y para superar medidas del pasado que podrían haber fomentado la discriminación contra los niños” y tratar de “reducir la discriminación y el estigma que confrontan los niños, ya sea a causa de enfermedad, la discapacidad, el género o su carácter minoritario⁶⁶⁰”.

En nuestra opinión, y tal y como se expresa el Comité de derechos del niño en el comentario al artículo 29 de la Convención, existe una conexión entre los principios generales de la Convención, concretamente entre el interés superior del niño y el derecho a expresar la opinión y a que ésta se tenga en cuenta y el de libre desarrollo de la personalidad. Esta conexión deriva de que va en el interés del menor el desarrollo de su personalidad en un ámbito familiar, educativo y social que reconozca su capacidad para ejercer los derechos de los que son titulares, entre ellos, el de libertad de pensamiento, conciencia y religión, que se engloba dentro de los derechos de participación⁶⁶¹, los cuales son, en esencia, derechos que implican una capacidad de actuar del menor.

En este sentido, el Informe de UNICEF sobre *El estado mundial de la infancia 2003*, que trata sobre los derechos de participación del niño, expresa que, aunque la Convención no establece de manera explícita el derecho de los niños a la participación, ese derecho se puede deducir de la interpretación colectiva de una serie de artículos que según este documento “constituyen un poderoso alegato en pro del derecho de los niños a la participación”. Entre estos se cita el artículo 14 de la CDN sobre la libertad de pensamiento, conciencia y religión⁶⁶². Además, en este mismo documento hallamos referencias

⁶⁶⁰ Un carácter minoritario puede ser la pertenencia de un niño a una minoría religiosa.

⁶⁶¹ Vid. El estado mundial de la infancia 2003 de UNICEF (2002), pp. 24.

⁶⁶² UNICEF (2002), pp. 24 y 25. Artículos que se refieren a derechos de participación además del expresado en el artículo 14, son entre otros, el artículo 12, derecho a expresar opinión, artículo 13, derecho de libertad de expresión y artículo 15, libertad de asociación. La consideración de la libertad religiosa dentro de los llamados “derechos de participación” queda reflejado en el proyecto de la Convención sobre los derechos del niño de 1989, durante el proceso de elaboración del actual artículo 14 referente a la libertad religiosa donde se afirmó que el actual artículo 12 (derecho a expresar la opinión y a ser escuchado) también se refiere a

expresas a la libertad religiosa del menor en relación con el desarrollo de su personalidad y su integración social⁶⁶³.

Finalmente, conviene subrayar que el interés del menor no sólo debe considerarse como un medio para “proteger” al menor sino también como principio impulsador del papel activo de éste en el ejercicio de sus derechos. Esta interpretación del interés del menor la hallamos en la argumentación jurídica de varias resoluciones de tribunales españoles⁶⁶⁴. No obstante, esta capacidad para ejercer sus derechos de participación, incluido el de libertad religiosa, no debe interpretarse como una dejación o laxitud de los derechos y obligaciones que corresponden a los padres, tutores o guardadores. En este sentido, la Convención establece en el artículo 5 que éstos tendrán

cuanto implique el ejercicio de la libertad religiosa del menor, E/CN.4/1989/48, para. 284, referente al artículo 7 bis (actual 14 CDN).

⁶⁶³ “Un niño cuya integración activa en el mundo se haya visto fomentada desde el primer momento será un niño y un ciudadano del mundo con más posibilidades de valorar su propia opinión y creencias y las opiniones y creencias de los demás”. p. 14. Dicho documento también se expresa en relación con el compromiso de los Estados firmantes de la Convención a garantizar los derechos de participación “por ejemplo, el derecho a manifestar libremente sus opiniones acerca de cuestiones que les afecten, y la libertad de pensamiento, conciencia y religión y asociación, y de realizar reuniones pacíficas. Y casi todos los países ya han obtenido avances significativos en lo que concierne a la implantación de sistemas y políticas que posibiliten el ejercicio de esos derechos por parte de los niños”. p. 17.

⁶⁶⁴ Auto de Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 3 de mayo de 2000: “...el interés superior del menor, como principio inspirador de todo lo relacionado con él, vincula al Juzgador, a todos los Poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los jueces pueden adoptar (art. 158 CC) se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor, según se desprende de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor...” También en el Auto de la Audiencia Provincial Córdoba (Sección 1ª), de 14 abril 2000, F.J. 2º: “...Como medida de protección, le es aplicable el art. 9.6 del Código Civil y por tanto la legislación española, puesto que «proteger», es según la citada Ley Orgánica, proveer de lo necesario para que el menor adquiera autonomía, y en definitiva esté preparado para su integración en la sociedad”.

que “impartirle, *en consonancia con la evolución de sus facultades*, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.” De esta manera, la madurez que se requiere al menor no sólo va encaminada al ejercicio de los derechos sino también a la capacidad para adquirir las responsabilidades que pueden emanar del ejercicio de los mismos, materia en la que el papel de guía de los padres será fundamental.

4. LOS LÍMITES A LA LIBERTAD RELIGIOSA DEL MENOR. REGULACIÓN NORMATIVA.

La existencia de unos límites a los derechos fundamentales en las sociedades democráticas supone la garantía de los derechos y libertades de los todas las personas. Precisamente, para garantizar su ejercicio, los límites deben entenderse restrictivamente, tal y como el Tribunal Constitucional ha expresado en varias de sus resoluciones⁶⁶⁵. Concretamente, la libertad religiosa como derecho ligado íntimamente con la dignidad de la persona, es considerada por el propio Tribunal Constitucional como un derecho que es susceptible de limitación de manera aún más restrictiva que en caso de otros derechos fundamentales⁶⁶⁶.

Por otro lado, los límites aplicables al derecho de libertad religiosa son aplicables al ejercicio del derecho (ámbito externo) y nunca deben interferir en la esfera interna de la persona.

Es la dimensión externa la que interesa al derecho, en cuanto supone la manifestación de unas creencias ante los demás. Así, tenemos como ejemplo de la dimensión externa de este derecho, la difusión de la doctrina, el culto o la enseñanza religiosa. En cambio, la dimensión interna pertenece a la intimidad de la persona, sobre la cual, el derecho no puede realizar ningún tipo de intromisión⁶⁶⁷.

⁶⁶⁵ STC 20/1990 de 15 de febrero, FFJJ 3 y 5, STC 120/1990 de 27 de junio, FJ 10, y 137/1990 de 19 de julio, FJ 8.

⁶⁶⁶ STC 20/90 de 15 de febrero.

⁶⁶⁷ La cuestión de que los límites son aplicables a la dimensión externa (manifestación) de la libertad religiosa y no a la dimensión interna (elección) ha sido tratada por el TEDH en la sentencia *Kokkinakis c. Grecia* para. 31 y 33. Una consecuencia de la distinción entre ambas dimensiones es la no injerencia del Estado en la esfera interna, es decir, en la elección de unas u otras creencias, lo cual ha sido

La dimensión externa es donde se materializa la realización efectiva del derecho de libertad religiosa y es fundamental para no vaciar de contenido este derecho. Puede ocurrir que en el ejercicio del derecho se produzcan vulneraciones de los derechos de otras personas o se contravengan otros intereses considerados principios rectores de una sociedad, provocando una situación calificable de ejercicio abusivo del derecho, al que hay que establecer unos límites⁶⁶⁸. En estos casos, no existe un catálogo establecido por ninguna norma para determinar qué derechos o intereses deben prevalecer sobre otros. Esta determinación se debe realizar atendiendo el caso concreto y ponderando los intereses en juego, función que realizan los tribunales y a los que se hace necesario acudir para conocer el alcance real que los límites tienen en la práctica jurídica.

Veamos a continuación cuales son esos límites legales en los ámbitos internacional y español.

El Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos determina en el artículo 18.3 que “La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades de los demás”.

Casi textualmente, el artículo 9.2 del Convenio Europeo de derechos humanos dispone que “la libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las previstas por la Ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral pública, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

tratado por el TEDH en la primera sentencia que resolvió sobre libertad religiosa, el caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, en el que se estableció como límite al sistema educativo estatal el adoctrinamiento de los alumnos. *Vid.* Martínez-Torrón (2003) y Combalía (1994).

⁶⁶⁸ En este sentido se manifiesta la sentencia del Tribunal Constitucional 24/1982 de 13 de mayo cuando afirma que “La garantía de la libertad religiosa como derecho fundamental, no tolera intromisiones del Estado que limiten los fines o valores de cualquier creencia, *salvo los límites del orden público impuestos a las manifestaciones externas de culto*” (la cursiva es nuestra).

Más recientemente, la Carta Europea de derechos Fundamentales, regula los límites en un solo artículo de forma general para todos los derechos establecidos en la misma. El artículo 52.1 recoge que “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.”

En cuanto a Los documentos específicos sobre menores, la Convención sobre derechos del niño de 1989 en el artículo 14 regula, en términos similares al Pacto Internacional, los límites al ejercicio del derecho de libertad religiosa. El texto del artículo, en el párrafo tercero, afirma 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 públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.”

En el derecho interno español, el artículo 16.1 de la Constitución sólo se refiere al límite necesario para el mantenimiento del orden público: “se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto...sin más limitación en sus manifestaciones que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”⁶⁶⁹.

EL artículo 16 de la CE es desarrollado por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio de Libertad Religiosa, cuyo artículo 3 establece en una línea similar al art. 18.3 del PIDCP y el 9.2. del CEDH que "el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la 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".

⁶⁶⁹ Sobre orden público y factor religioso en la Constitución, *vid.* Calvo (1983).

Pero, ¿qué se debe entender por orden público como límite al derecho de libertad religiosa? De los debates parlamentarios del texto constitucional sobre esta cuestión, se extrae la idea de que el orden público no cabe entenderse como un concepto referente a ausencia de disturbios o alborotos, no se trata de un concepto policial sino de un concepto jurídico indeterminado al que no cabe someterse a una interpretación arbitraria por parte de ninguna Administración⁶⁷⁰.

Asimismo, como se observa de la lectura del artículo 3.1 LOLR *in fine*, se indican como elementos constitutivos del orden público la protección de los derechos fundamentales de los demás, la salvaguarda de la seguridad, la salud y la moralidad pública, dotando de contenido al concepto jurídico indeterminado de orden público, aunque con algunos términos también poco precisos. El Tribunal Constitucional ha manifestado en varias resoluciones que el orden público está constituido por esos elementos tal y como se expresa en la STC 46/2001 de 15 de febrero⁶⁷¹.

También las normas específicas de menores establecen los límites al ejercicio de este derecho. La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor en el artículo 6 dispone 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".

Este artículo debe interpretarse en la línea de lo previsto en el artículo 2 de la misma ley que, en términos generales, establece las limitaciones al ejercicio de los derechos del menor: "Las limitaciones

⁶⁷⁰ Vid. Combalía (1994), pp. 472, 476-477.

⁶⁷¹ "...la existencia de indicios acerca de determinadas actividades imputadas a la Iglesia de Unificación, que se consideran contrarias al orden público protegido por la ley (art. 16.1 C.E.), y que el art. 3.1 L.O.L.R. concreta en «la 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». No abordamos aquí, por exceder del objeto de nuestro estudio, los diversos significados que las distintas áreas del derecho han dado al orden público, ya que lo que a nosotros interesa del concepto en la cuestión de los límites es contar con unos criterios claros para evitar el amplio margen de discrecionalidad de los poderes públicos en su aplicación. Para un desarrollo de estas ideas *vid.* Combalía (1994), Martínez-Torrón (2003) y Calvo Álvarez (1983).

a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”.

Como puede deducirse, el texto del artículo 2 LOPJM se refiere a unos límites que sólo afectan a los menores de edad, en cuanto que el ejercicio de sus derechos deberá adecuarse a su capacidad de obrar, bien establecida por una edad legal o por la madurez del menor. Los límites de la capacidad de obrar cuyo fundamento último es el principio del interés y de protección del menor, deben interpretarse restrictivamente, como dice la ley, en aras de garantizar el ejercicio del derecho y evitar una referencia abusiva al interés del menor o la falta de capacidad natural para restringir el efectivo ejercicio del derecho. En definitiva, el interés del menor también significa que éste goce de cierta autonomía conforme su grado evolutivo para ejercer sus derechos fundamentales y no se considere sólo como un elemento de protección del menor⁶⁷².

Finalmente, los Acuerdos suscritos entre el Estado español y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas, la Federación de Comunidades Israelitas y la Comisión Islámica de España (10 de noviembre de 1992)⁶⁷³, establecen los límites al derecho de libertad religiosa en sus respectivas exposiciones de motivos.

De forma literal, los tres acuerdos, tras la referencia a la Constitución de 1978 como norma que consagra la libertad religiosa como derecho fundamental, afirman que el ejercicio de este derecho es garantizado “con la mayor amplitud permitida por las exigencias derivadas del mantenimiento del orden público protegido por la Ley y por el respeto debido a los derechos fundamentales de los demás”.

5. OBJETO Y FUNDAMENTO DE LOS LÍMITES.

De la lectura de los preceptos referentes a los límites tanto en los documentos internacionales como en los españoles, podemos inferir que los límites a la libertad religiosa deben obedecer a una finalidad que los justifique. La cuestión que se plantea, ante una razón tan evidente y coherente con los derechos humanos, es que ni la terminología empleada ni la previsión de los límites por las normas

⁶⁷² Aláez Corral (2003a), pp. 26 y 156 y ss.

⁶⁷³ B.O.E. 12 de noviembre de 1992.

son coincidentes entre los documentos internacionales (bastante homogéneos entre sí) y las normas españolas.

Podemos adelantar que, mientras que la exposición de los límites en los documentos españoles es más imprecisa y propicia diferentes interpretaciones⁶⁷⁴, los textos internacionales tienen una estructura y una definición de la finalidad y los motivos similar en cuanto a la previsión de los límites.

En todo caso, las preguntas fundamentales que deben responder las previsiones legales de los límites son *¿Qué se limita?*, *¿Cómo?* y *¿Para qué?*

Respecto al *Qué* es objeto de límite, ya indicamos anteriormente que la aplicación de restricciones a la libertad religiosa se circunscribe al ámbito externo⁶⁷⁵, es decir, tal y como expresan los artículos 18 del PIDCP, el 9.2. del Convenio Europeo y el 14 de la CDN, que se refieren a que los límites serán a la libertad de *manifestar* la propia religión o las propias creencias.

Además, la interpretación de los límites deberá ser estricta en tanto que debe garantizarse un marco amplio en el que ejercer los derechos y libertades establecidos en los documentos de derechos humanos⁶⁷⁶, de lo contrario se vaciaría de contenido un derecho del que se es titular al poder darse demasiadas restricciones que impedirían su ejercicio efectivo.

Precisamente, la idea de tener un amplio margen para ejercer las libertades, incluida la libertad religiosa, es vista por el TEDH como algo propio de una sociedad democrática y plural⁶⁷⁷.

⁶⁷⁴ Vid. Combalía (1994) donde la autora analiza las distintas interpretaciones que se han realizado a los límites según el artículo 16.1 CE y el artículo 3 LOLR, en el que según parte de la doctrina, este último parece incluir más límites que la Constitución.

⁶⁷⁵ Capítulo IV, 1.

⁶⁷⁶ Vid. Comentario General del Comité de derechos humanos al artículo 18 de Pacto de derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, de 20 de julio de 1993. Martínez-Torrón (2003).

⁶⁷⁷ Casos *Partido Comunista Unido de Turquía c. Turquía*, 30 de enero 1998, *Partido de la Libertad y de la Democracia (ÖZDEP) c. Turquía*, 8 de

Por otra parte, el *cómo* deben establecerse los límites obedece a la exigencia de la previsión legal. Este elemento se complementa por el Convenio Europeo de derechos humanos (art. 9.2) con la referencia a que las limitaciones previstas por la ley serán las *necesarias en una sociedad democrática*.

La exigencia de establecer los límites por medio de la Ley, interpretando este concepto en un sentido amplio que incluye las normas y la jurisprudencia⁶⁷⁸, evita que los poderes públicos puedan establecer restricciones arbitrariamente además de responder a la necesidad de la seguridad jurídica para que los ciudadanos conozcan dichos límites. En cuanto a la referencia del CEDH a que las limitaciones sean las *necesarias en una sociedad democrática*, la “necesidad” de una medida restrictiva debe interpretarse restrictivamente, en correspondencia con la interpretación amplia de los derechos que recoge el CEDH, sin ser un término elástico que admita el significado de “razonable” o “deseable”. Según el TEDH la noción de “necesidad” implica una “necesidad social imperiosa” que no se debe interpretar como un concepto abstracto sino circunscrito a un caso concreto, en el que se analice el derecho a limitar, el derecho o el bien que se trate de proteger y la proporcionalidad de la medida⁶⁷⁹.

En este sentido, también disponemos de resoluciones del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo español en las que se aplica el criterio de ponderación y proporcionalidad de los derechos en juego⁶⁸⁰.

Una confrontación habitual en la que el criterio de ponderación determina el límite a la libertad religiosa es cuando entra en juego el

diciembre de 1999, *Serif c. Grecia*, 14 de diciembre de 1999. Vid. comentarios de Martínez-Torrón (2003).

⁶⁷⁸ Interpretando “Ley” en sentido amplio, como sinónimo de “derecho”. Vid. Martínez-Torrón (2003).

⁶⁷⁹ Casos *Handyside c. Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976, *Dudgeon c. Reino Unido*, 22 de octubre de 1981, *Kokkinakis c. Grecia*, 25 de mayo de 1993. Vid. Martínez-Torrón (2003) y Evans (1997), pp. 320-322.

⁶⁸⁰ STS 27 de marzo de 1990, STC 141/2000, de 29 de mayo y STC 154/2002, de 18 de julio.

derecho a la vida⁶⁸¹. No obstante, como afirma Combalía⁶⁸² ésta es una visión no compartida por toda la doctrina que considera, basándose en Jemolo, que, aunque el derecho a la vida es básico en el orden existencial, la libertad ideológica y religiosa lo es en el orden existencial, ya que refleja lo más determinante del ser humano, es decir, su ser racional.

Esta idea, aplicable a personas mayores de edad, plenamente capaces para ejercer su libertad religiosa, se cuestiona cuando la confrontación es con menores de edad u otras personas a las que, aun siendo mayores de edad, se considera mermadas en sus facultades de decidir libremente⁶⁸³. Al ser este un problema clave en nuestro trabajo, sólo lo apuntamos aquí, ya que será tratado en un apartado siguiente específico⁶⁸⁴.

Por lo que se refiere a la cuestión *¿Para qué?*, la finalidad de los límites consiste en proteger la seguridad, el orden, la salud⁶⁸⁵ y la moral públicos y los derechos y libertades fundamentales de los demás⁶⁸⁶.

La terminología empleada en los textos internacionales es coincidente mientras que, por lo que respecta a las normas emanadas del ordenamiento español, hay una diversidad de vocablos que ha dado lugar a diferentes interpretaciones por la doctrina.

Así, desde un punto de vista textual la fórmula utilizada por los documentos internacionales encajan más con la formulación del artículo 3 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa que con la propia

⁶⁸¹ STS 27 de marzo de 1990: “aunque tanto la libertad religiosa como la vida son bienes constitucionalmente protegidos...” se considera “la preeminencia absoluta del derecho a la vida, por ser el centro y principio de todos los demás derechos”.

⁶⁸² Combalía (2003).

⁶⁸³ Para casos de mayores de edad, *vid.* caso de la secta CEIS resuelto por STC 10 de marzo de 1997 y su recurso al Tribunal Europeo de derechos humanos con la resolución STEDH de 14 de octubre de 1999.

⁶⁸⁴ *Vid. infra* capítulo VIII, 4.

⁶⁸⁵ *Vid.* el trabajo de Combalía (1993) sobre la salud como límite al derecho de libertad religiosa.

⁶⁸⁶ Un comentario a los límites establecidos en el art. 9.2 CEDH (salud, moral y orden público y los derechos de los demás, *vid.* Evans (1997), pp. 322-330.

Constitución. Sin embargo, se observa una diferencia fundamental entre los textos internacionales y la LOLR. Mientras que el *límite* establecido por la ley española es el “orden público”, en los documentos internacionales se establecen *límites* entre los que se halla el “orden público”⁶⁸⁷.

De la lectura literal del texto apreciamos que se está distinguiendo entre orden público y derechos fundamentales de los demás, dando a entender que se trata de dos límites diferentes. No obstante, la mayoría de la doctrina no discute que la protección de los derechos fundamentales es un elemento integrante del orden público que legitima la intervención para los supuestos de abuso de derecho perjudicando los derechos fundamentales de los demás⁶⁸⁸.

La problemática estriba, tal y como lo plantea Combalía⁶⁸⁹, en considerar el orden público como una expresión que se refiere solamente al respeto de los derechos fundamentales de los demás, siendo ésta una visión restrictiva del orden público o bien, como un concepto más amplio que, además de los derechos fundamentales incluya otros recogidos por las normas como la salud, la seguridad y la moralidad pública. Aunque la opinión doctrinal no es pacífica, consideramos la noción recogida por el texto constitucional, la Ley Orgánica de Libertad Religiosa y los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que establecen el orden público como una noción más amplia que la referencia correlativa a los derechos fundamentales de los demás, ya que, tal y como afirma el Tribunal Constitucional, también existen otros bienes constitucionalmente protegidos⁶⁹⁰.

⁶⁸⁷ Este matiz determinante del contenido de los límites al derecho de libertad religiosa, se explica entre otros autores por González del Valle como una operación para ocultar que la Constitución establece un límite menor que la Convención y en la LOLR se señalan los límites del Convenio Europeo de derechos humanos, que son más amplios que los de la Constitución. González del Valle (2002), p. 249.

⁶⁸⁸ En este sentido también hay pronunciamientos del Tribunal Constitucional en el auto 276/1983 de 8 de junio y las sentencias 19/1985 de 13 de febrero, 199/1987 de 16 de diciembre, 39/1988 de 9 de marzo, 54/1989 de 23 de febrero, 81/1992 de 28 de mayo y 141/2000 de 29 de mayo.

⁶⁸⁹ Combalía (1994), pp. 481-482.

⁶⁹⁰ STC 2/1982 de 29 de enero.

En cuanto a las normas específicas de menores, y a pesar de optar por una u otra interpretación, el límite establecido en el artículo 6 de la LOPJM sigue quedando poco claro, ya que es todavía más restrictivo que la propia Convención de derechos del niño de 1989 que establece que este derecho está sujeto a “las limitaciones prescritas por la Ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”. Si leemos uno y otro artículo en el párrafo dedicado a los límites⁶⁹¹, el lector tiene la impresión de que la LOPJM trata de recoger, prácticamente de forma textual, el artículo desde el principio de la frase hasta al final, para olvidarse de un contenido, que en nuestra opinión, es fundamental en la determinación de límites al derecho, ya que no se refiere a que las restricciones de la Ley tendrán una finalidad o justificación sin mencionar otros elementos que justifican la limitación del derecho de libertad religiosa que sí son recogidos por la Convención: la seguridad, el orden, la moral y la salud pública. Por lo que se tiene la impresión que la formulación de *las limitaciones prescritas por la Ley*, tal y como enuncia el artículo 6 LOPJM, es un tanto imprecisa e incluso podría abrir un camino a la discrecionalidad para establecer límites a los menores en su ejercicio de la libertad religiosa.

A pesar de esta imprecisión, debemos tener la referencia del artículo 10.2 CE⁶⁹², que de ninguna manera debería interpretarse en sentido opuesto a los convenios internacionales y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos. Asimismo, con una previsión similar, el artículo 3 LOPJM, prevé en el segundo párrafo que “la presente Ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea

⁶⁹¹ Artículo 14 CDN: “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 pública o los derechos y libertades fundamentales de los demás”. Artículo 6 LOPJM: “ 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.”

⁶⁹² 10.2 CE: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

parte, y especialmente, de acuerdo con la Convención de los derechos del niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989.”

En nuestra opinión, teniendo en cuenta el artículo 10.2 del texto constitucional y el 3 de la LOPJM no cabe duda que la interpretación de los límites al ejercicio del derecho de libertad religiosa del menor de edad debe realizarse según establecen los documentos internacionales, y en especial la CDN, que son más precisos en su determinación.

En conclusión, los límites aplicables al derecho de libertad religiosa del menor son por una parte, los establecidos en las normas y que sean necesarios para mantener el orden, la seguridad, la salud y la moralidad pública y el respeto a los derechos fundamentales de los demás y, por otra parte, los específicos sobre menores que obedecen a su proceso evolutivo, y que se concretan en el deber de protección de la infancia⁶⁹³ y en el principio del interés del menor, matizando que este último también se configura como un elemento que favorece el ejercicio de los derechos fundamentales y que hay que tener en cuenta según el proceso evolutivo del menor y sus circunstancias concretas⁶⁹⁴.

Como puede observarse de lo referido sobre el interés del menor, es éste un principio de doble faz, ya que por un lado, a través de la alegación del interés del menor se le puede limitar ciertas actuaciones mientras que, por otro lado, dicho principio puede fundamentar la capacidad del menor para ejercer sus derechos fundamentales conforme a su desarrollo evolutivo de cara al desarrollo de su personalidad.

⁶⁹³ Sin perjuicio de ser comentada más adelante, citamos una sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 15 de octubre de 1982, en la que se resuelve en amparo cuyo caso trata sobre la publicación de un libro de educación sexual. En el proceso se hace referencia al derecho de libertad de expresión (artículo 20 CE) y el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones (27.3 CE). Queremos destacar que la fundamentación jurídica del Tribunal alude a los límites al derecho de libertad de expresión basados en la protección de la infancia, recogido en el art. 24.4 CE, y a la moral pública como integrante del orden público que limita la libertad religiosa, que es alegada por el propio recurrente (el editor del libro). *Vid. infra* capítulo V, 3.2.

⁶⁹⁴ Aláez Corral (2003a), pp. 267 y ss.

Por ello, en el caso de menores de edad es necesario en mayor medida si cabe que con los mayores de edad, tener en cuenta varios criterios a la hora de determinar los límites a la libertad religiosa atendiendo al caso concreto, fijando los intereses en juego, realizando una valoración y ponderación de los mismos y apreciando la madurez del menor. En este sentido, somos de la opinión de López-Alarcón cuando afirma –incluso antes de la existencia de la LOPJM– que las limitaciones al derecho de libertad religiosa del menor hay que interpretarlo de forma restrictiva⁶⁹⁵ e, igualmente, de Van Bueren al sostener que los niños suficientemente maduros no están sujetos a mayores restricciones en su derecho de libertad religiosa que los adultos⁶⁹⁶.

⁶⁹⁵ López-Alarcón (1991), pp. 53 y ss. y (1996), p. 181.

⁶⁹⁶ Van Bueren (1995): “children who are sufficiently mature are not subject to greater restrictions on their right to freedom of thought, conscience and religion than adults”, p. 163.

Capítulo VI. LIBERTAD RELIGIOSA DEL MENOR Y LAS MEDIDAS QUE LE AFECTAN EN LAS CRISIS FAMILIARES.

1. INTRODUCCIÓN.

Como hemos visto hasta ahora, la titularidad del derecho de libertad religiosa del menor no es un tema susceptible de ser cuestionado. El problema jurídico que verdaderamente puede plantearse es relativo a la capacidad para ejercer dicho derecho y, de reconocerse la misma a los menores, de qué forma se determina dicha capacidad.

Evidentemente no es un tema sencillo de abordar en cuanto que intervienen numerosos factores que no facilitan una solución jurídica clara.

En primer lugar, la indeterminación de las normas en la fijación de una edad o la existencia de un hecho objetivo que nos permita conocer cuándo un menor es capaz para ejercer la libertad religiosa, a diferencia de otros a los que sí se fija una edad legal⁶⁹⁷. En segundo lugar, la imprecisión y duda que genera el factor de la madurez o suficiente juicio al que suelen referirse las normas como determinante de la capacidad del menor para ejercer la libertad religiosa. En tercer lugar, y en relación con esto último, la minoría de edad abarca unas edades muy amplias, a lo largo de las cuales la persona atraviesa distintas fases evolutivas, de manera que sus capacidades son distintas dependiendo de su edad (factor biológico) y de su ambiente (factor familiar, social y cultural). En cuarto lugar, hay que tener en cuenta los principios rectores del derecho de los menores, concretamente, el interés del menor y el libre desarrollo de la personalidad que, como principios básicos que rigen en todo lo concerniente a menores de edad, deben jugar un papel importante en la determinación de la capacidad. Finalmente, en quinto lugar, debemos considerar que el menor de edad, salvo en los casos de emancipación, está ligado a

⁶⁹⁷ Recordemos el derecho a contraer matrimonio con dispensa a los 14 años, el derecho a trabajar con 16 años, a otorgar testamento a los 14 años o a consentir una adopción a los 12 años. *Vid. supra* capítulo III, 4.

través de la institución de la patria potestad, tutela o de guarda a otras personas mayores de edad de las que son dependientes.

Por otra parte, las situaciones en las que surgen problemas relativos al ejercicio de la libertad religiosa por los menores se circunscriben a los ámbitos habituales en los que éstos se desenvuelven, los ámbitos familiar y escolar fundamentalmente.

Una vez tratada la regulación jurídica de la libertad religiosa del menor y las distintas construcciones teóricas acerca de su capacidad para ejercer su libertad religiosa, vamos a detenernos en los problemas que surgen en la práctica, cómo son resueltos por los Tribunales, y cómo encajan con la normativa y la doctrina.

Las decisiones judiciales van a ser parte fundamental en los tres capítulos que nos restan, ya que, en definitiva, son los jueces quienes conocen y resuelven los casos e interpretan las leyes, aspectos importantes en orden a determinar jurídicamente la capacidad “real” del menor para ejercer su derecho de libertad religiosa. Cuando un juzgado o tribunal ha tenido que manifestarse sobre la libertad religiosa del menor, ha debido examinar los aspectos, ya tratados en nuestro trabajo, relativos al menor como titular del derecho de libertad religiosa, la capacidad para su ejercicio y la protección jurídica del menor. Por ello, las resoluciones judiciales son un instrumento necesario en la investigación jurídica, ya que nos proporciona la información acerca del verdadero alcance en la aplicación e interpretación de una norma. Y en el caso que nos ocupa con mayor motivo, dada la poca precisión jurídica de los conceptos que intervienen en la determinación de la capacidad del menor en materia religiosa.

Hemos recogido aquí resoluciones de Audiencias Provinciales, pues, como se apreciará, las resoluciones de los Tribunales Constitucional y Supremo no son numerosas y la mayoría de los casos suscitados no llegan a instancias superiores a la Audiencia Provincial. Uno de los motivos es que la cuestión de la libertad religiosa en relación con el menor de edad suele ser un tema que se trata de soslayo, o como un elemento a tener en cuenta dentro de un caso principal que, generalmente, se refiere a supuestos de crisis familiares.

Por otra parte, en el ámbito internacional, contamos con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos, cuyas sentencias son vinculantes⁶⁹⁸, para poder determinar el alcance de este derecho y su ejercicio por parte del menor de edad.

Conviene recordar, brevemente, que el Tribunal Europeo de derechos humanos es el instrumento garante de la Convención Europea de derechos humanos de 1950 y sus protocolos tal y como se recoge en un amplio título II (artículos 19 al 51). La regulación del Tribunal Europeo según el título II es el resultado de una reforma realizada por el protocolo número 11, de fecha 11 de mayo de 1994, cuya entrada en vigor fue el 1 de noviembre de 1998⁶⁹⁹. A partir de esta fecha la Comisión Europea de derechos humanos se suprime y su labor de filtro previo es asumida por el Tribunal, que actúa organizado en Comités de tres jueces, Salas de siete jueces y en Gran Sala de diecisiete jueces⁷⁰⁰.

No obstante, es necesario para nuestro estudio recurrir a los dictámenes de la antigua Comisión, pues, entre otras razones, en sus decisiones de inadmisibilidad podemos encontrar afirmaciones interesantes en relación con casos relativos a la libertad religiosa que no llegaban al Tribunal.

⁶⁹⁸ Artículo 46 CEDH: “1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes. 2. La sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución.”

⁶⁹⁹ Vid. Sánchez Legido (1995) y García Jiménez (1998).

⁷⁰⁰ Artículo 27: “1. Para el examen de los asuntos que se le sometan, el Tribunal actuará en comités formados por tres jueces o en Salas de siete jueces o en una Gran Sala de diecisiete jueces. Las Salas del Tribunal constituirán los comités por un período determinado. 2. El juez elegido en representación de un Estado parte en el litigio será miembro de pleno derecho de la respectiva Sala y de la Gran Sala; en su ausencia, o cuando no esté en condiciones de intervenir, dicho Estado parte designará una persona que actúe de juez. 3. Forman también parte de la Gran Sala el presidente del Tribunal, los vicepresidentes, los presidentes de las Salas y demás jueces designados de conformidad con el reglamento del Tribunal. Cuando el asunto sea deferido a la Gran Sala en virtud del artículo 43, ningún juez de la Sala que haya dictado la sentencia podrá actuar en la misma, con excepción del presidente de la Sala y del juez que haya intervenido en representación del Estado parte interesado.” Sobre el TEDH y su jurisprudencia *vid.* Martínez-Torrón (1986), (1993), (2001b), Evans (1997), Sánchez Legido (1995) y García Jiménez (1998).

Por otra parte, el Tribunal Europeo de derechos humanos en cuestiones relativas al derecho de libertad religiosa no ha consolidado una línea interpretativa pacífica y más si el ejercicio de este derecho afecta al entorno familiar. Esto es debido en parte, como afirma Martínez-Torrón, a la “complejidad de las cuestiones que plantea la evolución de la propia noción de familiar y del pilar en el que tradicionalmente se había apoyado: el matrimonio...”⁷⁰¹. Por tanto, si conjugamos ambos elementos, la libertad religiosa y la familia, podemos obtener como resultado una gran variedad de supuestos susceptibles de controversia, desde la atribución de la guardia y custodia de los hijos en crisis matrimoniales en la que interviene el factor religioso, hasta las objeciones de conciencia a tratamientos médicos, a recibir educación religiosa o determinadas materias que, sin ser de contenido estrictamente religioso, pueden afectar a la esfera de las creencias, como la educación sexual.

A efectos de claridad expositiva, hemos clasificado los casos en tres grandes grupos: libertad religiosa del menor y crisis familiares (a lo cual se refiere este capítulo), la libertad religiosa del menor en el ámbito educativo y la adscripción de menores y/o sus padres a los nuevos movimientos religiosos (que se tratan en los capítulos siguientes).

Por lo que concierne al ámbito familiar, lugar natural donde el menor crece, se educa y protege, no debe olvidarse que también es terreno de conflicto cuando la unidad familiar quiebra y surgen nuevas situaciones que afectan a los hijos: custodia, educación, derecho de visitas⁷⁰², etc., las cuales en ocasiones van relacionadas con el derecho de libertad religiosa tanto de los padres como de los hijos.

En todo caso, incluyendo los supuestos de crisis familiares, el derecho civil y la normativa sobre menores es clara en cuanto a los hijos, ya que debe primar el interés del menor en todo aquello que le

⁷⁰¹ Martínez-Torrón (2001a), p. 161. También *vid.* los planteamientos tratando el derecho comparado de Briones (2001). Desde una perspectiva más amplia de los derechos humanos y la familia *vid.* las Actas de las Jornadas celebradas en la Universidad de Lille II en 1994 tituladas *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*. También, y sobre la transformación del derecho de familia *vid.* Navarro-Valls (1994) y Glendon (1989).

⁷⁰² Viladrich (1982).

pueda afectar⁷⁰³. Interés del menor que está ligado a la concepción de la patria potestad en cuanto institución jurídica protectora del menor cuya finalidad, tal y como establece el artículo 154 CC, es que los padres la ejerzan en beneficio de los hijos. Asimismo, el interés del menor y la finalidad de la patria potestad tienen su corolario constitucional en el artículo 39, que determina como principio rector de la política social la protección y asistencia del menor, tanto por parte de los poderes públicos como de los padres.

Esta “claridad” de la ley al referirse al interés del menor o el beneficio de los hijos, no lo es tanto desde un punto de vista práctico, ya que el interés del menor, tal y como lo recogen las normas, es un concepto indeterminado jurídicamente que debe adaptarse e interpretarse conforme se planteen los supuestos concretos. De ahí que, en abstracto y como podremos comprobar en la jurisprudencia, las partes aleguen el interés del menor en las crisis familiares, cuando lo realmente complicado será precisar en qué consiste tal interés. Por eso, es importante acudir a las resoluciones judiciales que, al fin y al cabo, son las que aplican e interpretan las normas y los que, en lo relativo al interés del menor, van a dotar de un contenido a éste atendiendo al caso concreto.

Analizaremos a continuación varios supuestos sobre crisis familiares y libertad religiosa que afectan al menor de edad. Los casos más habituales derivan de situaciones en que, tras la ruptura matrimonial, los hijos quedan a cargo de uno de los progenitores, suscitándose sobre todo dos tipos de conflictos que tienen como denominador común el factor religioso. Por un lado, el supuesto en el que la determinación de la custodia se hace a favor del progenitor que ha cambiado de creencias y el otro no está de acuerdo. Por otro lado, el caso opuesto, en el que a juicio del progenitor con nuevas creencias considera concluyente el factor religioso en la determinación de la custodia.

Veamos a continuación casos suscitados ante la Comisión Europea de derechos humanos, el Tribunal Europeo de derechos humanos y los tribunales españoles.

⁷⁰³ Vargas Cabrera (1994), pp.8-10.

2. LA DETERMINACIÓN DE LA CUSTODIA DE LOS HIJOS. INCIDENCIA DE LA PERTENENCIA DE UNO DE LOS PROGENITORES A UN GRUPO RELIGIOSO.

2.1. Supuestos en la jurisprudencia de la Comisión y el Tribunal de derechos humanos.

Como hemos mencionado en la introducción a este capítulo, la libertad religiosa del menor está ligada a la institución de la patria potestad⁷⁰⁴. Es a los padres, como titulares de la misma, a quienes compete la decisión sobre la orientación y educación religiosa de sus hijos menores de edad hasta el momento en el que éstos alcanzan la madurez suficiente para decidir ellos mismos su opción religiosa⁷⁰⁵. No se trata de que los padres ejerzan el derecho de sus hijos, sino que ellos deciden en esta materia según creen que es lo mejor para ellos, como un derecho-deber, que es en definitiva el objeto de la patria potestad. Naturalmente, si la patria potestad se extingue o se retira por decisión judicial, este derecho a elegir y orientar la educación religiosa del los hijos se pierde⁷⁰⁶.

El problema se plantea en caso de rupturas familiares en las que la custodia de los hijos se atribuye a uno de los progenitores. La atribución de la custodia no implica la extinción de la patria potestad del otro progenitor, luego las funciones y derechos a ella inherentes permanecen. No obstante, por una cuestión práctica, la patria potestad será ejercida por aquel que detente la custodia de los hijos, simplemente por la convivencia, lo cual incluye la decisión sobre educación y orientación religiosa de los hijos.

⁷⁰⁴ Vid. sobre patria potestad Castán (1995), pp. 268-357 y la amplia bibliografía citada, Peña Bernaldo de Quirós (1989), pp. 503 y ss., Serrano Molina (2002), pp. 152-174.

⁷⁰⁵ Dec. 7626/76, caso *X. c. Reino Unido*, DR 11, p. 163

⁷⁰⁶ La extinción, cuando el hijo es aún menor de edad, puede deberse a adopción o tutela. Evans (1997), pp. 346 y ss. Dec. 7911/76, caso *X. c. Suecia*, DR 12, p. 196 y Auto del Tribunal Constitucional 403/1985, de 15 de junio.

Reafirmando esta idea, la Comisión resolvió en 1973⁷⁰⁷ el caso de un padre de nacionalidad griega que ve como el Alto Tribunal inglés concede la custodia de su hija a la madre, británica. El demandante considera que las medidas tomadas por el Tribunal vulneran el derecho de su hija, con nacionalidad griega, a recibir una educación y convicciones religiosas y filosóficas griegas (artículos 2 del protocolo 1, 5 y 8 del Convenio), así como que se le ha discriminado a favor de la madre por la nacionalidad británica de ésta (artículo 14 del Convenio).

La Comisión resolvió afirmando que cuando se produce el divorcio se toman medidas que afectan a las relaciones paterno-filiales causando una situación familiar diferente a cuando la pareja permanece unida. El efecto más claro lo constituye la custodia de los niños, la cual, según la Comisión, engloba el derecho a determinar la educación de los hijos, incluida la religiosa, por lo que la parte que ostente el derecho de custodia tiene capacidad de decisión sobre la educación de los hijos⁷⁰⁸, lo que hace que la Comisión no reconozca este derecho al demandante en virtud de la decisión del tribunal inglés⁷⁰⁹. La interpretación del artículo 2 del Protocolo 1 que realiza la Comisión es considerar que en caso de crisis familiar el derecho de los padres a elegir la educación de los hijos conforme a sus convicciones pasa a ser ejercido por el progenitor que tenga la custodia.

En nuestra opinión, los derechos de los padres dentro de la relación paterno-filial, es decir, aquéllos que derivan del ejercicio de la patria potestad, pertenecen a ambos progenitores con independencia de la situación de ruptura. Esto significa que el derecho de los padres a elegir la educación de los hijos conforme a sus convicciones⁷¹⁰ lo tienen ambos padres siempre y cuando mantengan la patria potestad

⁷⁰⁷ Comisión, *X. c. Reino Unido*, Dec. Adm. n° 5608/72, 14/12/72 y 19/7/73. *Collection of Decisions*, 44, pp. 66-76.

⁷⁰⁸ En el mismo sentido se manifestó la Decisión de la Comisión de 12 de diciembre de 1977, *caso X. c. Suecia*, *Decisions and Reports*, 12, p. 192 y Dec. Adm. 7911/77, *Decisions and Reports*, 12, p. 194. *Vid.* comentario a estas decisiones en Martínez-Torrón (1985) 477-479. Diferente opinión mantiene Martinell (2001), p.109.

⁷⁰⁹ Para. 3 de la Decisión.

⁷¹⁰ En relación a la interpretación de los términos “convicciones”, “religiosas” y “filosóficas” *vid.* Martínez-Torrón (1985), pp. 479-480.

de los hijos, la cual sólo puede modificarse o extinguirse en casos precisos⁷¹¹.

Por tanto, en caso de ruptura, la atribución de la custodia a un progenitor no excluye *per se* la patria potestad del otro. Ahora bien, y como hemos mencionado anteriormente, la patria potestad y los derechos inherentes a ella se ejercen por el que ostente la custodia, debido a motivos prácticos ya que es el que vive y mantiene una relación directa con los hijos. No obstante, esta circunstancia no le atribuye el derecho en exclusiva de decidir sobre la educación de los hijos, sino que creemos que determinadas cuestiones, como la educación, requieren de la decisión conjunta por ambos padres, bien por acuerdo amistoso y si no es posible por vía judicial. En este sentido, conviene recordar que el ejercicio de la patria potestad se hará conforme el interés del menor y no según la conveniencia de uno u otro progenitor.

En nuestro ordenamiento jurídico, esta posibilidad se regula en el art. 156 CC que establece que “la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo viva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá en *interés del hijo*, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor...”. Además, independientemente del derecho del hijo a opinar e intervenir en un asunto que le afecta directamente cuando ya tiene suficiente juicio, el art. 156 citado otorga un papel al menor al afirmar que en caso de desacuerdo entre los padres “podrán acudir al Juez, quien después de oír a ambos y al hijo *si tuviera suficiente juicio* y en todo caso si fuera *mayor de doce años*, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre”⁷¹².

Si consideramos el principio básico del “interés del menor” en caso de discrepancia entre los padres, la decisión de mantener una

⁷¹¹ Art. 169 CC: “La patria potestad se acaba: 1º por la muerte o declaración de fallecimiento de los padres o del hijo. 2º Por la emancipación. 3º por la adopción del hijo”. Art. 170 CC: “El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”.

⁷¹² Las cursivas en los textos citados del artículo 156 son nuestras. *Vid.* Albaladejo (1996), pp.296-298.

educación de los hijos conforme a unas convicciones u otras se determinará por la que haya recibido el menor hasta el momento del conflicto⁷¹³.

La línea interpretativa mantenida por la Comisión consistente en que la custodia conlleva la decisión de la educación religiosa y la preferencia por la continuidad educativa del menor cambia con unos de los casos más comentados por la doctrina y que resolvió el TEDH con fecha de 23 de junio de 1993, el caso *Hoffmann c. Austria*⁷¹⁴. Caso muy controvertido ya desde el procedimiento ante la Comisión, en el que se admitió la demanda con un ajustado número de votos⁷¹⁵ hasta la resolución del Tribunal, con cuatro opiniones particulares.

Los hechos se formulan en los siguientes términos. El matrimonio Hoffmann tuvo dos hijos, los cuales fueron bautizados por la Iglesia Católica, por ser ambos padres católicos cuando contrajeron matrimonio. Tiempo después, la Sra. Hoffmann se convierte a testigo de Jehová. Transcurridos seis años de matrimonio, se produjo el divorcio. En el proceso ante el Juzgado de Innsbruck se decidió que la patria potestad recayera sobre la madre, rechazando las alegaciones realizadas por el padre que se concretaban en el perjuicio que podría causar la religión que profesaba la madre a los hijos, en el sentido de ser una religión excluyente con los no-miembros, prohibir cualquier muestra de patriotismo y lo más grave, la negativa a recibir hemotransfusiones. A pesar de estos motivos el Tribunal afirmó en su resolución que ésta se había tomado sólo atendiendo al bienestar de los niños. Según el Tribunal, cualquiera de los padres podría dar a los niños un nivel de vida y asistencia adecuado, aunque el Sr. Hoffmann necesitaba de la ayuda de su madre para el cuidado de los hijos siendo determinante la fuerte unión de los hijos, aún de corta edad, con su madre, ya que ésta se los llevó consigo tras la separación de su marido.

El Sr. Hoffmann, rechazada la apelación ante el Tribunal Regional de Innsbruck, recurrió al Tribunal Supremo. La resolución del Tribunal Supremo va a suponer un giro absoluto a los

⁷¹³ Vid. Dec. 2648/65, caso X. c. *Países Bajos*, YB 12, p.354.

⁷¹⁴ Martínez-Torrón (1993), pp. 56 y ss., (2001) pp. 154 y ss. Evans (1997), p. 348, Martín Sánchez (2002), pp. 131 y ss. Redondo Andrés (1998), pp. 781 y ss.

⁷¹⁵ Demanda n° 12875/87, de 16 de enero de 1992.

planteamientos de las otras dos resoluciones. El motivo principal es que éstas focalizaron el caso en la religión de la madre y obviaron la de los hijos. El Tribunal recuerda que ambos niños fueron bautizados en la Iglesia Católica. Éste es un dato fundamental, porque la madre al educarles en una fe distinta a la católica estaría contraviniendo la Ley federal sobre la educación religiosa de los niños, la cual establecía que la educación religiosa de los hijos debería acordarse por ambos padres y que ninguno decidirá sin el consentimiento del otro cambiar la educación del hijo en una fe distinta de la acordada por ambos padres. Además, el Tribunal Supremo considera que el peligro latente que acarrea el rechazo de transfusiones sanguíneas para la vida de los hijos es un factor que desequilibra la balanza a favor del padre. Es así como el Tribunal dio un giro interpretativo a la situación familiar y consideró que el padre garantizaba un nivel adecuado de vida a los hijos junto con la ayuda de su madre para atenderlos cuando estuviese en el trabajo, y no estimó que beneficiara más a los menores estar con su madre, como si se tratase de una especie de privilegio maternal frente al padre, lo cual podría jugar en el caso de igualdad de condiciones, circunstancias que según el Tribunal no se daban en este caso.

Ingrid Hoffmann recurrió ante la Comisión alegando la vulneración de los artículos 8, 9, 14 del Convenio y 2 del protocolo 1, ya que la decisión de retirarle la custodia de sus hijos se había hecho con base en sus convicciones religiosas.

La Comisión decidió que no había vulneración de los artículos 9 y 2 del protocolo 1, relativos a la libertad religiosa y al derecho de los padres a educar a los hijos conforme sus propias convicciones, pero sí del artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) en relación con el 14 (principio de no discriminación).

El Tribunal determinó que existía discriminación por parte del Tribunal Supremo al valorar como determinante en la concesión de la custodia de los hijos la pertenencia de la madre a los Testigos de Jehová. Aunque es cierto que había un riesgo para la vida de los niños, motivado por el rechazo a las transfusiones de sangre, el Tribunal consideró que existía una desproporción entre las medidas tomadas – retirar la custodia a la madre– y el riesgo a evitar.

En nuestra opinión, aunque el Tribunal en este punto esté acertado, consideramos que no toma en cuenta otros extremos del caso, inicialmente muy importantes. En primer lugar, y en el sentido apuntado por el voto particular del juez Matscher, la madre se llevó consigo a los hijos antes de que se hubiera dictado resolución judicial alguna, lo cual, a pesar de haber transcurrido cierto tiempo, no le otorgaba ningún derecho adicional sobre ellos. En segundo lugar, comenzó a educarlos conforme a su nueva fe, lo que podría considerarse una vulneración de la ley interna austriaca sobre educación religiosa de los hijos, en la línea de lo apuntado por la resolución del Tribunal Supremo. En el mismo sentido apunta la opinión particular de los jueces Walsh⁷¹⁶ y Mifsud Bonnici. Éste último profundiza más en este aspecto y afirma que la resolución del Tribunal Supremo austriaco, basada en la vulneración de una ley austriaca no vulnera ningún artículo de la Convención. Asimismo, el juez Valticos consideraba que la decisión del Tribunal Supremo Austriaco no vulneraba la libertad religiosa de Sra. Hoffmann sino que atendía al interés de los hijos.

Creemos, por tanto, que la sentencia fundamentando su decisión en una discriminación por motivos religiosos, debido a que no hay proporcionalidad entre el hipotético riesgo de los hijos ante una transfusión sanguínea y la medida de atribución de la custodia al padre, obvia dos aspectos fundamentales que pivotan en torno a los hijos. En primer lugar, el Tribunal no repara en el hecho de que la madre se llevó consigo a los hijos antes de cualquier tipo de pronunciamiento, decidiendo unilateralmente sobre la educación religiosa de los hijos vulnerando la legislación austriaca en esa materia, que establece el acuerdo de los padres en su elección y, en caso de desacuerdo, debe primar la educación recibida hasta el momento, por una cuestión de interés del menor. En segundo lugar –y esto tiene especial importancia para nuestro objeto de estudio– a fecha de la resolución, los hijos tenían 13 y 11 años, edades en las que creemos es necesario escuchar a los menores en los asuntos que le

⁷¹⁶ “In effect, the applicant was imposing her religious beliefs upon the life and health of her children and in disregard of the rights of the father and of the provisions of the Religious Education of Children Act 1921”.

afecten e incluso deberán poder elegir su opción religiosa alcanzado el grado de madurez necesario en poco tiempo acorde con su edad⁷¹⁷.

Por otra parte, traemos a comentario una decisión de la Comisión que concluyó con una solución amistosa y que tiene algunas semejanzas en su planteamiento con el caso anterior. Se trata del caso *M.M. c. Bulgaria*, de 10 de septiembre de 1996⁷¹⁸. En ella se resolvió el caso planteado por la demandante, que tras su divorcio y la atribución de la custodia de su hija al padre, solicitaba la ejecución de la sentencia en relación al régimen de visitas de su hija.

La demandante acudió a la Comisión alegando la vulneración por parte de los tribunales de Bulgaria de los artículos 8 y 14 del Convenio, por considerar un factor determinante para atribuir la custodia de su hija al padre el hecho de que ella pertenecía a un grupo religioso no tradicional (*Warriors of Christ*). También por vulneración del artículo 6.1. porque en la línea de lo anterior, los tribunales no fueron imparciales a la hora de tomar una decisión y, además, del artículo 9 en relación al 14 ya que consideraba que la decisión del tribunal vulneraba su libertad religiosa al coaccionarla de alguna manera a cambiar sus creencias religiosas, si quería optar a la custodia de su hijo⁷¹⁹.

El caso, admitido por la Comisión, finalmente se resolvió amistosamente, a través del compromiso de las autoridades búlgaras de dejar abierta la vía judicial a la demandante para que iniciara un nuevo procedimiento de acuerdo con el artículo 106 del Código de Familia búlgaro⁷²⁰.

El caso *Ignaccolo-Zenide c. Rumanía* de 25 de enero de 2000, resuelve sobre un conflicto relativo a la custodia de los hijos. La demandante recurrió al Tribunal Europeo de derechos humanos alegando la vulneración por los Tribunales y el Gobierno de Rumanía del artículo 8 del convenio relativo a la vida familiar⁷²¹.

⁷¹⁷ Arts. 12 y 14 CDN.

⁷¹⁸ Dec. Adm. N° 27496/95.

⁷¹⁹ Para. 12 de la decisión.

⁷²⁰ Para. 15 de la decisión.

⁷²¹ Para. 85 de la sentencia. Un mes antes, el TEDH resolvió el caso *Salgueiro c. Portugal*, 21 de diciembre de 1999. En este caso, el padre alegaba la

El caso versaba sobre la petición realizada por la demandante, madre de dos niñas, de ejecutar la sentencia de los Tribunales franceses, que otorgaba la custodia a la madre con el establecimiento del régimen de visitas para el padre. No obstante, el problema surgió porque el padre trasladó su residencia primero a EE.UU. y luego a Rumanía llevándose consigo a las hijas. Es en este último país, donde a juicio de la demandante, se pusieron trabas para la ejecución de la sentencia francesa que resolvió sobre la custodia, e incluso se inició un nuevo procedimiento en el que el padre solicitaba la patria potestad en exclusiva, alegando entre otros motivos que las hijas no querían vivir con su madre, la cual pertenecía a una secta, y esto provocaba una importante desatención familiar⁷²². El Tribunal de Bucarest resolvió a favor del padre en un juicio celebrado sin la presencia de la madre, fundando la resolución en el interés de las menores. Para ello se estimaron, por una parte, los informes de los profesores que daban cuenta del buen rendimiento escolar de las niñas y por otra parte, y a lo que a nosotros más interesa, el escrito del Secretario de Estado de asuntos religiosos en el cual se recogía que la “secta” a la que pertenecía la madre no estaba reconocida en Rumanía. Estos motivos fueron suficientes para el Tribunal de Bucarest para otorgar la custodia al padre.

No obstante, la formulación de la demanda por la sra. Ignaccolo-Zenide ante el Tribunal Europeo de derechos humanos se asentó en la vulneración del artículo 8, sin mencionar lesión de su derecho a la libertad religiosa por parte del Tribunal de Bucarest, que sí consideró

vulneración del art. 8 en relación con el art.14 del Convenio. Tras la separación del matrimonio, el padre inició una relación con otro hombre. Posteriormente, en la sentencia de divorcio, se atribuyó la custodia a la madre, estableciéndose un régimen de visitas al padre, el cual fue incumplido por la madre. Por esta situación, el padre solicita la custodia de la niña alegando que su hija, de hecho, estaba al cuidado de sus abuelos maternos, los cuales eran testigos de Jehová. Tras una sentencia favorable al padre, la madre recurrió en apelación, siendo revocada la sentencia de primera instancia y fallando a favor de la madre. El padre acudió ante el TEDH alegando que el Tribunal de Apelación concedió la custodia de su hija a la madre basándose exclusivamente en su orientación sexual. Hacemos referencia a este caso en cuanto que, tangencialmente, está presente el factor religioso, con la pertenencia de los abuelos maternos a los testigos de Jehová, y que fue alegado por el demandante en la primera instancia, pero al que no se refiere en su demanda ante el TEDH.

⁷²² Para. 43 y 53 de la sentencia.

como determinante el hecho de pertenecer a una secta no reconocida en Rumanía.

Finalmente, el Tribunal estimó la demanda considerando que se había producido violación del artículo 8.

Aunque como se ha visto, no hay mención expresa ni alegación sobre vulneración de la libertad religiosa de la demandante, consideramos de interés este caso comentarlo por varios motivos. El primero no tanto por los hechos que relatan sino en cuanto a la valoración de las pruebas presentadas por el padre. Dichas pruebas, básicamente los informes de los profesores afirmando la correcta marcha de las niñas en la escuela y el escrito del Secretario de Estado de asuntos religiosos afirmando que “la secta” a la que pertenecía la madre no estaba reconocida por las autoridades rumanas, no son pruebas directas de las que puedan deducirse la incompetencia de la madre para asumir sus responsabilidades materno-filiales y, a pesar de ello, el tribunal rumano concluyó con una presuposición negativa de la capacidad de la madre para cuidar a sus hijas.

En nuestra opinión, esta valoración negativa *a priori* de ciertos grupos religiosos, y en consecuencia, de sus adeptos, conlleva que la carga de la prueba sea más laxa que en otros casos, e incluso, que se invierta. Es decir, cuando en este caso corresponde al padre demostrar la incidencia negativa de la pertenencia de la madre a un grupo religioso sobre sus responsabilidades familiares, alega, apoyado por las autoridades, que ese grupo no está “reconocido” en Rumanía y de ello se deduce la falta de responsabilidad de la madre, lo que conlleva que ésta se vea obligada a demostrar que no desatiende a sus hijas por el hecho de pertenecer a otra religión.

El segundo de los motivos está reflejado en la opinión particular del juez Maruste, discrepante de la resolución, quien centra su análisis en el interés del menor desde el punto de vista de las propias hijas. Para ello destaca el deseo de vivir con el padre manifestado por las menores, el cual debe ser tenido en cuenta como parte integrante del derecho de los hijos a relacionarse con los padres y no primar sólo el derecho de los padres a relacionarse con los hijos. De ahí, que el juez Maruste considerase que la causa debía haberse resuelto vía artículo 6 del Convenio: derecho a un proceso equitativo.

Prescindiendo de ulteriores puntualizaciones y compartiendo la idea general del derecho de audiencia de los menores, el Juez discrepante parece que no tiene en cuenta el hecho de que el padre “secuestró” a las hijas y evitó que tuvieran contacto con su madre; Por ello, difícilmente podrían desear aquéllas relacionarse con una persona que habían dejado de ver desde muy corta edad.

Finalmente otro motivo de interés de la sentencia es la valoración de las pruebas presentadas por el padre. Dichas pruebas, básicamente los informes de los profesores afirmando la correcta marcha de las niñas en la escuela y el escrito del Secretario de Estado de asuntos religiosos afirmando que “la secta” a la que pertenecía la madre no estaba reconocida por las autoridades rumanas, no son pruebas directas de las que puedan deducirse la incompetencia de la madre para asumir sus responsabilidades materno-filiales. A pesar de ello, el tribunal rumano concluye con una presuposición negativa de la capacidad de la madre para cuidar a sus hijas.

Un caso parecido más reciente en el que sí se alega la vulneración de la libertad religiosa de la madre es la sentencia del TEDH en el *caso Palau- Martínez c. Francia*, de 16 de diciembre de 2003. Los hechos tuvieron lugar cuando el matrimonio de la demandante fue disuelto mediante sentencia de divorcio. En esta resolución se estableció que la madre tendría la custodia de los hijos, cuya residencia tras el divorcio fue fijada en España determinando un régimen de visitas para el padre.

El conflicto surge porque, tras unas vacaciones de verano, el padre no devuelve a los hijos con su madre y además los inscribe en un colegio francés. Ante la demanda interpuesta por la madre, el padre sostiene que los hijos no retornaron con su madre puesto que estimaba perjudicial para el desarrollo de los niños que siguieran viviendo con su madre debido a su pertenencia a los Testigos de Jehová. Para apoyar su argumento presentó certificados médicos realizados por un psiquiatra en los que se presentaban signos negativos en el desarrollo de los menores, a lo cual se añadía el deseo que los niños habían manifestado de vivir con su padre.

Por otra parte, la madre no negó ni su pertenencia al grupo ni del carácter religioso que impregnaba la educación de sus hijos de

acuerdo a los preceptos de los Testigos de Jehová. El Tribunal de Apelación estimó la argumentación del padre y consideró que la educación y forma de vida junto a la madre estaba perjudicando seriamente a los hijos, ya que, además de obligarles a guardar los preceptos religiosos, intervenían en actos proselitistas. Además, el Tribunal de Apelación se basó en el principio del interés del menor para determinar la intervención del Estado en situaciones en las que se pone en peligro la integridad física psíquica de un menor por aplicación de preceptos religiosos de un grupo, a su juicio, de carácter sectario. Todos estos argumentos fueron tomados en consideración por el Tribunal de Apelación determinando la custodia de los hijos al padre con el consiguiente régimen de visitas para la madre. Ésta consideró que la decisión del Tribunal de Apelación juzgó el caso basándose en datos generales sobre los Testigos de Jehová y obvió el caso particular, no probándose los extremos alegados, tan sólo un certificado médico aportado por el padre, que justificaran la drástica decisión de cambiar la custodia de los hijos.

La demandante acudió al Tribunal Europeo de derechos humanos por considerar que la sentencia del tribunal francés fue desproporcionada y que se basó principalmente en su pertenencia a los Testigos de Jehová, discriminándola no sólo en una decisión de carácter familiar sino también vulnerando su libertad religiosa. Alegó la vulneración de los artículos 8 (derecho al respeto de la vida familiar), 14 (principio de no discriminación), 6 (derecho a un proceso justo) y 9 (libertad religiosa).

El Tribunal admitió la demanda sobre la base de una posible vulneración de la libertad religiosa de la madre (artículo 9) en conexión con el derecho de respeto a la vida familiar (artículo 8)⁷²³. Aunque la postura del Gobierno francés defendía la medida judicial por el interés de los niños y no por cuestiones religiosas, la demandante alegó que su adscripción religiosa fue la determinante para que le retiraran la custodia de sus hijos sin ninguna prueba más, a lo que añadía que sin su pertenencia a los Testigos de Jehová ella seguiría conservando la custodia. Se trataba, a juicio de la demandante, de una medida discriminatoria y desproporcionada en atención a los hechos alegados y probados.

⁷²³ Dec. del TEDH de 4 de marzo de 2003.

El Tribunal falló a favor de la madre y confirmó la línea iniciada por el caso *Hoffmann*, atendiendo a la violación del art. 8 en combinación con el art. 14 de la Convención, mientras que no entra en la vulneración de los artículos 6.1 y 9 del Convenio y 2 del Protocolo 1⁷²⁴. El Tribunal consideró que el Tribunal de apelación francés se pronunció basándose en consideraciones de carácter general, sin atender a las condiciones de vida de los menores junto a su madre y su verdadero interés. Por ello, al Tribunal no estimó que hubiese una proporcionalidad entre las medidas tomadas (cambio de custodia) y el objeto examinado.

La sentencia cuenta con una opinión discrepante por parte de la juez Thomassen, la cual también concluye a favor de la madre por vulneración del art. 8 pero con otro fundamento. En primer lugar, considera que las decisiones de los Tribunales en los casos de ruptura matrimonial cuando hay que decidir sobre la custodia de los hijos hace necesario la valoración de la nueva circunstancia familiar sobre la que decidir, en interés de los menores, con quién van a vivir los hijos, y una de esas circunstancias es la pertenencia de la madre a un grupo religioso, no por el hecho en sí, sino para estudiar los efectos o consecuencias negativas de las convicciones religiosas de la madre sobre los hijos⁷²⁵. Una vez dicho esto, la juez Thomassen estima la vulneración del art. 8 por un hecho que no tiene en cuenta del tribunal de apelación francés y tampoco se observa en la sentencia del TEDH. Remontándose a los hechos, Thomassen considera que el padre abandonó a su familia en 1994 y la madre se ocupó de sus hijos

⁷²⁴ Para. 45 y 46 de la sentencia.

⁷²⁵ “L'intervention d'un juge pour faire un choix entre les deux parents peut être comparée à un jugement de Salomon. Cette intervention est la conséquence inévitable de la décision des parties de se séparer et elle constitue toujours une ingérence dans la vie familiale de l'un des parents. Dans ce contexte, un tribunal peut être obligé, dans l'intérêt de l'enfant, de regarder de plus près les qualités et les conditions de vie d'un parent pour fonder sa décision, même si certains arguments ne suffiraient pas pour justifier toute autre ingérence de l'Etat dans la vie familiale d'un parent, par exemple s'agissant de la protection des enfants. C'est dans ce cadre, c'est-à-dire dans le cadre du choix de l'un des parents, que la cour d'appel a pris en considération les conséquences négatives des convictions religieuses de la mère pour ses enfants. A mon avis, cette distinction, faite par la cour d'appel entre la mère et le père en se fondant sur les effets de la religion de la mère, ne constitue pas une discrimination contraire à l'article 14.”

permaneciendo en esta situación durante tres años hasta que hubo resolución judicial en 1996 que le otorga la custodia de los hijos. Pasado medio año, tras las vacaciones de verano, el padre es cuando por decisión propia “retiene” a sus hijos y los matricula en un colegio francés sin comunicar nada a la madre. Según la juez Thomassen, el padre cometió una ilegalidad al privar a la madre de su derecho de custodia, acción que no se justifica si previamente no se ha escuchado a los hijos ni se ha investigado para comprobar que por el interés del menor los hijos deben dejar de continuar viviendo con su madre, por lo que estima que a la madre se le privó de participar en un proceso y la decisión del tribunal de apelación francés fue arbitrario.

Por nuestra parte, compartimos las ideas de la juez Thomassen en cuanto que el interés superior del niño debe primar en toda las decisiones que le afecten, por encima de las consideraciones o deseos de los padres, lo cual hace que los tribunales entren a “indagar” en el ámbito familiar. Pero queremos destacar además de la decisión unilateral del padre a la que refiere en el voto particular, el hecho de que el padre abandonó el domicilio previamente al divorcio para vivir con otra mujer y dejó a la demandante –la cual ya era testigo de Jehová– y a sus hijos durante tres años y medio.

Evidentemente, ésta no es razón suficiente como para estimar que la pertenencia al grupo religioso de la madre pueda afectar a los hijos, sino que es necesario, como apunta la juez discrepante, un proceso que lo investigue además de incidir en un aspecto muy importante, como es el derecho del menor a ser escuchado en todos los asuntos que le afecten si tiene suficiente juicio. Lo que estimamos oportuno en este caso, ya que los hijos nacieron en 1984 y 1989.

Por otro lado, hemos visto como los casos sobre crisis familiares expuestos, en su mayoría, se refieren al conflicto sobre la custodia de los hijos entre los progenitores. No obstante, existen casos en los que tras una crisis familiar, la autoridad pública considera que ninguno de los padres puede ejercer sus responsabilidades paterno-filiales encomendándose su custodia a una entidad o a otra familia. Citemos como ejemplos la decisión de la Comisión en el caso *X. c. Países Bajos*, de 6 de febrero de 1968, y la sentencia del TEDH *Olsson c. Suecia*, de 24 de marzo de 1988.

Los hechos del caso *X. c. Países Bajos* tuvieron lugar tras el divorcio del demandante y su esposa, cuando el Juzgado del Distrito de Breda resolvió que ninguno de los padres estaba en condiciones de mantener la custodia sobre los hijos, por lo que ésta fue concedida por el mismo Juzgado a la “Asociación Católica Romana para el bienestar del niño” del Obispado de Breda.

El demandante no conforme con la decisión, acudió al Juzgado para manifestar su descontento sobre la decisión de otorgar la custodia de sus hijos a una asociación católica. El Juzgado determinó que la decisión se tomó con base en la religión en la que habían sido bautizados los niños y que, por ello, era conveniente que continuaran siendo educados en la fe católica. Asimismo, el Tribunal del Distrito de Breda resolvió de forma semejante al anterior y añadió que otorgar la custodia al demandante no sería adecuado al interés de los niños debido, fundamentalmente, a la personalidad violenta del demandante, y que a pesar de la alegación del padre de no pertenecer a ninguna religión, devolver la custodia supondría una ruptura en la continuidad de la educación de los niños por lo que sería una solución contraria a los intereses de los menores.

Tras el rechazo de la demanda ante el Tribunal Supremo, el demandante acudió a la Comisión alegando la vulneración de la Convención, sin citar ningún artículo concreto, por haber sido privado de la custodia de sus hijos por un Tribunal que no respetó la legalidad ni atendió a los hechos alegados, y que simplemente determinó su resolución basándose en su actitud antirreligiosa.

La decisión de la Comisión, además de referirse a cuestiones procesales, se centró en los mismos razonamientos dados por las resoluciones de los Tribunales holandeses, que se fundamentaban en el interés del menor, no por el tipo de educación, sea o no religiosa, sino por la personalidad del padre y sus acciones anteriores con los hijos (abandono, maltrato...).

No obstante, y como parte de la alegación realizada por el padre, la Comisión se pronunció sobre la cuestión de que la custodia de los hijos la detentara una asociación católica. La decisión aquí no fue muy clara, ya que por una parte, se reconocía la aplicación del artículo 2 del protocolo 1 del Convenio como derechos de los padres, aun

cuando no tuvieran la custodia de los hijos⁷²⁶, para por otra parte afirmar que, en este caso, no existían indicios de la vulneración de dicho artículo. Dichos indicios podrían derivarse del hecho destacado por la Comisión relativo a que sobre la religión de la madre nada se mencionaba, sabiéndose que los niños fueron bautizados por la Iglesia católica y que el padre desarrolló su posición antirreligiosa posteriormente. Además la Comisión se refirió en una escueta frase a que se debía tener en cuenta la edad de los niños, que en esa fecha tenían diez, doce y catorce años, sin ninguna explicación añadida, de lo que interpretamos que, con dichas edades, convenía mantener la continuidad de su educación con base en el interés de los menores. Por todo ello, la Comisión consideró infundada la demanda conforme al artículo 27 de la Convención.

Como podemos observar, esta decisión anterior al caso *Hoffmann*, sigue la línea del criterio de continuidad en la educación de los hijos con base en el principio del interés del menor.

Por otra parte, el Tribunal Europeo de derechos humanos en el caso *Olsson c. Suecia*, de 24 de marzo de 1988, resolvió la no vulneración del artículo 2 del Protocolo 1 en relación con el artículo 13 del Convenio (derecho a un recurso efectivo).

Aunque la cuestión principal no giró en torno al derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones, el Tribunal tuvo que pronunciarse ya que se alegaba conjuntamente a otros artículos.

Los hechos sucedieron en una familia compuesta de un matrimonio, con cierto grado de retraso mental, y sus tres hijos, Stefan, Helena y Thomas. Recibían apoyo familiar de una terapeuta y un equipo psiquiátrico, aunque los padres parecían poner trabas para cooperar con los servicios sociales. Asimismo, la relación de pareja se mostró difícil, llegando a separarse durante varios meses en dos ocasiones. A todo ello hubo que sumarle el retraso mental que manifestó el hijo mayor, Stefan.

Ante la situación familiar, el Consejo social del distrito número 6 de Göteborg resolvió poner a los hijos bajo supervisión administrativa

⁷²⁶ Cfr. con el caso *Hoffmann c. Austria*.

ante la incapacidad de los padres para cuidarles y velar por ellos. Finalmente, esa situación derivó en la decisión del Consejo de hacerse cargo de los menores fundamentado en que el desarrollo de éstos estaba amenazado, a pesar de las medidas preventivas y la asistencia familiar. Tras análisis psicológicos realizados a los niños se recomendó la asunción de la tutela por la Administración, hecho que se consumó debido sobre todo a la situación del hijo mayor, Stefan, que presentaba un gran retraso en su desarrollo, los padres no le atendían, no procuraban su seguimiento en la escuela especial a la que asistía y no le proporcionaban elementos básicos para su salud, ya que sólo lo alimentaban con sandwiches y aunque miope, no llevaba gafas. Asimismo, el desarrollo de los otros niños era también muy lento y no contaban con los estímulos suficientes para facilitárselo.

Los padres en desacuerdo con la resolución del Consejo recurrieron ante los Tribunales, los cuales en las diversas instancias recurridas, confirmaron la resolución del Consejo basándose en el interés del menor.

Los niños fueron puestos en acogida en hogares separados debido, fundamentalmente al riesgo de producir nuevamente el incidente provocado por los padres con su hijo mayor en una residencia infantil de la ciudad cuando lo sacaron de allí y lo ocultaron durante un mes para evitarlo de la administración. El hecho volvió a repetirse y esta vez los padres lo ocultaron dos meses.

Los padres de acogida del hijo pequeño, Thomas, y sus hijos pertenecían a la Iglesia de Suecia y según los demandantes, asistían regularmente con Thomas al culto.

Los señores Olsson, agotadas las instancias judiciales en Suecia, acudieron a la Comisión europea la cual estimó la demanda basándose en la vulneración del artículo 8 del Convenio, aunque rechazando el resto de los artículos alegados, artículos 3, 6, 13 y 14 y 2 del Protocolo 1.

La decisión del Tribunal Europeo de derecho humanos fue estimar la vulneración del artículo 8⁷²⁷ en cuanto a la forma de

⁷²⁷ Art. 8: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la

ejecutar la tutela⁷²⁸, es decir, sobre el emplazamiento de los menores por separado y a mucha distancia entre ellos además de las restricciones a las visitas de los padres, lo cual contradice la finalidad de la norma que dispone que la tutela, como medida temporal, debe suspenderse en cuanto las circunstancias que la hubieran causado cedieran, con el objeto de reunir a la familia Olsson. Y esto, según el Tribunal se obstaculiza en cuanto que la distancia entre los miembros de la familia pone barreras a las relaciones entre ellos, lo cual afectaba a la consecución de unas relaciones familiares adecuadas.

Por otra parte, a lo que a nuestro trabajo interesa, la alegación del artículo 2 del Protocolo 1 se hace con base en que la familia de acogida de uno de los hijos pertenecía a la Iglesia de Suecia y asistía regularmente al culto según los demandantes, aunque los padres de acogida matizaron que sólo lo hicieron dos o tres veces al año. Los señores Olsson no deseaban una formación religiosa para sus hijos, además de que el hecho de alejar tanto a todos los hijos de sus padres les privaba de influir en su educación.

El Tribunal, brevemente, sin entrar demasiado en el asunto y por unanimidad, resolvió rápidamente la alegación de este artículo acatando la opinión tanto del Gobierno sueco como la de la Comisión. Su razonamiento se basó en que los padres no habían demostrado que la educación dada a sus hijos durante todo ese tiempo se opusiera a sus deseos y, además, aunque considerados ateos, los señores Olsson formaban parte de la Iglesia de Suecia y no manifestaron ningún deseo de dar una educación no religiosa a los hijos, salvo en esta alegación⁷²⁹.

Asimismo, los padres invocaron violación del artículo 13 en conjunción con el 2 del protocolo 1, en el sentido de que no contaron con ningún recurso anterior a la demanda ante el Tribunal Europeo de derechos humanos contra la violación de su derecho del artículo 2 del

autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

⁷²⁸ Para. 78-84.

⁷²⁹ Para. 94-96.

protocolo 1. También el Tribunal lo denegó por unanimidad afirmando que podría haberse planteado la cuestión tanto por vía administrativa como judicial⁷³⁰.

Finalmente nos referimos a la decisión *Widen c. Suecia* de 10 de octubre de 1986, que conoció la Comisión y que concluyó con una resolución amistosa.

El caso se refiere a la retirada de la custodia a una madre de sus dos hijos menores asumiendo la tutela la administración pública sueca. A pesar de que la madre recurrió ante los Tribunales la decisión, se fue denegando hasta que en el 1985, dos años después de la primera resolución, el Tribunal regional administrativo determinó la vuelta de los niños bajo la custodia de su madre.

El posterior recurso de la demandante ante la Comisión se basó en la vulneración de los artículos 3, 9 y 14 del Convenio y el artículo 2 del protocolo 1. En cuanto a los artículos relativos a la libertad religiosa y el derecho a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones, la demandante estimó que esos derechos fueron vulnerados por la administración sueca ya que se evitó que los hijos fueran educados en un colegio privado católico tal y como era su deseo⁷³¹.

El caso terminó con un acuerdo amistoso, de contenido económico, ofertado por el Gobierno sueco ante la decisión de la Comisión de declarar admitida la demanda⁷³².

Observamos como en los supuestos, *X. c. Países Bajos y Olsson c. Suecia*, siguen la línea interpretativa previa a la actual marcada por el caso *Hoffmann*. A diferencia de éste, hemos constatado como se mantiene el respeto a la orientación educativa de los hijos, teniendo en cuenta que esta decisión parte de la autoridad administrativa, incluso frente a la oposición de ambos padres (caso *Olsson*) bajo la consideración del interés del menor.

⁷³⁰ Para. 97 y 98.

⁷³¹ Para. 14 de la Decisión.

⁷³² Para. 16 de la Decisión.

2.2. Supuestos en la jurisprudencia española.

En el ámbito de las resoluciones de los tribunales españoles, los supuestos de crisis matrimoniales en relación con el menor que vamos a comentar tienen que ver, al igual que en los casos vistos de la Comisión y el TEDH, con el derecho de custodia en el que el factor religioso y el principio del interés superior del niño son protagonistas⁷³³.

La sentencia más ilustrativa en la jurisprudencia española es la del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo⁷³⁴. Es de interés que el recurrente, perteneciente al “Movimiento gnóstico cristiano universal de España”, no reclama la custodia que se determinó a favor de la madre, sino que no se restrinja el derecho de visitas establecido en primera instancia y que la Audiencia Provincial de Valencia modificó en su contra.

El caso que se planteó al TC fue resolver si la Audiencia de Valencia, en el procedimiento de separación matrimonial, había vulnerado el derecho de libertad religiosa del recurrente en amparo, al establecer un régimen de visitas más restrictivo que el establecido en primera instancia fundamentando su resolución en la pertenencia del recurrente al Movimiento gnóstico cristiano universal de España, y que este hecho podría resultar potencialmente perjudicial para sus hijos, menores de edad. Por lo que, basándose en el principio del interés del menor, restringió el derecho de visitas.

El Tribunal Constitucional tomó como argumentos jurídicos los siguientes puntos; primero, los límites al ejercicio de la libertad religiosa, segundo, el estatuto jurídico y la protección del menor y tercero, como punto que conjuga los dos anteriores, la regla de la proporcionalidad entre las medidas limitativas del derecho de libertad religiosa y el fin perseguido, la protección del menor. El Tribunal argumentó legitimando la restricción en el ejercicio de la libertad

⁷³³ Vid. Navas Renedo (2001b) que realiza una aproximación a la jurisprudencia española en supuestos de pertenencia a grupos sectarios y su repercusión en las causas modificativas de las relaciones paterno-filiales.

⁷³⁴ Comentarios a esta sentencia pueden encontrarse en Martínez-Torrón (2001c), Beneyto Berenguer (2001) Y Rivero Hernández (2000b), Rodrigo Lara (2001a).

religiosa para proteger a los menores de riesgos en el desarrollo de su personalidad y a su vez, para garantizar que no se vulnerara el mismo derecho de libertad religiosa de los menores. Luego el Tribunal adoptó el límite al derecho de libertad religiosa del padre basándose en la protección de los menores y en el respeto a los derechos fundamentales de los demás, en este caso el de libertad religiosa de los menores, que comprende el derecho a no recibir ni formarse en unas creencias de las que no se quiera participar.

Pero en este caso, a juicio del TC, el límite que realizó la Audiencia Provincial de Valencia lesionaba el derecho de libertad religiosa del padre. El motivo principal es que no se probó que las medidas restrictivas del derecho de visitas estuvieran justificadas en un riesgo físico o moral para los hijos. De este modo, con la finalidad de proteger a los menores, la Audiencia Provincial calificó el contenido ideológico del grupo al que pertenece el padre, y consideró que podía afectar psíquicamente a los menores⁷³⁵. Pero la Audiencia no argumentó suficientemente como se había formado su *convicción*, sobre todo, si se tiene en cuenta que, durante el procedimiento, no se probaron que los menores hubiesen estado en situación de riesgo por estar con el padre, a pesar de las alegaciones realizadas por la madre. En este sentido, reiteramos nuestra opinión sobre la valoración de la prueba cuando comentamos anteriormente el caso *Ignaccolo-Zenide c. Rumanía*. Ya que la valoración de la prueba y la *convicción* de la Audiencia tiene poco sustento en los hechos planteados, ya que no se demostró que los niños tuvieran un perjuicio en visitar a su padre (ni siquiera vivir con él) y, en cambio, esta convicción puede darse por un prejuicio frente a grupos religiosos sobre los que no se tienen suficiente información o bien porque son “distintos” de otros más arraigados y asumidos por la sociedad.

El Tribunal Constitucional resolvió que la sentencia de primera instancia establecía suficientemente las medidas necesarias para salvaguardar los derechos de los menores, y la sentencia posterior de

⁷³⁵ Literalmente la sentencia dice: “...como este órgano ha formado una *convicción* de que el apelado no separa en su relación con los menores sus vivencias en el referido Movimiento Gnóstico Cristiano Universal, y que el contenido del mismo, puede afectar psíquicamente a los dos hijos menores, dada la invocación a planteamientos ideológicos esotéricos [...] debe interponerse una restricción superior a la establecida en la sentencia de instancia [...].”

la Audiencia no guardó la proporcionalidad entre el fin perseguido, proteger a los menores, y las restricciones al derecho de visita del padre motivadas por sus creencias. Con lo cual el Tribunal Constitucional estimó que efectivamente, se había vulnerado el artículo 16.1 CE y anuló parcialmente la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia en lo referente a las medidas restrictivas del derecho de visitas del padre; y tomó, como única medida, la prohibición establecida en primera instancia referente a que el padre hiciera partícipe a sus hijos de sus creencias, así como la asistencia de los menores a actos relativos a ellas. Esta solución que toma como fundamento ciertos puntos parecidos al caso *Hoffmann* (proporcionalidad de las medidas y vulneración de la libertad religiosa del padre) es en nuestra opinión acertada, ya que no se priva del derecho de visitas ni al padre ni a los hijos, pero se mantienen las medidas de precaución para evitar lesiones al derecho de libertad religiosa de los hijos y que se vulnere la continuidad educativa de los hijos.

Por otra parte, destacamos el tratamiento que el Tribunal realizó de la libertad religiosa del menor en esta sentencia y que en otras sentencias tanto españolas como del TEDH no aparece.

En primer lugar, el TC se expresó afirmando que los menores de edad eran titulares del derecho de libertad religiosa y con capacidad para ejercerlo de acuerdo a su grado de madurez. En segundo lugar, el Tribunal relacionó la capacidad gradual del menor para ejercer su derecho con la función tuitiva de la patria potestad y las instituciones de guarda y tutela, afirmando que éstas deben regirse con base en el principio del interés del menor. Finalmente, el Tribunal se refirió a que los poderes públicos deben velar por el correcto ejercicio de las funciones parentales y de tutela para garantizar la protección y el interés del menor. Y sin dejar lugar a dudas, el Tribunal enfatizó la importancia del principio del interés superior del niño afirmando que el estatuto jurídico del menor es una norma de orden público que constituye en sí mismo un límite a los derechos fundamentales y, en este caso, a la libertad de manifestación de las creencias, integrante del derecho de libertad religiosa⁷³⁶.

⁷³⁶ F.J. 5: “Desde las perspectiva del art.. 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales...sin que el ejercicio de los mismos y

la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar arts. 162.1, 322 y 323 CC o el art. 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Así pues, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el "superior" del niño (SSTC 215/1994, de 14 de julio; 260/1994, de 3 de octubre; 60/1995, de 17 de marzo; 134/1999, de 15 de julio; STEDH de 23 de junio de 1993, caso *Hoffmann*).

En resumen, frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el "interés superior" de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE).

Tratándose, como se trata en el caso de autos, de la supuesta afectación de dos menores de edad por las prácticas de su padre de conformidad con sus creencias, no deben dejar de ser tenidas en cuenta las normas internacionales de protección de la infancia, que son de aplicación en España. Y, entre ellas, muy en particular, la Convención de la Naciones Unidas sobre los derechos del niño (ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990) y la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta Europea de los derechos del niño (Resolución A 3-0172/92 de 8 de julio), que conforman junto con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, vigente al tiempo de la Sentencia de apelación, el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el art. 39 CE, y muy en particular, en su apartado 4. A estos efectos, el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos, que constituye un legítimo límite a la libertad de manifestación de las propias creencias mediante su exposición a terceros, incluso de sus progenitores.

Así, el art. 14 de la Convención de derechos del niño dispone que "los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión". Añadiendo en sus apartados 2 y 3 que "los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades" y "la libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los

Otra situación se planteaba en los casos de tres sentencias de Audiencias Provinciales, la Audiencia Provincial de Salamanca el 14 de julio de 1999, la Audiencia Provincial de León, con fecha 7 de junio de 1994 y la Audiencia Provincial de Almería de 14 de junio de 1999. La situación planteada es que tras la separación matrimonial, la custodia queda a cargo de la madre y el padre reclama la misma basándose en el perjuicio que la pertenencia de la madre a los Testigos de Jehová puede causarse sobre los hijos. Veamos los casos y detengámonos en la fundamentación jurídica de los tribunales.

La primera de ellas, dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca el 14 de julio de 1999 resolvió el caso de un padre que solicitó la privación de la guardia y custodia otorgada a la madre de la hija menor de edad basándose en que aquélla profesaba la religión de los Testigos de Jehová. Al igual que resolvió el Tribunal Constitucional en la sentencia 141/2000, la Audiencia ponderó los derechos e intereses de los padres en relación con el interés de la hija, que como textualmente recoge la sentencia, era merecedora “de una preferente tutela, en especial su derecho a la libertad ideológica, de conciencia y de religión”. El Tribunal consideró que la petición del padre no era viable puesto que “la condición religiosa que profesa la madre no puede erigirse *per se* en causa de privación de la guardia y custodia de la hija menor, pues ello significaría una vulneración del derecho individual de carácter fundamental a la libertad religiosa, ideológica y de culto *ex art. 16 CE*”⁷³⁷.

No obstante, al igual que la sentencia de primera instancia, la Audiencia expresó que fundado en el propio derecho de libertad religiosa de la menor, era de aplicación un “régimen cautelar frente a un eventual “proselitismo abusivo” por parte de la madre e incluso del padre”. Estas medidas preventivas ya las había estipulado el Juzgado

derechos y libertades fundamentales de los demás” (apartados 25 y 27 del § 8 de la Resolución relativa a la Carta Europea).

Por lo tanto, ha de concluirse que el sacrificio de su libertad de creencias impuesto al recurrente por la Sentencia de la Audiencia Provincial que aquí se impugna, obedeció a una finalidad constitucionalmente legítima. Estamos ante una limitación de la libertad de creencias de un padre, consistente en una restricción adicional del régimen de visitas que, al hallarse dirigida a tutelar un interés que constitucionalmente le está supraordenado no resulta, desde la perspectiva de su finalidad, discriminatoria.”

⁷³⁷ F.J. 2º.

de primera instancia, a las que la resolución de la Audiencia se remitió, las cuales, de forma similar a las establecidas por la sentencia de primera instancia referida en el caso anterior 141/2000 del Tribunal Constitucional, se concretaban en que la madre “no podrá llevar a su hija a ningún acto religioso sin el consentimiento de don José Luis T., ni tampoco podrá prohibir ni impedir que su hija Natalia acuda a actividades tales como fiestas o cumpleaños...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...y con relación a las cuestiones que se puedan suscitar relativas tanto a la educación como al tratamiento médico de la menor, deberán estar conformes ambos padres, en su defecto, acudir a la autoridad judicial para decidir al respecto”.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de León, con fecha 7 de junio de 1994, se resolvió un recurso de apelación contra una sentencia de separación matrimonial en la que el marido alegaba que la causa real de la separación era la pertenencia de la mujer al grupo religioso de Testigos de Jehová. Grupo que era calificado por el marido como “secta”, utilizando dicho término con su connotación negativa. Concretamente, alegaba que su esposa anteponía las actividades del grupo a las atenciones y obligaciones conyugales y para con los hijos y, además, que la madre pretendía inculcar sus creencias religiosas a los hijos. A pesar de estas alegaciones del marido, el Tribunal resuelve confirmando la sentencia de primera instancia, la cual establecía la guardia y custodia a favor de la madre, ya que de lo contrario, se incurriría en vulneración de su derecho a la libertad religiosa. La sentencia, aún expresando que el derecho de libertad religiosa no es ilimitado, afirmó que el límite aplicable sería en caso de vulneración de los derechos fundamentales de los hijos y su protección, lo cual no quedó probado en el juicio.

No obstante, tanto el Tribunal como el Juzgado de primera instancia establecieron unas medidas que fueron encaminadas a asegurar los derechos de los menores, tales como la orientación religiosa que deberían de dar a la educación de los hijos, hasta que éstos puedan elegir libremente y en el caso de tratamientos médicos basados en hemotransfusiones. Extremos que, a pesar de que la madre conservara la guarda y custodia, deberían ser valorados y decididos conjuntamente con el marido.

Ambas sentencias nos parecen acertadas en cuanto que siguen dos ideas ya comentadas y a las que nos hemos referido en los comentarios a los casos de la Comisión Europea de derechos humanos (en la línea anterior a *Hoffmann*) y el Tribunal Constitucional (STC 141/2000, de 29 de mayo). De un lado, que el ejercicio de la patria potestad corresponde al progenitor que detenta la custodia, entre cuyas funciones está la decisión sobre la educación de los hijos. No obstante, las Audiencias Provinciales de Salamanca y León, en nuestra opinión, logran conjugar esta posición un tanto rígida, con el hecho de que el otro progenitor no pierde la patria potestad y, por tanto, está en su derecho de participar en las decisiones de cierta entidad sobre los hijos, entre las que se encuentran, tal y como dicen ambos Tribunales, la educación de los hijos o en tratamientos médicos que requieran una transfusión sanguínea.

Por otro lado, la otra idea a destacar que mencionan las sentencias es la relativa al límite de derecho de libertad religiosa de los progenitores que es marcado por el derecho de libertad religiosa de los hijos. En la línea que posteriormente hemos visto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, en la fundamentación jurídica de la sentencia consta la titularidad del derecho de libertad religiosa del menor el cual como derecho fundamental que puede ser vulnerado por otras personas constituye el límite del ejercicio del mismo derecho por parte de sus padres. Destacamos esta idea porque, como pocas veces suele suceder, se considera al menor sujeto de derechos y no sólo un objeto de protección, lo cual es muy importante, pero no excluyente de lo primero. Además, esto va a ser un elemento clave en la valoración de las pruebas en un proceso judicial. Como se ha visto en el epígrafe anterior sobre las sentencias del TEDH, la valoración de la prueba, en ocasiones, puede realizarse conforme a ciertos prejuicios relativos a grupos religiosos, sin que realmente quede demostrado un perjuicio al menor. Por esta razón, si se conjugan los dos elementos del interés del menor y su protección junto al hecho de que el menor es titular de derechos se pueden valorar mejor las pruebas y establecer medidas preventivas para evitar hipotéticos perjuicios al menor⁷³⁸. En este

⁷³⁸ Otra resolución en la que se observa las medidas adoptadas para proteger al menor sin retirar la custodia al progenitor perteneciente a un grupo religioso cuya adscripción religiosa pudiera causar, a juicio del otro progenitor, un perjuicio a los hijos es la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 17 de marzo de 1999.

sentido, queda claro en los casos ahora comentados del Tribunal Constitucional y de las Audiencias Provinciales de Salamanca y León.

Por otra parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 14 de junio de 1999 decidió sobre recurso de apelación en un caso de divorcio en el que el padre cuestionaba el régimen de visitas establecido para sus hijas en primera instancia, dada la repercusión negativa que podía crear sobre ellas las creencias religiosas de la madre, perteneciente a los Testigos de Jehová. El Tribunal fundamentó que la petición del recurrente no se sustentaba debido a que este régimen de visitas se venía realizando desde la sentencia de separación en 1993, establecido en el Convenio Regulador firmado por ambos cónyuges, y en cuyo momento el padre conocía las creencias de la demandada sin que alegara nada en contrario. Concluye el Tribunal su argumentación jurídica con la cita del artículo 14 de la Constitución, afirmando que “las creencias religiosas no pueden ser causa de privación de un derecho, en cuanto viene amparada por el artículo 14 de la Constitución Española y lo contrario supondría una discriminación vedada por nuestra Carta Magna...No existiendo prueba alguna que muestre la necesidad de privar a la madre de la custodia de las hijas para considerar que la misma pudiera ir en contra del interés, formación y cuidado de las mismas...”.

Observamos como el Tribunal no cita en su fundamentación jurídica el artículo 16 de la Constitución, ni siquiera desde el punto de vista del derecho a la libertad religiosa de los hijos, sino que lo enfoca desde un caso de discriminación a la madre por motivos religiosos *ex* artículo 14. Tampoco menciona a las hijas como sujetos del derecho de libertad religiosa aunque, como hemos comentado antes, sí se recoge la importancia de la prueba de cara a la restricción del derecho de la madre basándose en que su ejercicio fuera contrario al interés de las menores, lo cual, en este caso, tampoco queda probado.

En este caso la madre, tras un proceso de divorcio, obtiene la guarda y custodia de la hija. El padre reclama la misma basándose en que la madre forma parte de la “Regla de O”. El Tribunal resuelve que aceptar su pretensión supondría una vulneración del derecho a la libertad religiosa de la madre, aunque considera como medida de precaución, que cada seis meses como mínimo se proceda a establecer controles psicológicos para vigilar el estado de la niña y su posible participación en el grupo religioso de la madre.

Finalmente, mencionamos la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1980. En ella se resuelve un caso de separación matrimonial en el que se encomienda la custodia de la hija menor de edad al padre basándose en las creencias de la madre.

Nótese que a la fecha de la sentencia no existía divorcio en España⁷³⁹ ni tampoco la Ley Orgánica de Libertad Religiosa⁷⁴⁰ a lo que se le añade la interpretación de libertad religiosa realizada por el Tribunal basada en la Ley de Libertad Religiosa de 28 de junio de 1967, como así figura en sus considerandos, a pesar de contar con los artículos 10.2 y 16 de la Constitución de 1978.

La madre interpuso recurso de casación por infracción de ley frente a la sentencia de separación de primera instancia. En ésta pese a ser favorable a la separación por malos tratos inferidos a la actora por parte de su marido, se otorgaba la custodia de la hija de dos años de edad al padre. El motivo que fundamenta la resolución tanto del Juzgado de primera instancia como del Tribunal Supremo que ratifica el del primero, es la pertenencia de la madre a Testigos de Jehová, grupo religioso al que también pertenecía el padre, ahora converso a la religión católica, y el potencial peligro que el seguimiento de los preceptos podía ocasionar a la salud y la vida de la menor en el supuesto de que requiriera de una transfusión sanguínea.

2.3. Conclusiones.

Podemos concluir que las líneas interpretativas de la Comisión y el TEDH en materia de libertad religiosa del menor y las crisis familiares tienen dos líneas claramente diferenciadas en un antes y un después del caso *Hoffmann*.

Hasta el caso *Hoffmann* del año 1993 la línea predominante era que el derecho a determinar la educación de los hijos formaba parte del derecho de custodia y que, con base en el “interés del menor”, se continuaría con la educación que los hijos recibiesen hasta ese momento, como hemos observado de la decisión *X c. Países Bajos* de 6 de febrero de 1968.

⁷³⁹ El divorcio se introdujo en España con la ley 30/1981 de 7 de julio, BOE de 20 de julio.

⁷⁴⁰ Ley 7/1980 de 5 de julio, BOE 24 de julio.

Con *Hoffmann* se observa un cambio en el que en criterio de continuidad en la educación quiebra, utilizando otros criterios en los que se valora la no discriminación por motivos religiosos y la proporcionalidad de las medidas adoptadas, lo que en nuestra opinión puede provocar que, en ocasiones, el “interés del menor” pase a un segundo plano en aras de una pretendida no discriminación y defensa de la libertad religiosa de algún progenitor y la intimidad familiar, o bien, lo contrario, que “el interés del menor” sea un fundamento jurídico de gran peso que puede esconder ciertos prejuicios y valoraciones negativas *a priori* de determinados grupos religiosos, por lo que la prueba del perjuicio al interés del menor sea, en algunos casos, más hipotética que demostrada.

Por lo que respecta a la línea interpretativa de los tribunales españoles está, en general, en consonancia con la jurisprudencia del TEDH con el caso *Hoffmann*, en el sentido de no discriminar al progenitor que ha cambiado o sustenta otras creencias, a lo que los tribunales deben llegar una vez sopesados los derechos e intereses en juego (criterio de proporcionalidad).

En definitiva, la regla que prima las fundamentaciones jurídicas es la de la proporcionalidad entre el derecho de libertad religiosa del progenitor y el riesgo para el menor, que de ser hipotético o poco probable en vista del caso, se falla a favor del progenitor cuyas creencias han cambiado. En este sentido, consideramos que los tribunales españoles son más cautos que las resoluciones del TEDH. Esto se constata en que, cuando no se ha demostrado el perjuicio del menor, establecen medidas preventivas que sin restringir los derechos del progenitor a la libertad religiosa y a la custodia o de visitas, se proteja al menor y se vele también por sus derechos, estableciendo como límite al ejercicio del derecho de libertad religiosa de su progenitor (educación, proselitismo, participación en actos religiosos, etc.) el propio derecho de libertad religiosa del menor, sobre todo cuando éste ya ha alcanzado cierta edad o grado de madurez que le permita decidir su orientación religiosa⁷⁴¹.

⁷⁴¹ Dec. 3110/76, caso *X. c. República Federal de Alemania*, CD, 27, pp. 91-92 y la comentada STC 141/2000.

Por otra parte, si comparamos la trayectoria de las resoluciones en el tiempo, desde la última comentada, del año 1980, hasta la del Tribunal Constitucional del año 2000, podemos observar como desde una postura inflexible en la sentencia de 1980, que refleja cierto temor y/o prejuicios ante otros grupos religiosos, el criterio que se ha impuesto es el de la proporcionalidad entre las medidas tomadas y los derechos de los padres y los hijos manteniendo como principio rector el interés del menor.

Hemos visto como el Tribunal Constitucional, basándose a su vez en las resoluciones del Tribunal Europeo de derechos humanos, establece que para tomar una medida concerniente al menor con base en las creencias de uno de los padres, la resolución debe ajustarse al principio de proporcionalidad entre la medida adoptada y el riesgo para el menor, sin obviar la valoración efectiva de las pruebas, sin condicionamientos subjetivos o sociales a rechazar otras manifestaciones o grupos religiosos, pero sin descuidar la protección y el interés de los menores.

Finalmente queremos destacar las escasas referencias a la legislación sobre derechos de la infancia, evidentemente con posterioridad al año 1989 que se aprueba la CDN de Naciones Unidas, aunque aparece algo más en las sentencias españolas, también junto a la LOPJM de 1996.

Como síntesis de nuestra postura, que hemos ido comentando a lo largo de este capítulo, destacar que las crisis familiares son circunstancias especiales que afectan a las relaciones paterno-filiales en mayor o menor medida, y que modifican la forma de ejercer la patria potestad. En este sentido, la asignación de la custodia a un cónyuge determina el ejercicio “habitual” de aquélla. Entrecorramos la palabra “habitual” porque consideramos que la ruptura matrimonial no conlleva la ruptura con los hijos (salvo decisión judicial en cada caso concreto), y que, si bien, por sentido común y practicidad –dado la convivencia diaria que genera la custodia– es uno de los cónyuges quien ejerce la patria potestad, en nuestra opinión, decisiones de cierta trascendencia para los hijos deben ser tomadas por ambos (educación, orientación religiosa, tratamientos médicos, etc.). Cuando no exista acuerdo, será necesaria la intervención judicial, con la obligación de escuchar al hijo si tiene madurez suficiente y en cualquier caso,

siempre que sea mayor de doce años, e incluso, el nombramiento de un defensor judicial para el menor, cuando los intereses de los padres se contrapongan a los del hijo⁷⁴².

Al hilo de los intereses de padres e hijos, ya sabemos, que la legislación, tanto internacional como estatal, hace prevalecer el principio de interés del menor para decidir todos los asuntos en los que los menores se vean implicados. Ahora bien, dicho principio no puede servir para “relajar” la fase probatoria en un juicio, y orientar una resolución judicial teniendo como trasfondo una fuerte carga negativa frente a determinados grupos religiosos. Por ello, es fundamental el criterio de la ponderación y la proporcionalidad entre las medidas adoptadas y los derechos e intereses a proteger y la valoración de las pruebas. Pruebas entre las que se debe incluir la audiencia al menor, como derecho de éste⁷⁴³, no sólo reconocido procesalmente, sino como forma de ejercer su libertad religiosa cuando tenga capacidad suficiente⁷⁴⁴.

⁷⁴² Linacero (2001), Castán (1995), pp. 295 y ss, Moreno Martínez (1989).

⁷⁴³ Art. 9 LOPJM, art. 12 CDN.

⁷⁴⁴ La audiencia del menor se estima siempre que éste tenga suficiente juicio o, en cualquier caso, siempre que sea mayor de doce años, arts. 92, 156 CC. Para el ejercicio de la libertad religiosa, como sabemos, no existe una edad determinada legalmente, sino que el criterio es el de la madurez. Sobre los criterios determinantes *vid. supra* capítulo V, 1, 2 y 3.

Capítulo VII. LIBERTAD RELIGIOSA DEL MENOR Y DE SUS PADRES EN EL ÁMBITO EDUCATIVO.

1. INTRODUCCIÓN.

Como es sabido, el menor de edad es titular tanto del derecho de libertad religiosa como del derecho a la educación⁷⁴⁵. No obstante, y como ya hemos mencionado anteriormente, la relación paterno-filial a través de la patria potestad otorga a los padres, y en beneficio del menor, la capacidad de decidir en nombre del hijo hasta que éste adquiera la capacidad que el derecho establece en cada caso (mayoría de edad, emancipación, edad determinada o grado de madurez suficiente).

Esta función delegada que se encomienda a los padres tiene uno de sus máximos exponentes en los derechos relacionados con la educación. Aunque el derecho a la educación corresponde al menor de edad, los padres también son titulares de derechos educativos con respecto de sus hijos. Si bien, estos derechos serán siempre ejercidos en el marco de la función tuitiva de la patria potestad en beneficio de los hijos⁷⁴⁶ y, progresivamente, irán perdiendo fuerza frente a la capacidad decisoria de los hijos según vayan adquiriendo madurez

⁷⁴⁵ Sobre éste último, art. 27 CE, art. 2 del Protocolo 1 al CEDH, art. 13 PIDESC, art. 29 CDN. Embid Irujo (1983), López Méndel (1980), Zumaquero (1984), Elton (1982), Ortiz Díaz (1980), VV.AA. (1979) en número monográfico de la revista *Persona y derecho*, Satorras Fioretti (1998), García-Pardo (1998). Los manuales de derecho eclesiástico incluyen capítulos referentes al derecho a la educación: Llamazares Fernández (2003), pp. 49 y ss., Souto Paz (1999), pp. 413 y ss., González del Valle (2002), pp. 273 y ss. *Vid.* también el Documento final de la Conferencia Internacional celebrada en Madrid, 23-25 de noviembre de 2001, consultiva sobre la educación escolar en relación con la libertad de religión, de convicciones, la tolerancia y la no discriminación, con motivo de vigésimo aniversario de la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación fundadas en la religión o las convicciones, de 25 de noviembre de 1981.

⁷⁴⁶ Art. 154 CC.

suficiente para decidir por sí mismos su educación o ciertas materias relacionadas con la misma.

Pero hasta que esto ocurra, los padres tienen derechos y responsabilidades en materia educativa sobre los hijos, que son en definitiva, los primeros responsables de su crianza, desarrollo y cuidado⁷⁴⁷.

Uno de estos derechos es el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas⁷⁴⁸, del que deriva también el derecho de elección del centro educativo más acorde con las mismas.

Este derecho plantea unos supuestos susceptibles de conflicto, generalmente frente a la autoridad administrativa y que vamos a analizar en este capítulo.

Un primer supuesto es la elección de la enseñanza religiosa, tema ampliamente tratado por la doctrina en múltiples facetas y que nosotros vamos a concretar en dos aspectos: primero, cuando se solicita la exención de asignaturas de contenido religioso, aunque no sean de contenido religioso ni dogmático a juicio de la Administración, y segundo, el sistema de opción que se plantea en diversos países, entre ellos España, que conlleva elegir entre una asignatura de religión (contenido dogmático) u otra alternativa, que puede ser de contenido ético, filosófico o de estudio de la religión como elemento propio de la cultura y la sociedad (sin contenido dogmático).

Un segundo supuesto, se plantea por los padres que no encuentran apropiado ningún centro educativo (ni público ni privado) que se ajuste a su idea educativa y que, por ello, optan por la educación en casa. Este fenómeno reconocido por legislaciones europeas como la

⁷⁴⁷ Entiéndanse estos conceptos tanto en el plano físico como intelectual y espiritual.

⁷⁴⁸ Art. 2 del Protocolo 1 al CEDH. El art. 27.3 CE concreta más el derecho de los padres en torno a la elección de *la formación religiosa y moral* que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (la cursiva es nuestra). Sobre la diversidad de interpretaciones de estos artículos, y en especial el de la Constitución, *vid.* García-Pardo (1998), Embid Irujo (1983), STS 24/1/85, STS 9/3/87.

danesa⁷⁴⁹, la irlandesa⁷⁵⁰ y la italiana⁷⁵¹ con distintas fórmulas medios de control estatal, es prácticamente inexistente en España tanto legislativa como jurisprudencialmente⁷⁵². No obstante, creemos oportuno tratar este tema como una forma de ejercicio del derecho de los padres cuando, por ejemplo, no encuentran un centro educativo acorde con sus creencias, o habiéndolos, no pueden sufragarse una educación privada (en caso de que sólo exista esta posibilidad). Para ello, recurriremos al derecho comparado y con base en los casos planteados, trataremos de analizar como encajarían y solucionarían en nuestro ordenamiento jurídico.

Un tercer supuesto es la objeción de conciencia a determinadas enseñanzas (como educación sexual) que *a priori* no tienen contenidos religiosos, o a determinados métodos pedagógicos (como castigos físicos) que pueden confrontar con las convicciones religiosas o filosóficas de los padres.

En estos casos el problema a resolver por los tribunales es establecer la conexión entre el contenido de una asignatura o determinado método pedagógico cuando no contienen o inciden directamente en materia religiosa y el derecho de los padres a elegir la educación de los hijos conforme a sus convicciones. Esto requiere un mayor esfuerzo por parte de los tribunales a la hora de delimitar el contenido de la palabra *convicciones*, lo que puede derivar en una interpretación más abierta o, por el contrario, más restrictiva de este derecho en relación con estos supuestos.

Un cuarto grupo de supuestos que escapa, en principio, a la clasificación de los anteriores como originarios del derecho de los padres a elegir la educación de los hijos, es la exhibición de objetos y prendas de carácter religioso por los menores en la escuela o bien por parte de los profesores.

⁷⁴⁹ Artículo 76 de la Constitución.

⁷⁵⁰ Artículo 42.2. de la Constitución.

⁷⁵¹ Artículo 111 del Decreto Legislativo nº 297, 16 de abril de 1994.

⁷⁵² Algunas experiencias sobre educación en casa en España pueden verse en Carbonell (1997).

Es muy interesante su análisis en cuanto supone detenernos en la valoración que el menor hace del símbolo religioso como forma de manifestar, y por tanto de ejercer, su libertad religiosa y el cómo se considera esto por la Administración, las sentencias y la doctrina (simple manifestación religiosa, proselitismo, vulneración de los derechos de los demás, etc.). Igualmente, por lo que respecta a cuando estos símbolos son portados por los profesores y su incidencia en la libertad religiosa del menor.

Finalmente, trataremos otros grupos de supuestos que se manifiestan en el ámbito educativo, pero que no derivan de la función propiamente formativa y docente.

Nos referimos a casos como la participación de los menores en actos o manifestaciones públicas, los saludos a la bandera y la difusión de cierto material didáctico. Salvo el último supuesto, del que sí tenemos sentencias en España, el resto de los casos no se han planteado en nuestros tribunales, por lo que nos limitaremos a casos del TEDH para el primer supuesto, y a casos de EE.UU. y México para los saludos a la bandera.

Por último, no queremos obviar en esta nota introductoria el papel de la Administración Pública en conexión con los derechos de los menores y los padres en el ámbito educativo. Podemos afirmar que se trata de una relación triangular en la que la cúspide del triángulo la representa el menor. Otro ángulo lo constituirían los padres, en una posición preferente y el otro ángulo lo ocuparía la Administración, en una posición subsidiaria, o si se prefiere, garante del derecho del menor a la educación. El logro jurídico de establecer la educación como un derecho de todos y especialmente de la infancia, debe contar, como en el caso de otros derechos, con la garantía de su efectividad. De ahí que el Estado establezca la educación básica y gratuita y los medios de control para evitar que en aras a proteger los derechos de los padres se vulnere el derecho del menor, cuya protección es un principio básico y rector del ordenamiento jurídico⁷⁵³. En todo caso, la actuación de la Administración deberá estar fundamentada y demostrada para evitar conculcación de derechos tanto de los padres como de los propios menores.

⁷⁵³ Arts. 39 y 20.4 CE.

2. LA ENSEÑANZA RELIGIOSA.

La enseñanza religiosa en el ordenamiento jurídico español.

La enseñanza religiosa en el sistema educativo español es un tema ampliamente tratado por la doctrina⁷⁵⁴. Son numerosos los problemas planteados sobre el tema. La enseñanza de la religión en centros públicos y sus fundamentos para que ésta se tenga que ofrecer como materia, la necesidad, o no, de que en la enseñanza pública exista una asignatura alternativa a la religión y, en éste último supuesto, la controversia suscitada entre la clase de religión y su alternativa y el problema que presentan algunos padres de elegir “forzosamente” entre una y otra sin poder solicitar la exención.

La normativa española⁷⁵⁵ sobre la cuestión es clara en cuanto que regula la enseñanza de la religión como asignatura que debe ser ofertada obligatoriamente por los centros públicos y de carácter voluntario para los alumnos. Así se concluye de la lectura del artículo III del Acuerdo del Estado Español con la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos culturales de 3 de enero de 1979 y la Disposición Adicional 2ª de la LOGSE⁷⁵⁶. También el artículo 2.1 c) de la LOLR, establece que la libertad religiosa comprende el derecho de toda persona a recibir e impartir enseñanza religiosa y elegir para sí y para los menores no emancipados ... dentro y fuera del ámbito

⁷⁵⁴ Mantecón y Tirapu (1989-1992) Diego-Lora (1989) y (1993), Fornés (1980) y (1992), Briones (1993) y (1995), VV.AA. (1979), Escrivá Ivars (1988), Contreras Mazario (1992), (1998) y (2000), Lorenzo Vázquez (1997), (1998) y (2001), Martí (1992), (1995a) y (1995b), (1998) y sobre enseñanza religiosa islámica (2000), Martínez Blanco (1989), (1990), (1991),(1993), sobre enseñanza religiosa evangélica, judía e islámica (1996) y (2000), Olmos Ortega (2000), (2002) y, sobre enseñanza religiosa acatólica, (1999). También sobre el factor religioso y la libertad de enseñanza en la jurisprudencia del TC, *vid.* Rodríguez Chacón (1992), pp. 62-77.

⁷⁵⁵ *Vid. supra* capítulo IV, sobre la libertad religiosa del menor en el derecho español, en el que se trata la normativa aquí referenciada.

⁷⁵⁶ “La enseñanza de la religión se ajustará a lo establecido en el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos culturales ... y, en su caso, a lo dispuesto en aquellos otros que pudieran suscribirse con otras confesiones religiosas. ... se incluirá la religión como área o materia en los niveles educativos que corresponda, que será de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos”.

escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones". Asimismo, el RD 2438/1994, de 16 de diciembre, regula la enseñanza de la religión en los centros docentes que imparten segundo ciclo de Educación Infantil, Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato, así como la OM de 3 de agosto de 1995 que regula las actividades de estudio alternativas a la enseñanza de la religión.

No obstante, con la reciente Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación se derogan varios artículos de la LOGSE, entre ellos la Disp. Adic. 2ª, que regula la enseñanza de la religión, así como artículos de la LODE que se refieren al derecho de los padres a que sus hijos reciban la educación conforme a sus propias convicciones (art. 4) y el derecho de los alumnos a que se respete su libertad de conciencia y sus convicciones religiosas y morales (art. 6). Aunque la principal innovación de la LOCE en cuanto al tema que ahora nos ocupa es la obligatoriedad de la elegir entre la asignatura de religión, de contenido dogmático, y otra sobre el hecho religioso, en la que se pretende el estudio de las religiones, sin transmisión de dogmas de ninguna en concreto⁷⁵⁷.

La enseñanza de la religión así como todas las cuestiones que se suscitan en torno a ella, es un tema muy amplio, que es objeto de estudios pormenorizados por la doctrina⁷⁵⁸. Por esta razón, vamos a acotar su examen a la cuestión de la opción entre educación religiosa y su alternativa, teniendo en cuenta las modificaciones sustanciales establecidas por la LOCE.

En el sistema anterior a la LOGSE la alternativa a la enseñanza religiosa era la Ética. Tanto la Religión como la Ética eran asignaturas evaluables y computaban a efectos de expediente académico. Con la LOGSE el sistema alternativo cambió y la asignatura de Religión seguía siendo de oferta obligatoria y evaluable. Además, su alternativa ya no era Ética, que pasó a configurar asignatura común en cuarto curso de la E.S.O., sino una hora de estudio dirigido, la cual no computaba como asignatura evaluable, que con el RD 2438/1994 pasó

⁷⁵⁷ Vid. currículo de la asignatura no confesional en el RD 116/2004, de 23 enero (B.O.E 10 de febrero de 2004), estableciéndose que el currículo confesional será elaborado por la autoridad religiosa correspondiente.

⁷⁵⁸ Vid. entre otros los citados en la nota 754.

a llamarse “Actividades de estudio alternativas”. Esta situación fue objeto de sentencias⁷⁵⁹ que estimaron en su mayoría una discriminación en la forma de evaluación y un trato desigual entre los alumnos que elegían “estudio dirigido” de los que estudiaban Religión.

La LOCE en el capítulo II relativo a los derechos y deberes de padres y alumnos⁷⁶⁰ recoge en los artículos 2.2 b) (derechos del alumno)⁷⁶¹, 2.4 a) (deberes del alumno)⁷⁶² y 3. 1 b) y c) (derechos de los padres)⁷⁶³. Por lo que respecta a la enseñanza religiosa, la mayor novedad de la Ley está en la Disposición Adicional Segunda que establece el área o asignatura de “Sociedad, Cultura y Religión”. Esta ley se desarrolla por los Reales Decretos 829/2003, por el que se establece las enseñanzas comunes de la Educación Infantil, 830/2003, sobre las enseñanzas comunes de la Educación Primaria, 831/2003, relativo a las enseñanzas comunes de la Educación Secundaria Obligatoria y 832/2003, que establece la ordenación general y las enseñanzas comunes del Bachillerato. La Disposición Adicional primera de los cuatro reales decretos se refiere a la enseñanza religiosa.

Las principales características de esta nueva regulación son, por un lado, la obligatoriedad de elegir entre cursar la asignatura de Religión de carácter confesional u otra asignatura sobre el hecho religioso no confesional con el fundamento de que las religiones son un componente cultural que forma parte de la sociedad. Por otro lado, la configuración de estas asignaturas y la obligatoriedad de optar entre una u otra forma parte del *currículum* educativo y son evaluables y

⁷⁵⁹ STS 3 de febrero de 1994, STS de 9 de junio de 1994 y STS de 30 de junio de 1994, STS de 31 de enero de 1997, STS de 26 de enero de 1998, STS de 1 de abril de 1998, STS de 15 de abril de 1998. Para un comentario a estas sentencias *vid.* Contreras (1998), Puente Alcubilla (2001), pp. 185-189.

⁷⁶⁰ *Vid. supra* nuestro comentario a estos artículos en el capítulo IV, 3.1.

⁷⁶¹ “Se reconocen al alumno los siguientes derechos básicos: ... b) a que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas, y sus convicciones morales, de acuerdo con la Constitución.”

⁷⁶² “Además del estudio, son deberes básicos de los alumnos: a) respetar la libertad de conciencia y las convicciones religiosas y morales.”

⁷⁶³ “Los padres, en relación con la educación de sus hijos, tienen los siguientes derechos: ... b) a la libre elección de centro. c) a que reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

computables en el expediente académico, presentándose la nota en el expediente sin distinción entre la opción confesional o no. Se protege así la libertad religiosa del menor al no quedar manifestada su opción en un documento oficial.

Observamos, por tanto, un giro con respecto a la legislación anterior, que no ha estado exento de polémica tanto por parte de asociaciones de padres y madres de alumnos, partidos políticos y sindicatos⁷⁶⁴.

Se han planteado numerosas cuestiones a la alternativa confesional/laica. Como recoge Olmos Ortega⁷⁶⁵, no se entiende por qué se incluye una asignatura obligatoria para todos reduciendo el horario de otras enseñanzas comunes. También se ha cuestionado la preparación del profesorado encargado de impartir la enseñanza laica. Y la cuestión más debatida: si tan importante es el conocimiento del hecho religioso como factor cultural y en el proceso de formación humanística de los alumnos, por qué no se hace extensible para todos o se integra en otras asignaturas comunes. Estas dudas y planteamientos críticos quizás se reafirmen o susciten con más intensidad cuando la doctrina estudie el *currículum* de la asignatura, que ha sido publicado por el Real Decreto 116/2004, de 23 de enero, por el que se desarrolla la ordenación y se establece el currículo de la Enseñanza Secundaria Obligatoria. Concretamente la asignatura de “Sociedad, Cultura y Religión” se recoge en la Disposición Adicional primera que establece el currículo de la opción no confesional en sus anexo I para E.S.O. y II para los Programas de Iniciación Profesional, mientras que el currículo confesional serán determinados por las autoridades religiosas correspondientes.

Siendo conscientes de estas polémicas cuestiones, somos de la opinión de Olmos Ortega, cuando afirmamos que un estudio serio y riguroso de la asignatura en sus dos vertientes, tanto laica como confesional, puede ayudar al conocimiento de las distintas sociedades y los valores universales de paz y solidaridad, en el que el factor religioso, con frecuencia, se alza como un muro que impide el entendimiento y el respeto de los demás. En una sociedad plural y

⁷⁶⁴ Vid. una exposición de algunas posturas en Olmos Ortega (2002).

⁷⁶⁵ Olmos Ortega (2002).

democrática interesa impulsar el respeto por la libertad religiosa a través de una educación igualmente plural y teniendo presente los derechos humanos.

2.1. La enseñanza religiosa en la jurisprudencia de la Comisión y el Tribunal Europeo de derechos humanos.

Por lo que respecta al ámbito regional europeo, la enseñanza religiosa se infiere del artículo 9.1 del Convenio Europeo de derechos humanos y del artículo 2 del Protocolo 1 al Convenio. Los casos que han llegado a los órganos judiciales del Consejo de Europa centraron sus demandas en el artículo 2 del Protocolo 1, con base en el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos conforme a sus convicciones.

En 1971 La Comisión conoció el caso *Karnell y Hardt c. Suecia*⁷⁶⁶. En su demanda, los matrimonios Karnell y Hardt, como miembros y representantes de la Iglesia Evangélica Luterana de Suecia, pedían bajo amparo del artículo 2 del protocolo 1 del Convenio que en las escuelas a las que asistían sus hijos les concedieran la exención de la clase obligatoria de religión, debido a que según ellos esta asignatura propiciaba una imagen hostil de la religión cristiana. El colegio, antes de tomar una decisión, elevó consulta a la Administración competente y ésta determinó que la asignatura de religión englobaba conceptos más amplios que el Cristianismo, ya que incluía otras religiones y otras visiones no religiosas de la vida, por lo que no se consideraba que sus contenidos indujeran a los alumnos a adoptar ninguna postura concreta. El colegio denegó la exención sin exponer razonamientos.

Los padres acudieron a la Comisión por vulneración del artículo 2 del protocolo 1., aunque finalmente, la Comisión, en su fundamentación admitiendo la demanda a trámite, introdujo *ex officio* la posible vulneración de artículo 14, con base en que la administración pública sueca admitía a través de la reserva hecha por Suecia al artículo 2 del Protocolo 1⁷⁶⁷, la exención de esta asignatura a

⁷⁶⁶ Decisión sobre admisibilidad 4733/71 en *Yearbook of the European Convention*, 14, pp. 664-693.

⁷⁶⁷ Tal y como recoge la Comisión, el texto de la reserva es el siguiente: “to the effect that Sweden could not grant to parent the right to obtain, by reasons of

niños pertenecientes a otras religiones, mientras que la Iglesia a la que pertenecían los demandantes y sus hijos no obtuvo este permiso para recibir educación religiosa al margen de la asignatura obligatoria.

No obstante, más adelante se evitó resolver el caso ante el Tribunal ya que el gobierno sueco otorgó la exención a los miembros de la Iglesia evangélica luterana de las clases obligatorias de religión, por lo que la demanda no siguió a trámite⁷⁶⁸.

Posteriormente, también en Suecia y con un caso parecido, se decidió ante la Comisión el caso *Angelini c. Suecia*⁷⁶⁹. La demanda fue presentada por una madre de convicciones ateas que solicitaba la exención de las clases de instrucción religiosa⁷⁷⁰ de sus hijos en un colegio público. La Comisión la rechazó fundamentando que la asignatura a la que se refería la demandante no tenía contenido dogmático, no se instruía en una religión determinada sino que se estudiaba la religión desde un punto de vista objetivo y neutral, transmitiéndose unos conocimientos con valor formativo para los jóvenes.

Como vamos a ver posteriormente en otro epígrafe de este capítulo, la Comisión siguió como fundamentos decisorios la línea marcada por la sentencia *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca* de 1976. Esta sentencia establece que el límite para determinar el *curriculum* educativo por parte del Estado es el adoctrinamiento. En el caso *Angelini*, si se hubiese pretendido enseñar

their philosophical convictions, dispensations from the obligation of taking part in certain parts of education in public schools, and also to the effect that the dispensation from the obligation of taking part in the teaching of Christianity in these schools could only be granted for children of another faith than the Swedish Church in respect of which a satisfactory religious instruction had been arranged..."

⁷⁶⁸ En una línea parecida encontramos el caso *Angelini c. Suecia*, sobre la exención de la clase de religión por ser la madre y la hija ateas y que concluyó de forma amistosa a través de un acuerdo entre las partes. Demanda 10491/83 en *DR* 51, pp. 41 y ss.

⁷⁶⁹ Dec. Adm. de la solicitud 10491/83, *DR*, 51, pp. 41 y ss.

⁷⁷⁰ Como apunta Martínez-Torrón (2001a), la asignatura "instrucción religiosa" cambia la denominación de la anterior "Cristianismo", a la que se refería en caso *Karnell*, p. 157.

dogmas religiosos de alguna religión entonces sí existiría la posibilidad de la exención⁷⁷¹.

Otro caso tratado por la Comisión, relativo a la exención de clases de religión o moral, es la decisión de 9 de septiembre de 1992 en el caso *Sluijs c. Bélgica*⁷⁷². La demanda fue presentada por un padre que solicitó la exención de las clases de moral no confesional para sus hijos que asistían a un colegio público y que le fue denegada por las autoridades, lo cual suponía, según el padre, una vulneración del artículo 2 del Protocolo 1 del CEDH.

La Comisión inadmitió la demanda basándose en la línea interpretativa que de este artículo realizó la sentencia del caso *Kjeldsen*. Por un lado, sostuvo que la asignatura de moral no confesional carece de contenidos que pudieran considerarse dogmáticos o correspondientes a una concepción filosófica determinada⁷⁷³. Por otro, consideró que el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme sus propias convicciones se garantizaba en virtud de la libertad de creación de centros docentes y la opción de los padres de elegir un centro acorde con el tipo de educación que deseen para sus hijos, distinto del público. Centros que incluso están subvencionados por el Estado⁷⁷⁴.

Por otra parte, en 1996 la Comisión en el caso *C.J. J.J. y E.J. c. Polonia*, declaró inadmisibile la demanda formulada por un padre y sus

⁷⁷¹ Vid. *infra* capítulo VII, 4.2. comentario a la sentencia *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca* de 7 de diciembre de 1976 y las observaciones que realizamos al adoctrinamiento y a las materias “neutrales”.

⁷⁷² Dec. Adm. 17568/90.

⁷⁷³ “les directives explicitement émise par le programme d'enseignement de la morale prouve que ce cours ne constitue point une tentative d'endoctrinement, mais au contraire que les autorités ont eu à coeur de veiller à ce que les informations diffusées lors de ce cours le soient de manière objective, critique et pluraliste, en évitant qu'il soit mis au service d'une conception sociale ou doctrine philosophique spécifique.”

⁷⁷⁴ “Elle relève par ailleurs que l'Etat belge réserve encore une importante ressource aux parents qui désireraient soustraire leurs enfants à l'enseignement de la morale non confessionnelle telle qu'il est dispensé dans l'enseignement officiel puisqu'il les laisse libre de les confier à des écoles privées non astreintes au respect de l'article 8 (art. 8) de la loi du 29 mai 1959 et, du reste, subventionnées par lui dans le respect du principe de l'égalité entre les réseaux d'enseignement libres et officiels consacrés par l'article 17 (art. 17) de la Constitution.”

dos hijas oponiéndose al requerimiento que las escuelas polacas hacían a los padres de comunicar su opción entre las materias de Religión o Ética como asignaturas de sus hijos. Los demandantes consideraban que esta petición vulneraba sus derechos a la vida privada y de libertad de pensamiento, conciencia y religión, ya que se les obligaba a manifestar sus convicciones, violando los artículos 8, 9 y 14 de la Convención.

En este caso, una de las hijas optó por la instrucción religiosa y otra por ética. Además, esta última alegó vulneración del artículo 3, ya que consideraba que se le estaba sometiendo a tratos degradantes y excluyentes por ser “no creyente”.

En cuanto al hecho de manifestar sus convicciones en la opción de elegir o no instrucción religiosa, la Comisión estimó que el padre no podía considerarse como afectado en su derecho puesto que él no tenía que realizar ninguna elección entre asignaturas sino sus hijas. Son ellas las que tienen que elegir y por tanto las que podrían ver vulnerado su derecho. En este sentido, conviene referirnos a que los hechos tuvieron lugar en el curso 1992/1993, cuando las hijas tenían 11 años (J.J.) y 17 años (E. J.).

Por esta razón, la Comisión entró a valorar la opción que realizó cada hija.

En el caso de E.J., la hija que eligió no asistir a clase de religión y que optó por la asignatura de ética, tampoco la Comisión consideró vulnerado su derecho ya que la casilla correspondiente a la calificación de la asignatura de religión/ética en el boletín de notas no especificaba si la nota era a una o a otra materia.

En cambio, en caso de la otra hija, J.J., era distinto ya que en su colegio de primaria no había opción, o se tomaban clases de religión o se disponía de “tiempo libre”, por lo que aquellos alumnos que optaban por no ir a religión tampoco tenían ningún tipo de calificación en otra asignatura alternativa. Por ello, J.J. se sentía desplazada por sus compañeros e incluso se le sugirió por parte de un profesor que sería mejor para ella asistir a la clase de religión. La alumna accedió en contra de los deseos de sus padres, aunque al final de curso no tuvo

calificación puesto que no asistió el tiempo suficiente como para ser evaluada.

Esta situación era considerada por los demandantes como una causa de discriminación por motivos religiosos, ya que el hecho de no tener una nota en religión marcaría a J.J. como una “no creyente”, lo cual debería interpretarse en el contexto social y religioso polaco.

La Comisión resolvió que tampoco en este caso se vulneraban los artículos alegados ya que el boletín de notas tenía vigencia en el curso escolar y no se trataba de un documento definitivo, por lo que su contenido no afectaba los intereses de la alumna en el sentido de ser rechazada para un futuro puesto de trabajo por sus convicciones.

Finalmente, la Comisión no encontró en el caso elementos susceptibles de ser considerados como adoctrinamiento, lo cual supondría una vulneración de la libertad religiosa de los demandantes. Esto se debe a que las alumnas no fueron obligadas, sino que voluntariamente optaron por recibir o enseñanza religiosa o ética. En este sentido, la Comisión parece obviar el detalle de que en el colegio de primaria de J.J. no había tal opción y que ante la situación de “pasar el rato” en el aula de uso común del colegio, con las “recomendaciones” de algunos profesores para que asistiera a clase de religión, ésta aceptó finalmente a ir, en contra de los deseos de sus padres.

2.2. Conclusiones.

La enseñanza de la religión impulsada por la LOCE en sus dos vertientes confesional/laica tiene ciertas similitudes con otros ordenamientos jurídicos europeos, como el sueco, en lo que respecta a la asignatura de estudio del hecho religioso desde un punto de vista global y, como hemos constatado en las distintas decisiones de la Comisión relativas a Suecia, sin contenido dogmático o del que se deduzca el adoctrinamiento religioso. Su estudio se justifica en cuanto componente cultural y social que ha acompañado el desarrollo de la humanidad y que su estudio contribuye no sólo al incremento de conocimientos, sino a la formación humanística de los alumnos.

En nuestra opinión, la finalidad de la asignatura tiene un valor indiscutible, que puede contribuir al respeto y a la pluralidad en una

sociedad democrática. Precisamente, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en las Recomendaciones 1202 (1993) sobre la tolerancia religiosa en una sociedad democrática y 1396 (1999) sobre religión y democracia⁷⁷⁵ se refieren a la necesidad de cooperación entre religión y democracia⁷⁷⁶ y la conveniencia de establecer medidas educativas para promover la tolerancia, entre las cuales hallamos la inclusión en las escuelas de cursos de historia comparada de las religiones⁷⁷⁷. La duda que se nos plantea es si la asignatura en su vertiente confesional, cuyo currículo es realizado por la autoridad religiosa (católica, islámica o judía) y por tanto, fuera del control administrativo, dentro de sus enseñanzas procurará la transmisión de los valores universales y el respeto a la pluralidad, sin fundamentalismos. No obstante, la puesta en marcha y la consolidación de la asignatura aún no se han realizado, por lo que carecemos de datos reales sobre los que establecer una valoración sobre si este objetivo se ha logrado tanto en su versión confesional como laica.

Lo que claramente se infiere de la LOCE y que, en otro orden de cosas, hemos podido constatar en la jurisprudencia de la Comisión y el TEDH, es que la asignatura es obligatoria, no previéndose la posibilidad de su exención alegando las convicciones. La respuesta que claramente se establece en la jurisprudencia y que se desprende de la LOCE es que el respeto a las creencias religiosas por parte del sistema educativo es efectivo en la medida en que no se adoctrina a los alumnos. El criterio del adoctrinamiento será asentado por la

⁷⁷⁵ Vid. Martínez-Torrón (2001b), pp. 94 y ss.

⁷⁷⁶ Recomendación 1396 (1999), n° 5: "Democracy and religion need not to be incompatible; quite the opposite. ... religion, through its moral and ethical commitment, can be a valid partner of democratic society."

⁷⁷⁷ Concretamente, la Resolución 1396 (1999), n° 13.ii impulsa la educación sobre las religiones: "a. step up the teaching about religions as sets of values towards which young people must develop discerning approach, within the framework of education on ethics and democratic citizenship; b. promote the teaching in schools of the comparative history of different religions, stressing their origins, the similarities in some of their values and the diversity of their customs, traditions, festivals, and so on; ... d. Co-operate with religious educational institutions in order to introduce or reinforce, in their curricula, aspects relating to human rights, history, philosophy and science; e. Avoid –in the case of children– any conflict between the state-promoted education about religion and the religious faith of the families, in order to respect the free decision of the families in this very sensitive matter."

sentencia *Kjeldsen*, de la que nos ocuparemos más adelante y a la cual nos remitimos⁷⁷⁸.

Otro asunto, a nuestro juicio importante, y que se manifiesta de alguna forma en el caso comentado de *C.J. J.J. y E.J. c. Polonia*, y que rara vez hemos visto tratado por la jurisprudencia, es la capacidad del menor para elegir por sí mismo la enseñanza religiosa, o por el contrario, no optar por ninguna. Aunque la capacidad del menor para ejercer su libertad religiosa es un tema que tratamos más extensamente en líneas anteriores⁷⁷⁹, lo traemos a colación para concluir que, en nuestra opinión, el menor maduro –en torno a la edad de 14-16 años–⁷⁸⁰ para ejercer por sí mismo su libertad religiosa puede optar por recibir o no enseñanza religiosa, sin que los padres, puedan elegir en representación del menor, una vez capacitado éste para ejercitar su derecho. No obstante, la función de los padres otorgada por la institución de la patria potestad es obrar siempre en beneficio del menor, en lo que se incluye la función orientadora⁷⁸¹ y el procurarle un desarrollo integral⁷⁸². Para ello, los padres deben tener siempre en cuenta las opiniones de los hijos menores, en función de su edad y madurez.

3. ELECCIÓN DE CENTRO EDUCATIVO. *HOME SCHOOLING*.

3.1. El derecho a elegir el centro educativo y la educación en casa.

El derecho a la elección del centro educativo no es objeto de unanimidad entre la doctrina cuando se trata de determinar si deriva

⁷⁷⁸ *Vid. infra* capítulo VII, 4.2.

⁷⁷⁹ *Vid. supra* capítulo V, 1, 2 y 3.

⁷⁸⁰ *Vid. supra* capítulo V, 2.

⁷⁸¹ Así se establece por el Art. 14.2 CDN que recoge el derecho de libertad religiosa del menor: “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”.

⁷⁸² Art. 6.3 LOPJM: “Los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad (*libertad religiosa*) de modo que contribuya a su desarrollo integral.”

del derecho a la educación o la libertad de enseñanza o de ambos⁷⁸³. Sin entrar en precisiones sobre ello, por lo que nos remitimos a la bibliografía sobre el tema, el derecho a la elección del centro educativo es considerado como un derecho constitucional. Así se confirma por el propio Tribunal Constitucional en las sentencias de 14 de diciembre de 1994 y 5 de marzo de 1996, las cuales relacionan este derecho con los artículos 27.1 (derecho a la educación y libertad de enseñanza), 27.3 (derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones) y 27.6 (libertad de creación de centros docentes).

Igualmente en el ámbito europeo, el derecho a elegir un centro educativo conforme a las convicciones de los padres deriva del artículo 2 del Protocolo 1 del Convenio, así como de del artículo 9.1. La jurisprudencia de la Comisión y el TEDH también confirma en la misma línea el origen de este derecho, por ejemplo en los casos *Kjeldsen y 40 madres c. Suecia*⁷⁸⁴.

Como sabemos, tanto los centros educativos públicos como los privados, con la particularidad de que éstos tengan un ideario u orientación, deben respetar el marco de enseñanzas mínimas establecidas por el Estado que junto con la obligatoriedad de la enseñanza básica y el control público constituyen la garantía del derecho a la educación⁷⁸⁵.

Por lo que a nosotros interesa, el reconocimiento del derecho a la educación como derecho fundamental del menor así como su garantía por parte del Estado supone un gran avance que en nuestra opinión no puede derivar en que la educación de los menores sea una cuestión de competencia exclusiva de los poderes públicos. Efectivamente, el papel de los padres como primeros garantes de la educación de sus

⁷⁸³ Para un tratamiento más extenso, nos remitimos a la exposición de las diferentes posturas así como bibliografía respecto del tema que realiza García-Pardo (1998), pp. 138-144.

⁷⁸⁴ *Vid. infra* comentario en este capítulo, 4.2.

⁷⁸⁵ Art. 27.4 CE: “La enseñanza básica es obligatoria y gratuita”. Art. 27.5 CE. “ Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes”. 27.8 CE: “Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.”

hijos debe ser supervisado por el poder el Estado, no porque la función educativa dependa de él, sino que su cometido se concreta en garantizar, vigilar y, en su caso, intervenir si observa que el derecho del menor a la educación está siendo vulnerado. El Estado cumple con los principios de protección e interés del menor y de sus derechos.

Un supuesto que va a centrar nuestro interés y en el que va a verse involucrado el Estado en la función tuitiva a la que nos hemos referido, deriva de los problemas que tienen algunos padres al no encontrar un centro educativo acorde a sus convicciones para sus hijos (porque no existe o no hay plazas), o bien, porque no pueden afrontar los gastos que conllevaría una educación en un centro privado y de su decisión de ocuparse de la educación de sus hijos sin acudir a un centro de enseñanza reglada, es lo que conoce como la “educación en casa” o *home schooling*. Aunque en España es una cuestión de poca trascendencia, en otros países sí es un fenómeno más relevante y regulado. Algunos ejemplos de padres que optan por la educación en casa se encuentran en el Movimiento *Growing without schooling* en Estados Unidos y el *Education otherwise* en el Reino Unido⁷⁸⁶. Entre otros países del ámbito europeo que regulan la posibilidad de la educación en casa se encuentran Bélgica (Ley sobre la Enseñanza Obligatoria), Dinamarca (art. 76 de la Constitución), Irlanda (42.2 de la Constitución), Italia (art. 111 del Decreto Legislativo n. 297, de 16 de abril de 1994)⁷⁸⁷. El movimiento estadounidense ha sido fundado en España con el nombre de “Aprender sin Escuelas”, aunque ciertamente sus dimensiones nada tienen que ver con aquél en cuanto a número de miembros⁷⁸⁸.

⁷⁸⁶ Briones (2003).

⁷⁸⁷ Datos en el documento de Unidad Europea de Eurydice (1997), *El papel de los padres en los sistemas educativos de la Unión Europea*. Citado en Puente Alcubilla (2001), p. 268.

⁷⁸⁸ Vid. Jordán Villacampa (1999), pp. 465-472 y Carbonell (1997) sobre la experiencia de dos familias con residencia en España que optaron por la educación en casa y que comentaremos más adelante. pp. 41 y ss.

3.2. La elección del centro educativo y la educación en casa en la jurisprudencia.

Las cuestiones que sugiere la educación en casa se recogen en el caso *Leuffen c. Alemania*⁷⁸⁹, planteado ante la Comisión Europea de derechos humanos. Renata Leuffen, católica, madre de un niño de 8 años a la fecha de la demanda, decidió no enviar a su hijo a ninguna escuela e impartirle ella misma la educación en casa, ya que según ella, Dios le había dado la exclusiva responsabilidad y autoridad para educar a su hijo. La madre consideraba que enviar a su hijo a una escuela tradicional sería un pecado, porque en los centros públicos se constataba un declive moral y académico, en el que los niños aprendían obscenidades y eran víctimas de un ambiente violento, afectando su salud física y psíquica.

El Tribunal del Distrito de Düsseldorf decidió que la oficina del menor de la ciudad asumiera la tutela del menor hasta que éste asistiera a la escuela y se emitiera un informe sobre su estado psicológico. La madre recurrió al Tribunal Regional de Düsseldorf, que inadmitió el recurso y, posteriormente, al Tribunal de Apelación que también rechazó la pretensión. Ambos tribunales insistieron en que el Estado tiene la obligación de impartir una enseñanza adecuada a los niños y que el hecho de que la madre se negara a escolarizar a su hijo en un centro educativo constituía un abuso de su derecho como madre a cuidar a su hijo poniendo en peligro el equilibrio psicológico del mismo. Asimismo, en comparación con la educación por una sola persona (en este caso, la madre), los centros educativos no sólo cumplían la función de transmisión de conocimientos, sino que contribuían a que el menor desarrollase habilidades sociales.

Finalmente, la sra. Leuffen acudió al Tribunal Constitucional Federal, que también falló en contra de la madre, fundamentando su resolución en la misma línea que los tribunales anteriores, a lo que añadió que la intervención de la administración pública en el derecho de la madre al cuidado de su hijo estaba justificado en interés del menor y sólo con el objeto de asegurar su educación. Además el Tribunal se refirió al derecho de la madre a elegir un centro educativo que correspondiera con las creencias religiosas. De hecho, el tutor

⁷⁸⁹ Dec. Adm. 19844/92.

asignado por la oficina del menor de Düsseldorf matriculó al niño en una escuela católica.

La sra. Leuffen recurre al TEDH alegando la vulneración, entre otros, de los artículos 2 del Protocolo 1 del Convenio y 9 del CEDH⁷⁹⁰, sustanciándose la demanda en relación al art. 2 del Protocolo 1 relativo al derecho a la educación y al derecho de los padres a elegir la educación conforme a sus creencias.

La Comisión, en su análisis del artículo 2 del Protocolo 1, estableció que la primera frase del artículo en referencia al derecho a la educación de los hijos debía primar frente a la segunda frase que reconocía la función del Estado y el derecho de los padres en la educación⁷⁹¹. Tanto el reconocimiento del derecho de los padres a elegir la educación conforme a sus creencias como la función de garante del Estado se estableció para salvaguardar el pluralismo en una sociedad democrática. Por ello, la Comisión consideró que el Estado debía implantar una enseñanza obligatoria y proveer de escuelas públicas para garantizar el derecho a la educación, así como la creación de centros privados que respetaran las enseñanzas mínimas regladas por el Estado independientemente de su orientación o ideario.

Por tanto, es función propia del Estado fijar las enseñanzas mínimas y los mecanismos de control⁷⁹². Sin embargo, para respetar el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus creencias, se establece un límite a la función educativa del Estado que es el adoctrinamiento⁷⁹³.

Asimismo, la Comisión redujo el tratamiento del caso a un conflicto entre el derecho a la educación del hijo y el derecho de la madre a elegir el tipo de educación, haciendo primar el primero frente al segundo, lo cual significa que los padres no pueden “denegar” el derecho a la educación a sus hijos sobre la base de sus creencias, a lo

⁷⁹⁰ Concretamente la demandante alegó los artículos 3, 6, 7, 8, 9, 13, 14, 17 del CEDH y 2 del Protocolo 1.

⁷⁹¹ STEDH *Campbell y Cosans c. Reino Unido*, Martínez-Torrón (1986), pp. 403 y ss.

⁷⁹² En este sentido *vid.* Dec. Adm. 10233/83, DR 37, p. 105 (citado por la Comisión) y su comentario en Evans (1997), p. 359.

⁷⁹³ *Vid. Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, para. 53.

que hay que añadir que el menor fue matriculado por las autoridades en un centro católico, coincidiendo con las convicciones de la madre. Además, la Comisión estimó el informe psicológico que consideraba la educación en casa como una fórmula perjudicial para el niño.

Nosotros, somos de la opinión que el derecho a la educación del niño debe ser el derecho preferente. Sin embargo, el planteamiento contradictorio que presenta la Comisión entre derecho a la educación y derecho de los padres a elegir la educación conforme a sus convicciones tiene una apreciación negativa de las capacidades de la madre como educadora y, por el contrario, una consideración de la enseñanza estatal muy benevolente. Es decir, no se cuestiona que la enseñanza en centros reglados pueda no ser aceptados por los padres y que esto sea compatible con una educación en casa, como otra forma de asegurar el derecho a la educación de los hijos.

A nuestro juicio, la educación en casa no tiene por qué suponer la negación del derecho a la educación del hijo ni ser perjudicial para el mismo, ya que la escuela, aun siendo un ámbito de desarrollo social muy importante en el niño, no es el único donde el menor tiene la posibilidad de relacionarse⁷⁹⁴. Creemos que la decisión de unos padres de educar fuera del sistema requiere de tiempo de reflexión y estar movidos por unas claras y fuertes convicciones, como por ejemplo el mantenimiento de la identidad cultural propia, ser contrarios a determinados métodos pedagógicos y favorecer una forma no coercitiva de aprendizaje⁷⁹⁵.

No obstante, creemos que el Estado debe cumplir una función de vigilancia y control de la enseñanza que recibe en casa, no tanto como competencia del Estado en materia educativa, sino como responsable de la protección y el interés del menor. Evidentemente, este control no debe interferir en la orientación educativa (religiosa, filosófica) que

⁷⁹⁴ En este sentido, consideramos que la Comisión valora poco la posibilidad de que existan relaciones sociales con otros grupos de iguales en el ámbito asociativo, actividades extraescolares, etc.

⁷⁹⁵ Vid. Briones Martínez (2003). La autora también cita como causa la *school phobia*, el desorden o desequilibrio nervioso que la escuela causa a algunos niños. Estamos de acuerdo con la autora cuando cuestiona la educación en casa por este motivo. Consideramos que el mejor remedio no es optar por la educación en casa sino por el tratamiento psicológico adecuado que permita al niño perder sus miedos o fobias al colegio causantes de sus problemas.

reciban los niños, sino en los contenidos mínimos de materias a impartir por los padres que los niños deben conocer (lengua, matemáticas, etc.). Sin embargo, la intervención del Estado estaría justificada si la educación en casa vulnerase otros derechos del menor (no sólo el de educación), como la libertad religiosa, integridad física y/o psíquica o se dieran situaciones que privaran a los niños relacionarse con otras personas o grupo de iguales.

En esta línea se planteó el caso más representativo de nuestra jurisprudencia constitucional. La STC 260/1994, de 3 de octubre⁷⁹⁶ resolvió un supuesto en el que hallamos la aludida confrontación entre el derecho a la educación de los hijos (27.1 CE), protegido por el Estado, y derecho de los padres a educar a sus hijos conforme sus propias convicciones (27.3 CE). Lo citamos aquí, aunque no se refiere al supuesto de la educación en casa *strictu sensu*, sino a un caso de escolarización en un centro “alternativo” fuera del sistema de enseñanza reglada, teniendo en cuenta que es un caso complejo al estar involucrado un movimiento religioso sobre el que se seguía un proceso penal paralelo⁷⁹⁷.

Los hechos tuvieron lugar cuando la Generalidad de Cataluña y el juzgado de Primera instancia nº 19 de Barcelona declararon la situación de desamparo de un grupo de menores con base a los posibles riesgos que entrañaba su pertenencia al grupo “niños de Dios”, que consideraban “destrutivo”.

Lo que nos interesa de la sentencia, que trata otros temas al que nos referiremos posteriormente en el siguiente capítulo⁷⁹⁸, es que el Tribunal Constitucional redujo el caso a un conflicto de derechos: el derecho a la educación de los menores (27.1 CE) y el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos según sus creencias (27.3 CE). La Generalidad consideraba vulnerados el derecho a la educación de los menores ya que sus padres impedían su escolarización en

⁷⁹⁶ Vid. comentarios a la sentencia en Moreno Botella (1998), Martinell (2001), Puente Alcubilla (2001), pp. 311 y ss.

⁷⁹⁷ Vid. *infra* capítulo VIII comentario más amplio de la sentencia y sobre las cuestiones del grupo religioso y su carácter “nocivo”. En este mismo capítulo VIII, 4, *vid.* nuestro comentario a un supuesto similar resuelto por la Audiencia Provincial de Sevilla, 23 de noviembre de 1999.

⁷⁹⁸ Vid. *infra* capítulo VIII, 4.

centros reglados, mientras que los padres se amparaban en su derecho a elegir la educación de sus hijos, considerando que para ellos la mejor educación integral se conseguía en el ámbito de la familia.

La sentencia resolvió a favor del derecho de los padres después de referirse como límite a la libertad religiosa de éstos el derecho de los menores a recibir una educación integral, citando la Constitución, la Declaración de derechos humanos, el Convenio Europeo de derechos humanos y su protocolo 1 y la Convención de derechos del niño.

En nuestra opinión, la decisión del tribunal se basa en unos fundamentos en parte contradictorios con la propia jurisprudencia constitucional anterior⁷⁹⁹ y no entra en la cuestión de fondo, ni valora suficientemente las pruebas y alegaciones de la entidad pública. La Generalidad no cuestionaba el derecho de los padres, sino la vulneración de derechos de los menores provocada por la situación de aislamiento y autoridad totalitaria que impedía su socialización y el desarrollo de la personalidad, así como trastornos psíquicos y castigos físicos. Todo lo cual contradice no sólo la finalidad de la educación (art. 27.1 CE) sino también causa vulneración de derechos fundamentales de los menores, incumplimiento de la función tutelar de la patria potestad, e incluso, comisión de delito. Creemos que la decisión del Tribunal no toma en consideración estos extremos como límite al derecho educativo de los padres y obvia su función de proteger y velar por el interés del menor. A lo cual hay que añadir el sorprendente y contradictorio razonamiento del Tribunal al considerar que la revocación de la asunción de la tutela por la Administración no impide que ésta tome las medidas para escolarizar a los menores.

El voto particular en esta sentencia del magistrado Gimeno Sendra sí considera vulnerado el derecho a la educación. El magistrado opina que el titular del derecho es el menor y sus padres lo ejercen como función de la patria potestad, sin que en ningún caso se ampare la no escolarización obligatoria en un centro educativo bajo el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos.

Aunque en este caso nuestra opinión se aproxima más a la del voto particular, consideramos que tanto la sentencia como el voto

⁷⁹⁹ STC 24/1982.

particular son posturas extremas que en ningún caso aportan luz sobre la cuestión de la educación en casa. La sentencia no valora la situación de los menores y no entra en el fondo del asunto y, por su parte, el voto particular excluye, en general, la posibilidad de la educación fuera de los centros educativos, considerando que el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos conforme a sus creencias se solventa a partir de la elección de centro educativo, público o privado. No vemos obstáculo para respetar el derecho de los padres y de los hijos, establecer una postura intermedia en la que, primando siempre el derecho educativo de los hijos, los padres puedan elegir entre un centro privado o público o la educación en casa. En caso de esta última, el derecho de los hijos a la educación se garantizaría estableciendo unos mecanismos de control administrativos de las enseñanzas mínimas que en ningún caso se inmiscuirían en la orientación religiosa para preservar el derecho de los padres y su función tutelar propia de la patria potestad, salvo en aquellos supuestos en los que debe intervenir los límites a ello.

Pese a que nuestras referencias jurisprudenciales se refieren al ámbito español y a la Comisión y Tribunal Europeo de derechos humanos, consideramos de interés referirnos en este punto a una sentencia estadounidense que trata de lleno la cuestión de la educación en casa, el caso *Wisconsin v. Yoder*⁸⁰⁰.

Los hechos se plantearon cuando componentes de la *Old Order Amish* fueron sancionados por objetar a que sus hijos continuaran asistiendo a un centro educativo tras la enseñanza primaria que concluía a los 14 años, contraviniendo así las leyes federales de Wisconsin que establecía la educación obligatoria hasta los 16 años. Los *Amish* son un grupo proveniente de los mennonitas suizos que emigraron a América a partir de 1727 como consecuencia de las persecuciones religiosas que tuvieron lugar en Europa. El elemento religioso no es lo único que caracteriza al grupo, sino que éste impregna un estilo de vida propio arraigado en las tradiciones, el uso de una vestimenta particular y el rechazo al tecnicismo, entre otras cosas.

⁸⁰⁰ 406 U.S. 205 (1972). Vid. comentarios en Navarro-Valls y Martínez-Torrón (1997), pp. 209-211, Martínez-Torrón (1985), Palomino (1994), Puente Alcubilla (2001), pp. 321-324, Boothby (2001), pp. 230 y ss, Relaño Pastor (2001), pp. 376-377, 391-392, pp. 434-435.

Por esto, consideran que los adolescentes en torno a la edad de 14 años están en una etapa crucial de sus vidas para su desarrollo como personas y para formarse dentro de los valores y la religión. Esto hace preciso que continúen su educación en el ámbito de la comunidad *Amish* y no en un centro de enseñanza, donde estarían expuestos a costumbres y valores contrarios a su religión como la competitividad o la técnica.

El Tribunal Supremo estimó la exención de la educación obligatoria a partir de la edad estimada por la comunidad *Amish*, reconociendo el derecho de los padres a la educación de sus hijos conforme a unas creencias que, con toda probabilidad, seguirían los menores⁸⁰¹.

Los razonamientos jurídicos se basaron en tres cuestiones. Una primera, decidir si el estilo de vida y la necesidad de la educación en la comunidad estaban ligados a motivos religiosos. Esto es importante en cuanto tiene que ver con la segunda cuestión relativa a que el interés del Estado en la educación obligatoria no es ilimitado sino que cede a otros derechos e intereses protegidos por la *free exercise clause* (libre ejercicio de la religión). Así, no prevalece desde un primer momento los derechos de la Administración Pública sobre la educación obligatoria o el derecho de los padres, sino que se deben ponderar los intereses y derechos en juego (*balancing test*)⁸⁰². Esto conlleva, como afirma Palomino, que en supuesto de conflicto “se resuelve a favor de la libertad religiosa si no hay un interés primordial del Estado que justifique la restricción de dicha libertad”⁸⁰³. En este caso el Juez Burger, ponente de la sentencia, considera probada la conexión entre la objeción de los *Amish* a la educación en centros docentes y el elemento religioso (protegido por la *free exercise clause*), no existiendo, a su juicio, ningún interés mayor del Estado (*compelling state interest*) que limite el derecho de los padres. Otra cosa sería, tal y como se refieren los jueces White, Brennan y Stewart

⁸⁰¹ Otras sentencias estadounidenses relativas a la exención de la escolarización obligatoria en el mismo sentido que el caso *Yoder* son *Mass v. State of Alabama*, No. CR 91-173 (Ala.Ct.App.1992) y *Texas v. Education Agency v. Leeper*, No. 02-87-216-CV (Tex. Ct. App. 1991), citadas por Navarro-Valls y Palomino (1994), p. 1150.

⁸⁰² Palomino (1994), pp. 38 y ss.

⁸⁰³ Palomino (1994), p. 39.

en sus votos particulares concurrentes, que se impidiera a los hijos todos los niveles de escolarización.

El juez Burger no focaliza su argumentación, como sí hemos visto en otras resoluciones y como hace el Tribunal de Wisconsin, en el conflicto entre el derecho a la educación de los hijos y el derecho de los padres, sino que lo trata como una cuestión en la que se debe resolver sobre si se ha vulnerado el derecho al libre ejercicio de la religión de los padres frente al interés del Estado. Lo que nos viene a plantear es qué ocurre con los derechos de los hijos, quienes son, en definitiva, los principales afectados en cuanto que se decide sobre su vida presente y futura. En este sentido estamos de acuerdo con la opinión en voto particular discrepante del juez Douglas al destacar un aspecto que no hemos visto en otras sentencias⁸⁰⁴ y que engarza con uno de los temas fundamentales de este trabajo. El juez Douglas estima que sí hay confrontación entre derechos e intereses de padres y el Estado, pero también de los menores implicados. Continúa el juez afirmando que los menores también son titulares de los derechos y que como titular del derecho a la educación (y también añadimos nosotros el de libertad religiosa) debe ser escuchado ante la toma de una decisión que le afecte. Asimismo, el Juez Douglas considera que la religión es una experiencia individual, por lo que, con base en la Primera Enmienda, se debería garantizar el derecho de los menores para romper con la tradición *Amish*⁸⁰⁵. Con ello, es de considerar, aunque puede ser poco probable, pero no descartable, que un niño *Amish*, alcanzada cierta edad de madurez (precisamente en torno a los 14-16 años), en la que se adquiere la capacidad para decidir y ejercitar su opción religiosa, opte por abandonar la comunidad y llevar otro tipo de vida. En cualquier caso opinamos que la voz de los menores debe ser escuchada como titulares de derechos y, una vez adquirida la

⁸⁰⁴ Excepción de un caso que abordaremos en el capítulo VIII, Audiencia Provincial de Sevilla, 23 de noviembre de 1999. En este supuesto, en el que el padre educaba a su hijo fuera del ámbito de escolarización de enseñanza reglada, en una colonia llamada “Colonia niño Sergio”, el juez estimó como determinante de su decisión, la opinión del menor y su deseo de volver a la colonia, porque según el juez, se le estaba causando un perjuicio psicológico al obligarle a asistir a un centro educativo reglado. *Vid. infra* capítulo VIII nuestro comentario.

⁸⁰⁵ Manion (1992), p. 79, sobre ello, la autora, afirma que sólo se escuchó a uno de los tres menores implicados. Relaño Pastor (2001), pp. 434-435.

capacidad necesaria, el libre ejercicio de su libertad religiosa (*free exercise clause*) también debe ser respetado.

Dejando a un lado la *home schooling*, queremos citar una decisión de la Comisión Europea sobre un caso que plantea varias cuestiones. Por un lado, la elección del centro educativo, objeto de este epígrafe, y por otro, una cuestión esencial en nuestro trabajo: la capacidad de los menores para elegir sus creencias.

El 19 de julio de 1968 la Comisión resolvió inadmitir una demanda fundamentada entre otras cosas en la libertad religiosa del menor. El caso⁸⁰⁶ –bastante complejo y que no vamos a relatar extensamente– se planteó por el demandante ante la Comisión contra Alemania alegando vulneración del artículo 9 del Convenio⁸⁰⁷, ya que sus sobrinos, que estaban bajo tutela administrativa, eran educados en una institución católica, renunciando éstos a su religión musulmana.

Los fundamentos jurídicos de la Comisión al declarar la solicitud inadmisibles se basaron, primero, en los artículos 25 y 27 del Convenio, en el sentido de que el demandante no puede considerarse una “víctima” en la vulneración del derecho de libertad religiosa de sus sobrinos, que no se hallan como demandantes.

Además, la Comisión estimó que no había lugar a examinar este supuesto, ya que consideraba inexistente la vulneración de la libertad religiosa de los sobrinos. Para ello la Comisión se refirió a la ley alemana que regulaba que nadie podía cambiar la religión de un niño contra sus deseos después de los doce años y que a partir de los catorce era capaz para decidir libremente la religión a profesar. Los hechos observados fueron que en ese momento, los sobrinos habían rebasado ampliamente dicha edad, ya que contaban con veinte y veintiún años, y que tres años atrás, en noviembre de 1965, la asociación que tenía en guarda a los niños declaró que éstos habían elegido ser católicos, por lo que había que respetar su decisión.

⁸⁰⁶ Dec. Adm. Com. Ap. 3110/67, 19 de julio de 1968. *YB XI* p. 494.

⁸⁰⁷ Los numerosos artículos que según el demandante fueron vulnerados eran 2, 3, 4.1, 6, 7, 8, 9, 13, 14 y 17, así como disposiciones del Convenio de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados.

Hemos decidido tratarla puesto que se trata de una de las escasas resoluciones tanto en el ámbito de la Comisión como del Tribunal, en la que se menciona expresamente, como razonamiento, la capacidad del menor para elegir sus creencias y la educación religiosa haciendo referencia, además, al sistema de edades legales establecido en Alemania para determinar la capacidad del menor en el ejercicio de derechos.

Más recientemente, el TEDH se ha pronunciado en materia de capacidad de los hijos al declarar inadmisibile la demanda del caso *Margarita Šijakova y otros c. República de Macedonia*⁸⁰⁸, de 6 de marzo de 2003, relativo al ingreso de unos jóvenes en una orden monástica de la Iglesia Ortodoxa sin el consentimiento de sus padres. En primer lugar hay que partir del dato de que los hijos en el momento de su adscripción tenían dieciocho años; luego al ser mayores de edad, pueden ejercer sus derechos plenamente sin necesidad de requerir el consentimiento de los padres, y más aún tratándose de un derecho personal⁸⁰⁹.

Los demandantes, padres de los jóvenes, habían alegado la vulneración de numerosos artículos de la Convención, entre los que se encontraba el artículo 8, relativo al derecho a la vida privada y familiar, y que los demandantes interpretaban en el sentido de que la orden religiosa impedía la relación de los monjes con los padres. También alegaron el artículo 9, aduciendo que un cambio de ideas religiosas por parte de los padres cortaría drásticamente cualquier relación con sus hijos y, asimismo, la manifestación contraria a cualquier aspecto de la vida religiosa de sus hijos en el monasterio implicaría el ser considerados, en palabras de los demandantes, “herejes y poseídos por el demonio”. Otros artículos alegados fueron el 14 (principio de no discriminación) argumentando que sus opiniones políticas y otros asuntos diferían del ideario de la orden monástica; y el art. 4, referente al tratamiento de esclavitud al que los

⁸⁰⁸ Dec. Adm. n° 67914/01.

⁸⁰⁹ Es de advertir como la decisión del Tribunal y los demandantes se refieren a los hijos como “children” (niños). Como se sabe, el concepto jurídico de “niño” se define por la Convención de derechos del niño de 1989 como toda persona menor de dieciocho años. Luego, en el caso que nos ocupa, no entendemos muy bien dicha referencia, debiendo de optar por otros términos como “jóvenes” o “hijos” simplemente.

hijos estaban sometidos en el monasterio, vulnerando sus derechos fundamentales. También se alegaron los artículos 3, 5, 6, 7, 13 y 18 de la Convención.

La decisión del Tribunal de inadmitir la demanda se basó fundamentalmente en cuestiones de incompetencia, debido a que no se agotaron los recursos a nivel estatal.

Sin embargo, por lo que respecta a la vulneración del artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), el Tribunal hizo hincapié en la edad de los jóvenes, que al ser mayores de edad, tenían capacidad para ejercer su derecho de libertad religiosa a través de su ingreso en un centro religioso.

Aunque tangencialmente, este caso tiene algunas similitudes en cuanto a los hechos con otro caso del TEDH que tuvo su origen en España, el caso *Riera Blume y otros c. España*, de 14 de octubre de 1999⁸¹⁰. En este caso, los demandantes eran unos jóvenes, mayores de edad, los cuáles estaban adscritos al “Centro Esotérico de Investigaciones”, grupo que se calificó como “secta”. A través de la petición de algunos padres, se intentó su “desprogramación” por parte de una asociación privada “anti-sectas”, lo cual a juicio del Tribunal vulneraba su derecho a la libertad y la seguridad (artículo 5.1 CEDH), ya que sin una poderosa razón que lo justificara, no podría hacerse sin el consentimiento de los jóvenes.

La conexión con el caso *Sijakova* la hallamos en que uno de los criterios que movió al TEDH a sendas decisiones fue la mayoría de edad de los hijos. No obstante, a nuestro juicio, éste no puede ser el único criterio para no interferir en la libertad religiosa de los mayores de edad, ya que hay que tener en cuenta que este derecho tiene sus límites en cuanto que su “ejercicio” esté afectando la libertad de la persona por medio de la utilización de técnicas de anulación y manipulación mental y otras situaciones que podrían ser constitutivas de delito. En nuestra opinión, creemos que el Tribunal obvia estas cuestiones estableciendo una solución análoga a los supuestos de objeción a tratamientos médicos (transfusión de sangre, principalmente) por mayores de edad.

⁸¹⁰ Al que nos referiremos en el siguiente capítulo sobre nuevos movimientos religiosos, *vid. infra* capítulo VIII.

3.3. Conclusiones.

Las cuestiones suscitadas en torno a la elección del centro educativo y la educación en casa se plantean en torno al conflicto de derechos entre dos partes: El derecho de los padres a elegir el tipo de educación para sus hijos y el interés del Estado en garantizar el derecho educativo de los menores haciendo cumplir la obligatoriedad de la escolarización en centros docentes reglados. Como ya hicimos notar, el menor, como titular del derecho a la educación, también es parte en el conflicto de derechos. Sin embargo, aunque en las sentencias y la doctrina menciona al menor como sujeto del derecho a la educación, no son numerosas las referencias a éstos como parte del conflicto, y menos su intervención a través del recurso a la audiencia al menor en todos los asuntos que le afecten.

No obstante, los padres en el ejercicio de sus funciones de patria potestad ejercen unos derechos educativos sobre sus hijos, como primeros garantes y responsables en la elección del tipo de educación. Los poderes públicos intervendrán como garantes subsidiarios del derecho del menor, cuestión de interés público. En definitiva, lo que prima es el derecho y el interés del menor que, en nuestra opinión, vendrá determinado por asegurarle una educación que le proporcione tal y como afirma la Constitución (art. 27.2) un adecuado desarrollo de su personalidad en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales, que consideramos no tiene por qué coincidir con la proporcionada por los centros docentes reglados.

En este sentido, es preciso distinguir, y a veces no queda muy claro en las resoluciones judiciales, la educación en casa –respetando unos contenidos mínimos de enseñanza– de la falta de escolarización. Ésta última es obligatoria y el Estado sí debería intervenir para hacer efectivo el derecho del menor.

La educación en casa no es sinónimo de falta de escolarización, en cambio, de la lectura de algunas sentencias que hemos comentado, parece inferirse que sólo se recibe una “adecuada” educación en los centros docentes, poniendo en duda la capacidad educativa de los

propios padres. Nosotros nos acogemos a una interpretación menos extrema (derechos de los padres *versus* intereses del Estado) que se sostiene en tres pilares básicos por el siguiente orden: primero, la preferencia y la protección del derecho a la educación del menor, segundo, el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos acorde con sus convicciones y en función de la patria potestad y, tercero, la intervención del Estado cuando se pruebe la falta de escolarización o una educación “inadecuada”, entendiéndose como aquella que lejos de propiciar el pleno desarrollo de la personalidad, la perturba o vulnera otros derechos del menor. En conclusión, consideramos que el interés del Estado no debe girar tanto en exigir la escolarización obligatoria en centros docentes reglados (públicos o privados) como única forma de garantizar el derecho educativo de los menores, sino en velar porque los niños realmente reciban una educación respetando las convicciones de sus padres (y de ellos cuando tiene madurez suficientemente) cuando eligen educar a sus hijos en casa.

La protección y el respeto de los derechos educativos y la libertad religiosa tanto de los padres como de los hijos menores de edad, evidentemente complica la regulación y la organización del sistema educativo estatal, ya que deberán preverse un sistema de controles de la calidad de la enseñanza, del respeto al currículo mínimo, criterios y forma de evaluación de los conocimientos adquiridos, etc. No obstante, en el balance entre libertad y seguridad, el Estado tendrá que atender a la primera para no desproteger los derechos o intereses legítimos de aquellas minorías que opten, en el ejercicio de esos derechos, por una educación diferente a la reglada por el Estado.

4. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA A DETERMINADAS MATERIAS ESCOLARES Y MÉTODOS PEDAGÓGICOS.

4.1. La objeción de conciencia.

El ejercicio del derecho de libertad religiosa en ocasiones puede producir situaciones controvertidas en las que otras normas se ven cuestionadas por las creencias personales que impulsan a su poseedor a obrar conforme a las mismas vulnerando o no acatando la norma

jurídica. Es lo que se conoce como objeción de conciencia⁸¹¹. Concretamente, Navarro-Valls y Martínez-Torrón definen la objeción de conciencia desde un punto de vista amplio y con base en ello exponen que “la objeción consiste en la negativa del individuo, por motivos de conciencia, a someterse a una conducta que en principios sería jurídicamente exigible...y todavía mas ampliamente, se podría afirmar que el concepto...incluye toda pretensión contraria a la ley motivada por razones axiológicas –no meramente psicológicas–, de contenido primordialmente religioso o ideológico, ya tenga por objeto la elección menos lesiva para la propia conciencia entre las alternativa previstas en la norma, eludir el comportamiento contenido en el imperativo legal o la sanción prevista por su incumplimiento, o incluso, aceptando el mecanismo represivo, lograr la alteración de la ley que es contraria al personal imperativo ético.”⁸¹²

Teniendo en cuenta que la comunidad educativa la componen básicamente los alumnos, los profesores y los padres de alumnos, además de la administración pública, no es infrecuente que surjan conflictos, por ejemplo, en caso de objeciones de conciencia a materias educativas o contenido de parte ellas o a formar parte de actos conmemorativos en el ámbito escolar. La peculiaridad de estos supuestos entronca con el concepto expresado anteriormente de objeción de conciencia y es que ese *trato diferencial*, que supone eximir de una actividad o de una materia educativa, no responde a una mera elección caprichosa de lo que se quiere aprender o no, o de si desea en ese momento asistir o no a una celebración religiosa, sino que viene motivado por el ejercicio de un derecho recogido y protegido por el Convenio europeo de derechos humanos. Por tanto, si se limita, alegando el principio de igualdad, el ejercicio de un derecho fundamental manifestado en la objeción, lo que se consigue es vaciar en parte el contenido de su derecho.

Existe, sin duda, el riesgo del abuso cuando se alega un derecho para conseguir un trato diferencial, en el que el sujeto en cuestión eluda la norma. Esto podría ocurrir en el supuesto de que los

⁸¹¹ No obstante, la noción de objeción de conciencia no es unánime en la doctrina. *Vid.* al respecto los trabajos de Navarro-Valls y Martínez-Torrón (1997), Castro Jover (1998), Bertolino (1990), Prieto Sanchís (1991b) y la bibliografía allí citada.

⁸¹² Navarro-Valls y Martínez-Torrón (1997), pp. 14-15.

Tribunales hiciera prevalecer siempre la objeción de conciencia o más allá aún, que una norma general reconociera la objeción de conciencia como liberadora de la vinculación a la norma jurídica, lo que entrañaría la negación misma del derecho y por tanto, la vulneración de la conciencia de las personas que quedaría indefensas unas frente a otras⁸¹³. Por lo que tanto una postura demasiado benevolente como una restrictiva vulnera el sujeto y objeto de protección: la persona y su derecho⁸¹⁴.

4.2. La jurisprudencia relativa a la objeción de conciencia a materias educativas y métodos pedagógicos.

En el ámbito educativo la objeción de conciencia se ha manifestado en el Tribunal Europeo de derechos humanos con base en el artículo 2 del Protocolo 1 relativo al derecho de los padres a educar a los hijos conforme sus propias convicciones. Los casos más significativos son *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen*, de 7 de diciembre de 1976, y *Campbell y Cosans*, de 25 de febrero de 1982.

El caso *Kjeldsen*⁸¹⁵ se planteó por tres matrimonios que objetaron a que sus hijos recibieran educación sexual, como materia obligatoria, en el colegio público al que asistían. Los padres se basaban en sus creencias religiosas y en sus derechos y deberes paterno-filiales. Tras la negativa de la Administración a la exención, los padres acudieron a la Comisión europea de derechos humanos, alegando la vulneración del artículo 2 del Protocolo 1 del Convenio. La Comisión estimó, con un ajustado número de votos, que no se produjo la vulneración

⁸¹³ Llamazares Fernández (2003) p. 287-289.

⁸¹⁴ En relación a la cobertura jurídica, los profesores Navarro-Valls y Martínez-Torrón (1997) afirman que: "En el caso de que el Estado se decida absolutamente por el primer interés protegido [libertad de conciencia cuya expresión más significativa es la objeción], peligra su propia subsistencia al permitir que sea la conciencia regla y norma de sí misma. Si se decide absolutamente por el segundo [el cumplimiento a ultranza de la normativa] convierte en ficción uno de los pilares fundamentales de su propia naturaleza" pp. 17 y ss.

⁸¹⁵ Pueden verse comentarios a esta sentencia en Martínez-Torrón (1993) pp. 77-78 (2001), pp. 158-161, Lener (1977), pp. 369-409, Redondo Andrés (1998), pp. 778-779.

alegada por los demandantes⁸¹⁶. El Tribunal Europeo también lo desestimó alegando que la determinación de los contenidos educativos era competencia del Estado. Aunque reconoció que determinados contenidos podían afectar a las convicciones, no existirá vulneración si se tratan de manera objetiva, crítica y plural. Por tanto, el límite que debe imponerse a la potestad administrativa en materia educativa es el adoctrinamiento, es decir, las materias impartidas en la escuela con carácter obligatorio no pueden transmitir contenidos dogmáticos susceptibles de adoctrinar a los menores, pudiendo vulnerar el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos conforme a sus propias convicciones.

El Tribunal tampoco aceptó la alegación de los padres referente a la quiebra del principio de igualdad en comparación con la exención de las clases de religión y no cuando se refiere a la educación sexual. El motivo se fundamentó en que las primeras transmiten dogmas o doctrinas mientras que, según el Tribunal, las clases de sexualidad difunden contenidos objetivos. Es esta interpretación restrictiva la que ha preponderado en las resoluciones posteriores tanto de la Comisión como del propio Tribunal.

Junto con el fundamento relativo al contenido no adoctrinador de la educación sexual, el Tribunal señaló que, en virtud de la libertad de creación de centros docentes y como garantía del derecho de los padres a elegir la educación de los hijos, los demandantes podían enviar a sus hijos a otros centros o educarlos en casa, tal y como permite la ley danesa. Por lo que, a juicio del Tribunal, el derecho de los padres no se había vulnerado en la medida en que podían matricular a sus hijos en escuelas con el carácter que más se ajustara a sus convicciones.

Frente a esta postura, claramente restrictiva en la interpretación del artículo 2 del Protocolo 1, el juez Verdross discrepó del fallo de la sentencia, y en voto particular afirmó que la educación sexual era susceptible de transmitir ideas y prácticas, como los métodos de contracepción, que sí podrían afectar a la esfera de las creencias

⁸¹⁶ La decisión de la Comisión (21 de marzo de 1975) desestimó la vulneración del artículo 2 del protocolo 1 gracias al voto de calidad de presidente, ya que hubo empate de votos.

religiosas⁸¹⁷, además la solución de optar por otro centro educativo que se ajustara a sus convicciones hacía depender el ejercicio del derecho de unos padres a la existencia de centros educativos acordes, además de otros inconvenientes materiales, por lo que implicaba mayor sacrificio motivado por las creencias religiosas y esto vulneraba el artículo 14 del Convenio sobre la igualdad⁸¹⁸.

El juez discrepante interpreta de forma más amplia dicho artículo de una forma que, en nuestra opinión, es la más acertada⁸¹⁹. Consideramos, en efecto, que la limitación tendría razón de ser en cuanto que la objeción acarrearía perjuicio al resto de la comunidad educativa. En estos casos no se trata de imponer a ningún otro alumno sus propias convicciones puesto que las clases de sexualidad las reciben con normalidad el resto de los alumnos. No se obliga al resto de la comunidad educativa a aceptar esta misma postura, sino a respetarla como consecuencia del ejercicio de un derecho y no como de un capricho o voluntad banal.

Por otra parte, es cierto que existen unas materias que el Estado considera obligatorias en los planes de estudio y cuyo conocimiento es imprescindible para la educación de los niños. Frente a esto cabría preguntarse, si la educación sexual dentro del área obligatoria de

⁸¹⁷ “[...] il me semble nécessaire de distinguer entre les informations sur les faits de la sexualité humaine qui font l’objet de la science naturelle, surtout de la biologie, d’une part, et celles qui ont trait aux activités sexuelles, y compris la contraception, d’autre part. Cette distinction s’impose, à mon avis, par le fait que les premières ont un caractère neutre du point de vue de la moralité, tandis que les secondes, même si elles sont données à des mineurs d’une manière objective, touchent toujours la formation de leur conscience. Il s’ensuit que même des informations objectives sur la pratique sexuelle données trop tôt dans une école peuvent violer les convictions chrétiennes des parents.»

⁸¹⁸ “[...] le droit des parents est un droit strictement individuel tandis que la création d’une école privée suppose toujours l’existence d’un certain groupe de personnes ayant une certaine conviction en commun. [...] D’autre part, on ne peut pas méconnaître que l’instruction dans une école privée, même subventionnée par l’Etat, et l’enseignement à domicile entraînent toujours pour les parents des sacrifices matériels. Si donc les requérants n’avaient pas la faculté de faire dispenser leurs enfants de suivre les cours en question, il existerait à leur détriment une discrimination non justifiée, interdite par l’article 14 (art. 14) de la Convention, par rapport aux parents dont les convictions religieuses et morales sont conformes à celles du législateur danois.»

⁸¹⁹ En el mismo sentido que Martínez-Torrón (2001), pp. 159-160.

Ciencias Naturales o como materia impartida de forma independiente, es disciplina imprescindible para la educación y si, en consecuencia, existe un interés público que actuaría como límite a los supuestos de objeción de conciencia a la educación sexual⁸²⁰.

Hay que atenerse al caso concreto y distinguir entre la actitud de abuso y la clara motivación que hace objetar. Según la sentencia comentada, las materias básicas que componen toda educación formal o reglada, aún siendo competencia del Estado, no debe implicar un adoctrinamiento. El adoctrinamiento en la educación sexual supondría exponer de forma no neutral el comportamiento sexual del ser humano. Esto se cumple en cuanto que, en la materia se incluye métodos de contracepción o determinadas prácticas sexuales.

Finalmente, así como la enseñanza de la religión en centros públicos es optativa, precisamente para posibilitar el ejercicio de la libertad religiosa y respetar las convicciones de los padres, existen otras materias que por su contenido, planteamiento pedagógico y edad de los menores puedan afectar a la conciencia de los padres y alumnos. Aquí podría incluirse la educación sexual. El derecho a la educación pertenece a los alumnos y a sus padres como primeros educadores, y es a ellos y no al Estado a los que corresponde decidir sobre el tipo de educación que quieren para sus hijos. Precisamente, el Estado debe evitar que con determinadas enseñanzas obligatorias, como la educación sexual, se vulnere el derecho a la educación y la libertad religiosa de los padres y los alumnos⁸²¹.

⁸²⁰ El interés público frente a las convicciones religiosas de los padres fue tratado en la sentencia *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972). Este grupo se negaba a enviar a sus hijos a la escuela en los últimos dos años de escolarización obligatoria, alegando que la edad de los adolescentes era crucial para sus creencias y las aseguraban asumiendo el grupo su educación en esa etapa de la edad. El Tribunal Supremo falló favorablemente a la pretensión alegando que no existía un interés público superior a la libertad de conciencia de los padres. Sobre esta sentencia vid. Martínez-Torrón (1986), pp. 444-446. También nuestro comentario *supra* en este capítulo.

⁸²¹ Un supuesto similar al caso *Kjeldsen* con una solución distinta se planteó en la decisión *Frederick v. Jefferson County Board of Education* (1982) en Kentucky (EE.UU.). El Tribunal resolvió a favor de los padres que objetaron a que sus hijos recibieran educación sexual, y como consecuencia, la administración pública educativa calificó la educación sexual en escuelas públicas como materia no

Posteriormente, otra decisión de la Comisión siguió la misma línea interpretativa de la sentencia *Kjeldsen*. La Decisión de 9 de marzo de 1977 de 40 madres c. Suecia⁸²² inadmitió la demanda con relación a la vulneración del artículo 2 del Protocolo 1 del Convenio. Los hechos a raíz de una ley aprobada por el Parlamento sueco (*Riksdag*), de 20 de diciembre de 1973, que obligaba a cada municipio a tener una escuela pública de preescolar. Igualmente, el Parlamento dictó una serie de directivas para la aplicación de la ley; una de ellas disponía que las comunidades religiosas deberían abstenerse de realizar sus actividades en dichos centros en horario lectivo. Frente a esta disposición, 40 mujeres, madres de 53 niños en edad de preescolar, alegaron violación de su derecho a educar a los hijos conforme sus propias convicciones (art. 2 del P1). Según las demandantes consideraron que se estaba limitando su derecho a elegir el centro de preescolar, puesto que al crearse los centros públicos, estaría en peligro la financiación pública de escuelas privadas de ideario religioso, además de que la enseñanza en las escuelas públicas tendría carácter agnóstico.

La Comisión fundamentó la no vulneración en la sentencia del caso *Kjeldsen*, en la cual se afirmaba que el derecho de los padres no era vulnerado en la medida en que podían recurrir a la elección de un centro educativo privado conforme a sus creencias, no siendo obligación del Estado financiar a centros privados la educación preescolar. Además, el hecho de no recibir ninguna educación religiosa no era una actitud a favor del agnosticismo, ya que operaba el límite del adoctrinamiento, adoctrinamiento que, a juicio de la Comisión, no se daba en la educación recibida por los niños que, por contrario, se basaba en los principios de tolerancia y el respeto de las creencias de los demás.

Por su parte, el caso *Campbell y Cosans* contra el Reino Unido de 25 de febrero de 1982 resolvió la controversia suscitada por unos padres cuyos hijos acudían a un colegio estatal de Escocia en que los castigos corporales eran utilizados como forma de corregir a los alumnos. El derecho escocés establecía la posibilidad, a través del poder conferido por el derecho a los profesores, de aplicar el castigo

obligatoria. *Vid.* comentario a esta sentencia en Navarro-Valls y Martínez-Torrón (1997), p. 212.

⁸²² Demanda nº 6853/74, *Decisions and Reports*, 9, pp. 27 y ss.

corporal como medida disciplinaria en las escuelas. En particular, el castigo aplicado en los colegios a los que asistían los hijos de los demandantes consistía en golpear la palma de la mano con una cinta de cuero (llamada *tawse*). Los padres fundamentaron su demanda en que esta medida de castigo violaba el artículo 3 del Convenio Europeo de derechos humanos⁸²³ relativo a la tortura y el artículo 2 del Protocolo número 1 sobre el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones⁸²⁴.

En cuanto a lo primero, el Tribunal resolvió denegando que el castigo corporal aplicado en la escuela fuera constitutivo de tortura, ya que se admitió que los niños no fueron castigados con la cinta de cuero y, por tanto, no sufrieron trato inhumano. El Tribunal utilizó la definición de “tratamiento inhumano” que en su momento realizó la Comisión y el propio Tribunal al resolver el caso de *Irlanda contra Reino Unido* de 18 de enero de 1978 y el caso *Tyrer c. Reino Unido* de 25 de abril del mismo año.

En nuestra opinión, nos parece que calificar unos hechos como “trato inhumano”, medir el grado de “tortura” o ponderar cuando existe humillación o degradación en el trato de una persona, es una tarea que precisa de mucha prudencia. Esto implica tener en cuenta no sólo un concepto “objetivo” de “tratamiento inhumano” sino también el factor subjetivo, representado por la personalidad de aquel que lo sufre.

Por otra parte, la cuestión que a nosotros nos interesa es la estimación de la vulneración del derecho de los padres reconocido en el artículo 2 del Protocolo 1. El Tribunal, contrario a la opinión defendida por el Gobierno, considera que la disciplina y los métodos para mantenerla se configuraban en el marco del derecho a la educación y por tanto del artículo alegado. La objeción de los padres basada en sus convicciones hace que el Tribunal se plantee el alcance de dicho concepto, concluyendo que las “convicciones” no puede

⁸²³ Artículo 3 CEDH: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.”

⁸²⁴ Artículo 2 del Protocolo 1: “A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.”

entenderse como sinónimo de “ideas” u “opiniones” tal y como se desprende del artículo 10 del Convenio relativo al derecho de libertad de expresión, sino que engarza con el artículo 9, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a lo que el Tribunal atribuye una visión de ciertos aspectos de la vida con un nivel de seriedad, cohesión e importancia que incide en los actos de la persona.

Con una interpretación más amplia del artículo 2 del Protocolo 1 que la realizada en otros casos, como por ejemplo el caso *Kjeldsen*, el Tribunal admitió que las “convicciones” de los padres pueden verse afectadas por más elementos dados en el ámbito educativo que simplemente la enseñanza de la religión, y consideró que se había violado su derecho a educar a sus hijos conforme a las mismas.

Anteriormente, la Comisión había admitido una demanda en la que se planteaba un caso semejante al caso *Campbell y Cosans*. En este caso se trataba de una adolescente de catorce años a la que sometía a castigos corporales como medida disciplinaria en su colegio del Reino Unido. La Decisión con fecha de 12 de julio de 1978 sobre *Sra. X. c. Reino Unido*⁸²⁵ en la que igualmente al caso anterior, se alegaba vulneración de los artículos 3 de la Convención y 2 del Protocolo 1. La Comisión, remitiéndose a su decisión de admitir el caso *Campbell y Cosans* de 15 de diciembre de 1977 declara admisible la demanda.

Asimismo, la Comisión decidió inadmitir una demanda que alegaba vulneración del artículo 2 del Protocolo 1 en la que se exponía un caso de castigos corporales a tres alumnos de un centro escolar escocés. El caso *X., Y. y Z. c. Reino Unido* de 13 de octubre de 1982⁸²⁶ fue inadmitido por falta de fundamento ya que en la línea marcada por la Sentencia *Campbell y Cosans*, la alegación de las convicciones filosóficas o religiosas implica que éstas denoten un cierto nivel de conocimiento, seriedad, cohesión e importancia, lo cual para la Comisión no estaba presente en este caso, ya que los padres demandantes recomendaron a sus hijos no recibir el castigo “si lo consideraban injusto”, de lo que deduce la Comisión que si hubiese sido justo lo habrían aceptado.

⁸²⁵ Demanda nº 7907/77, *Decisions and Reports*, 14, p 205.

⁸²⁶ Demanda nº 8566/82, *Decisions and Reports*, 31, p 50.

Finalmente, no referimos a un caso que tomando como base los castigos corporales se plantea de forma bien distinta. El caso de *Siete personas c. Suecia* de 13 de mayo de 1982 inadmite la demanda de unos padres, pertenecientes a una congregación protestante en Estocolmo, los cuales creían que un buen método para educar a sus hijos implica el castigo corporal, basándose en su doctrina religiosa, haciendo remisión a ciertos textos bíblicos⁸²⁷.

La confrontación surge porque desde la escuela se comunica a los padres la prohibición de la legislación sueca de infringir castigos corporales tanto por parte de los profesores como de los propios padres. Los demandantes consideraron que esta normativa conculcaba su derecho a educar a sus hijos conforme sus propias convicciones, el derecho de libertad religiosa y la intimidad familiar, artículos 2 del Protocolo 1, 9 y 8 de la Convención respectivamente.

La Comisión estableció que dicha norma tenía como objetivo prevenir el maltrato infantil, y que las medidas penales castigando este comportamiento, a menudo implicaba una “intromisión” en las relaciones paterno filiales, pero no se podía considerar una intromisión en la vida familiar. El mismo fundamento aportó la Comisión para rechazar la vulneración del artículo 9. Por otra parte, sobre el artículo 2 del Protocolo 1, la Comisión consideró que la interpretación que se debe dar es la misma que interpretó el Tribunal en el caso *Kjeldsen*, en el cual se establecía como límite en la educación recibida en los centros escolares el adoctrinamiento, y en este sentido, la Comisión no estimó que los hijos de los demandantes recibieran un adoctrinamiento en la escuela referente a los castigos corporales.

En los tribunales españoles se planteó un caso similar a *Kjeldsen* ante el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que resolvió en sentencia de 23 de marzo de 1998⁸²⁸. La Constitución Española, en el artículo 27, además de contemplar el derecho de toda persona a la educación, determina que los poderes públicos son responsables del sistema educativo, lo que incluye los planes de estudio de los centros de enseñanza reglada. Asimismo, se establece que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita. Por otra parte, el artículo 27.3 CE vincula el

⁸²⁷ Proverbios 13:12 y Hebreos 12:6, entre otros.

⁸²⁸ Sieira (2002), p. 646, Rodrigo Lara (2001b), pp. 761-773.

derecho a la libertad religiosa con el derecho a la educación, al reconocer que los padres tienen derecho a elegir la educación religiosa de sus hijos conforme a sus propias convicciones; derecho que la Constitución garantiza con la libertad de creación de centros docentes. Dentro de este marco, pueden darse situaciones en las que haya confrontación entre el derecho a la educación y el derecho de libertad religiosa cuando determinadas asignaturas de carácter obligatorio causen conflicto en las conciencias de padres y alumnos. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria versaba sobre un de objeción de conciencia a la educación sexual. El supuesto se centró en la negativa de una menor y sus padres a recibir educación sexual como parte de la materia de ciencias naturales, con fundamento en que era contrario a sus creencias religiosas. La niña, al no asistir a clase, no superó los controles de evaluación de la asignatura. Los padres recurrieron a la Dirección provincial de Educación y Cultura de Cantabria, que denegaron el recurso, por lo que quedaba abierta la vía judicial. La sentencia del Tribunal confirmó la resolución administrativa.

El fundamento principal de la sala fue que, ante el conflicto entre derechos fundamentales, derecho a la educación (artículo 27 CE) y el derecho a la libertad religiosa (artículo 16 CE), se debían aplicar unos límites que sirvieran para “garantizar las relaciones recíprocas de los intereses en juego”. Finalmente, la solución dada por el tribunal fue que el derecho de los padres a educar a los hijos de acuerdo con sus convicciones, quedaba suficientemente garantizado con la posibilidad de enviar a su hija a otro centro educativo, dado el derecho constitucional de libertad de creación de centros docentes (artículo 27. 6 CE).

Significativamente, la sentencia del TSJ de Cantabria no menciona en su fundamentación jurídica la sentencia del TEDH *Kjeldsen*, a pesar de que contiene similares razonamientos. En este sentido, sírvase aplicar las mismas precisiones hechas a la anterior sentencia a las que añadimos algún comentario más. En primer lugar, el Tribunal manifiesta que los padres al matricular a su hija en un centro público aceptan el proyecto educativo y la programación anual

del mismo⁸²⁹. Además, el RD 732/1995, de 5 de mayo, que regula los derechos y deberes de los alumnos y normas de convivencia, establece el deber de todo alumno a asistir a clase constituyendo un motivo de denegación de evaluación la falta de asistencia. La hija del recurrente dejó de asistir a las clases de sexualidad con lo que se denegó su derecho a evaluación, por lo que el Tribunal desestimó el recurso⁸³⁰.

En segundo lugar, la fundamentación jurídica se basa en los límites aplicables al ejercicio de los derechos fundamentales cuando éstos entran en confrontación con el orden público y los derechos de los demás. El fundamento undécimo apunta a la pluralidad de derechos que recoge el artículo 27 y la posibilidad de conflictos entre los mismos hace necesario que se establezca unos límites para garantizar su ejercicio. La cuestión es si la objeción de conciencia por parte de una alumna y sus padres a recibir una materia concreta afecta a los derechos de los demás. Pero el Tribunal no concreta qué miembros de la comunidad educativa han visto vulnerados sus derechos por la objeción, sino que se limita a derivar a los padres a elegir otro centro conforme a sus convicciones como garantía de su derecho, afirmando que no cabe imponer a los demás “las propias convicciones, ni la posibilidad de exigir un determinado trato diferencial en función de tales convicciones”⁸³¹.

⁸²⁹ F.J. 5º: “Una vez que se ha aprobado el proyecto educativo del centro y la programación general anual, su contenido resulta obligatorio para todos los integrantes de la comunidad educativa, los cuales deben ser conocedores del contenido del mismo, máxime si se trata de personas tan cualificadas como los profesores del centro”.

⁸³⁰ El Tribunal ahonda en su fundamentación en los FFJJ 7º y 8º: “SEPTIMO.- De la aplicación coordinada de las normas que acabamos de citar se puede llegar a la conclusión de que la resolución recurrida se encuentra ajustada a derecho, desde el momento en que consta acreditado que la alumna dejó de asistir a las clases que se impartían en la asignatura y no superó los controles de evaluación de conocimientos”. “OCTAVO.-A pesar de tan contundente realidad, el suplico de la demanda solicita que se declare aprobada la asignatura, al considerar que la materia referente a la sexualidad no puede formar parte del contenido de la asignatura por ser contraria a las convicciones religiosas de la menor y de sus padres.”

⁸³¹ F.J. 12º: “Desde la perspectiva del reconocimiento de derechos a todos los integrantes de la comunidad educativa, derechos sometidos a límites para posibilitar el ejercicio de los derechos reconocidos a los demás titulares, es como, a nuestro juicio, debe abordarse el problema planteado. El derecho de los padres a que sus hijos reciban la educación de acuerdo con sus convicciones, está implicando en

En nuestra opinión, el Tribunal no analiza si realmente en este supuesto se están imponiendo a los demás las propias convicciones, ya que lo que solicitan los padres y la alumna es la exención de la alumna y no la retirada de esas clases, que continúan recibiendo el resto de los alumnos, y por otra parte, la “exigencia” del trato diferencial debe valorarse conforme al ejercicio de un derecho de libertad de conciencia y no como si se tratase de un “capricho” o petición infundada. El papel de los tribunales en estos casos es fundamental en orden a evitar situaciones de abuso por parte de personas que reclamen tratos diferenciales basándose en motivos de conciencia, por lo que la prudencia en las resoluciones vendría a evitar posturas tanto restrictivas como benevolentes que desnaturalizaría el derecho de la persona⁸³².

Ante la falta de conflicto de intereses en la comunidad educativa, en nuestra opinión, debería haberse estimado la objeción y no recurrir a la socorrida solución de la elección de otro centro docente. Consideramos que esta solución es un tanto desproporcionada ya que el cuestionamiento de los padres y de la alumna es al contenido de una parte de una asignatura y no a la orientación educativa de todo el centro. Además, se hace depender el ejercicio de un derecho de los padres y de la alumna de otras personas en cuanto que éstas creen un centro educativo privado en el que no enseñen educación sexual que es la materia cuestionable por los padres, a lo que hay que añadir las condiciones económicas de la familia y la situación geográfica donde se desarrolla el caso, lo que puede hacer más complicado la existencia del centro en cuestión. Finalmente, la sentencia obvia pronunciarse, como sí lo hace la sentencia *Kjeldsen* y el voto particular del juez

el seno de una sociedad plural, un derecho de elección, derecho que se conecta con la libertad de creación de centros docentes, de forma tal que se posibilite a los padres la elección del centro que se adecue a sus creencias e ideario, lo que no supone, ni puede suponer, el derecho a imponer a los demás las propias convicciones, ni la posibilidad de exigir un determinado trato diferencial en función de tales convicciones.”

⁸³² Navarro-Valls y Martínez-Torrón (1997) afirman que: "En el caso de que el Estado se decida absolutamente por el primer interés protegido [libertad de conciencia cuya expresión más significativa es la objeción], peligra su propia subsistencia al permitir que sea la conciencia regla y norma de sí misma. Si se decide absolutamente por el segundo [el cumplimiento a ultranza de la normativa] convierte en ficción uno de los pilares fundamentales de su propia naturaleza" pp. 17 y ss.

Verdross, acerca del adoctrinamiento como límite a los estudios impartidos en centros públicos. Como ya señalamos en el comentario a esta sentencia, consideramos que la educación sexual no puede considerarse neutral en cuanto que expone el comportamiento sexual del ser humano desde puntos de vista más allá de los biológicos, como puede ser la enseñanza de métodos contraceptivos que entonces sí podrían vulnerar la libertad de conciencia de alumnos y sus padres.

4.3. Conclusiones.

La objeción por motivos de conciencia a contenido de asignaturas distintas de la “Religión” es tratada, en líneas generales por la jurisprudencia examinada como la petición de un “trato diferencial” injustificado, basándose en que la enseñanza de dichas materias no persigue el adoctrinamiento de los alumnos.

El caso *Kjeldsen* (1976) del TEDH marcó la línea interpretativa del artículo 2 del P.1 del Convenio, en la que se establece como límite a la actuación del Estado en materia educativa el adoctrinamiento. Esta interpretación, presente en la jurisprudencia española en el caso del TSJ de Cantabria (aunque no b cite expresamente) es restrictiva, en cuanto que acota el campo del art. 2 del P. 1 a una materia exclusivamente de contenido religioso, además de poner en manos de los jueces la decisión sobre qué contenidos pueden o no afectar el ámbito de las creencias, o sobre si ha habido o no adoctrinamiento, vulnerando el derecho de libertad religiosa.

Creemos que la actitud defensiva de los poderes públicos ante la objeción de conciencia a través de estos criterios restrictivos puede vaciar parte del contenido del derecho de libertad religiosa. No obstante, esto no es óbice para que los tribunales exijan y aprecien que la objeción no se debe a meras “ideas” u “opiniones” sino a unas convicciones con un nivel de seriedad y cohesión en la vida de una persona, tal y como afirma el TEDH en el caso *Campbell*, en una interpretación más amplia que la realizada en el caso *Kjeldsen*. Recordemos que tanto una postura de los tribunales que aceptara toda objeción así como aquella otra que fuese muy restrictiva vulneraría la esencia del derecho.

Además, y en contra de la doctrina *Kjeldsen*, consideramos que los contenidos de algunas asignaturas, contenidos de carácter religioso, pueden infringir la libertad religiosa de los alumnos y sus padres en la medida en que transmitan ideas o prácticas contrarias a sus creencias, por ejemplo, y en la materia de educación sexual, información sobre métodos contraceptivos.

Por otra parte, no consideramos del todo punto acertada la solución a estos casos dada por los tribunales cuando afirman que no hay vulneración porque de ver violentadas sus creencias, los padres pueden elegir otro centro educativo acorde con las mismas. En nuestra opinión, el recurso de los tribunales a este derecho de elección constituye la panacea para resolver cuestiones sobre las que no se entran a fondo, sin estimar que quizás se está causando un perjuicio o discriminación al suponer que todas las familias tienen acceso (económica y geográficamente) a esos centros. En consecuencia, es preciso hacer hincapié en la importancia de que los poderes públicos respeten las posiciones minoritarias de las personas en el ejercicio de sus derechos, sean o no amparadas por una religión institucional concreta.

5. EXHIBICIÓN DE SÍMBOLOS Y PRENDAS DE CARÁCTER RELIGIOSO EN LA ESCUELA.

5.1. La exhibición de símbolos religiosos por parte de alumnos y profesores en centros públicos, privados y privados concertados y el principio de neutralidad.

Las sociedades democráticas actuales, incluida España, están experimentando un creciente fenómeno migratorio⁸³³ que supone, entre otras cosas, contar con el elemento religioso como parte integrante de la cultura y la personalidad de los que llegan, el cual interesará al derecho en cuanto se manifieste en virtud del derecho de toda persona a la libertad religiosa.

La convivencia de personas con distintas creencias crea escenarios ricos y plurales en los que el respeto por la cultura y creencias se arraiga a través del conocimiento de las mismas. Por el

⁸³³ Pueden consultarse los datos en el informe del Defensor del Pueblo (2003a).

contrario, pueden propiciarse conflictos con base en la identidad cultural y religiosa de la persona, en los que debe mediar el derecho. Este aspecto se hace patente en ámbitos como el laboral y el educativo. Es en este último donde la situación adquiere más complejidad desde nuestro punto de vista debido a la implicación de los menores de edad.

En este capítulo vamos a tratar la exhibición de objetos y prendas religiosas por parte de los menores pero también cuando las portan los profesores. Conviene tratar el caso de los profesores porque a través de su profesión se relacionan y ejercen ciertas influencias sobre los alumnos, los cuales están viviendo en pleno proceso evolutivo y, por ello, se consideran más influenciables que los adultos. Esta circunstancia, por una parte, activa el resorte del principio jurídico de protección del menor, y por otra, la confrontación de derechos entre el profesor y alumno, concretamente la libertad religiosa de uno y de otro.

Nuestra Constitución establece en el artículo 16.3⁸³⁴ la neutralidad del Estado en materia religiosa⁸³⁵, que la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de mayo de 1982 concreta en el ámbito de la escuela pública. Esta neutralidad consideramos que no puede entenderse como una visión hostil o indiferente hacia el hecho religioso, sino que el Estado tiene que proteger la libertad religiosa como derecho que implica una pluralidad de valores religiosos que según palabras de Viladrich significa que “los poderes públicos comprenden que la presencia y el potenciamiento de los valores religiosos de los ciudadanos y de las comunidades son beneficiosos para la sociedad”⁸³⁶. Asimismo, Roca afirma que la neutralidad del Estado en materia religiosa se opone tanto a la confesionalidad como a

⁸³⁴ “Ninguna confesión tendrá carácter estatal...”.

⁸³⁵ Sobre los conceptos de laicidad y neutralidad del Estado la doctrina no es pacífica y existen varias interpretaciones. *Vid.*, entre otros estudios que tratan la cuestión, Navarro-Valls (1993), y la amplia bibliografía citada por el autor, Martínez-Torrón (1999a), pp. 184 y ss., Ferrer Ortiz (1987) y (1998), pp. 237 y ss., Ferrer Ortiz y Viladrich (2002), Llamazares Fernández (1999) y (2002), pp. 175 y ss., Viladrich y Ferrer (1996), pp. 115 y ss., Briones (1996a) y (1996b), Roca (2001) y (1996), Moreno Botella, (2001), pp.185 y ss. y Molano (1986), pp. 239-256 y (1989), pp. 289-307.

⁸³⁶ Viladrich y Ferrer (1996), p. 136. Vázquez García-Peñuela (1998a).

la hostilidad⁸³⁷. Martínez-Torrón –utilizando un símil económico– considera que la neutralidad determina que “el Estado proteja la existencia de un “libre mercado de ideas y religiones”, renunciando a un intervencionismo dirigido a modificar el panorama sociológico real con la pretensión de construir un arquetípico pluralismo. La intervención estatal no puede ir más allá de lo que demanda la protección del “consumidor” en el ámbito religioso (a semejanza de lo que ocurre en el ámbito económico): es decir, una actuación positiva encaminada a evitar la formación de monopolios que impidan la vitalidad de pequeños grupos, y también, a eliminar, en lo posible, el riesgo fraudulento por parte de grupos pseudo-religiosos.”⁸³⁸

Como hemos señalado, el Tribunal Constitucional fijó claramente este aspecto positivo de la neutralidad positiva en el ámbito educativo en la sentencia de 13 de mayo de 1982 y en el Auto de 21 de febrero de 1986⁸³⁹.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981 de 13 de febrero⁸⁴⁰ afirma que el principio de laicidad en la escuela pública significa que ésta sea ideológicamente neutral⁸⁴¹.

La cuestión se ha planteado polémicamente, en tiempos recientes, en Italia, con ocasión de la ordenanza del Tribunal italiano de L’Aquila, de 23 de octubre de 2003⁸⁴², que decidía a favor de la

⁸³⁷ Roca (1996), p. 251.

⁸³⁸ Martínez-Torrón (1999), p. 187.

⁸³⁹ Resoluciones comentadas por Rodríguez Chacón (1992), Moreno Botella (2003). Otras sentencias son STC 5/1981 de 13 de Febrero y STC 29/1992 de 23 de Abril, referidas por Calvo Álvarez (1994).

⁸⁴⁰ "La neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros escolares públicos... impone a los docentes que en ellos desempeñan su función una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico, que es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que por decisión libre o forzadas por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita", F.J. 9.

⁸⁴¹ Vid. Moreno Botella (2003).

⁸⁴² Comentarios de Coppola (2004), Cañameres y González-Varas (2003). En relación con la cuestión del crucifijo en Italia, vid. la Resolución del Consejo de Estado italiano de 1988 *Consiglio di stato*, Sez. II, *Parere 27 aprile 1988 n. 63/1988*, Resolución de la Avvocatura dello Stato de Bolonia, de 16 de julio de 2002, Circular del Ministerio de Instrucción Pública (*circolare ministeriale 9.6.1988 n 157, Prot. N 13039/571/GL*) que reproduce el contenido del dictamen del Consejo

petición de un padre musulmán para que se retirase el crucifijo del aula de la escuela pública a la que asistían sus hijos. El fallo estimó la retirada del crucifijo por ir en contra del principio de laicidad del Estado; según la sentencia, la presencia de un crucifijo en las aulas supone implícitamente la adhesión a valores pertenecientes a una creencia religiosa. La sentencia de L'Aquila contradice la Resolución del Consejo de Estado italiano de 1988 que afirma que la presencia de crucifijos en las escuelas públicas no era contrario al principio de laicidad del Estado ya que se relaciona con el bagaje cultural e histórico común de los italianos independientemente de sus creencias religiosas.

En semejantes términos, se pronunció la Corte Administrativa de Baviera, 4 de junio de 1991, en el caso de un alumno que considera que la cruz en las aulas vulneraba su libertad religiosa, por tener que contemplarla durante las clases. Se recurría así la existencia de una norma del *Land* de Baviera que establecía como obligatoria la presencia de crucifijo en las escuelas públicas de primaria. La Corte de Baviera argumentó, entre otras cosas, que la presencia de la cruz formaba parte de la cultura occidental⁸⁴³. Finalmente, el Tribunal Constitucional resuelve con una sentencia de 16 de mayo de 1995⁸⁴⁴, en la que se afirma que la presencia de crucifijos en las escuelas públicas contradice el art. 4.1 de la Ley Fundamental de Bonn al vulnerar la libertad religiosa y de conciencia. El gobierno de Baviera rectificó la ley estableciendo esta vez la presencia del crucifijo en los centros públicos condicionada a la petición de retirada del mismo por parte de los titulares del derecho educativo, en cuyo caso se procedería, no a la retirada inmediata, sino a un acto de conciliación en el que trataría de resolver el asunto. Esta vía considerada por algún autor como la aplicación del criterio de proporcionalidad para que “el derecho cedente no sea completamente eliminado en aras del ejercicio del derecho preponderante”⁸⁴⁵, es visto por otros autores como un error de partida, ya que en vez de la objeción de conciencia de los alumnos, debería partirse del derecho a la libre formación de la propia

de Estado de 1988 y la sentencia de la sección tercera del Tribunal Administrativo, de 8 de octubre de 2003 (*Tar Lazio, sez. III bis-sentenza 8 ottobre 2003 n 8138*).

⁸⁴³ Igualmente, la opinión de Robbers (1998), p. 204.

⁸⁴⁴ *Vid.* comentarios a esta sentencia en Robbers (1998), Luther (1996), pp. 681-701 y Cañamares (2003), pp. 209-212.

⁸⁴⁵ *Vid.* Cañamares (2003), p. 211.

conciencia de éstos, lo que supondría la retirada de los crucifijos en las aulas⁸⁴⁶. Igualmente, el Tribunal Federal suizo, sentencia de 26 de septiembre de 1990⁸⁴⁷, en relación con el crucifijo en un aula de primaria de un centro público, entiende la presencia de dicho símbolo como contrario al principio de neutralidad de la escuela conforme el artículo 27 de la Constitución. Además, esta sentencia añade que el crucifijo en las aulas podría lesionar las convicciones de los alumnos e influir en éstas y en la evolución religiosa de los alumnos y que, en aras del principio de neutralidad, la escuela pública debe prestar atención a los derechos de las minorías religiosas, que pueden ver violentada su libertad religiosa ante la presencia del crucifijo en las escuelas públicas.

No obstante, los fundamentos de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el caso de la cruz en colegios públicos de Baviera no convencen a la doctrina por igual. En este sentido, Robbers considera que la presencia de símbolos religiosos también son expresión de una identidad cultural que no afectan a la neutralidad del Estado en materia religiosa e, igualmente, sostiene que tampoco es correcto que un alumno tenga que asistir a clase ante un símbolo religioso que no comparte, por lo que cuando el alumno esté presente, se retirará de la pared⁸⁴⁸.

Nuestro objetivo en esta parte del capítulo se va a centrar en cómo opera el símbolo religioso portado por alumnos y profesores en relación con la neutralidad del Estado y los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad educativa.

La primera cuestión que se nos plantea es relativa al carácter que se le atribuye a una prenda o símbolo⁸⁴⁹. Es decir, el hecho de portar, por ejemplo, un crucifijo, una estrella de David o un *chador*, puede considerarse como manifestación de varios derechos como la libertad

⁸⁴⁶ Vid. Luther (1996), pp. 688-689.

⁸⁴⁷ Vid. comentario en Cañamares (2003), pp. 207-208.

⁸⁴⁸ Robbers (1998): “no-one may be forced to learn steadily confronted with a symbol of religious context contrary to his belief. This ... could have been achieved by requiring that the cross should be taken off the wall, as long as the particular pupil objects ... As to state neutrality it should be acknowledged that the cross has become a symbol of cultural, not only religious identity.”, p. 204.

⁸⁴⁹ Vid. Aláez Corral (2003b), pp. 93 y ss. sobre qué es un símbolo religioso.

religiosa, derecho a la propia imagen o libertad de expresión, todos ellos constitucionalmente protegidos como derechos fundamentales. Por tanto, dilucidar si el objeto o prenda que exhibe tiene carácter religioso o no, dependerá de dos factores. En primer lugar, el significado religioso que para la persona que lo lleve puede tener, y que es expresión de un proceso interno personal y, en segundo lugar, la connotación de símbolo religioso que le atribuye la comunidad o confesión religiosa y que expresa la adhesión a determinada creencia. Tanto uno como otro factor es consecuencia del ejercicio de la libertad religiosa que el derecho reconoce tanto a las personas físicas como a las confesiones⁸⁵⁰ y cuya determinación sobre símbolos religiosos les compete a ellos y no al derecho.

En este sentido, la Comisión y el Tribunal Europeo de derechos humanos se han pronunciado sobre que debe entenderse por manifestación de la religión y de las convicciones a la que se refiere el artículo 9 .1 del CEDH, haciendo una interpretación restrictiva del término asociándolo a la motivación. Esto significa que para la Comisión el término *práctica* recogido por dicho artículo⁸⁵¹ “no abarca cada acto motivado o influenciado por una religión o creencia ... cuando las acciones de los individuos no manifiestan realmente la creencia en cuestión, no pueden considerarse protegidas como tales por el artículo 9.1...”⁸⁵². En opinión de Martínez-Torrón, “tal planteamiento adolece de un evidente formalismo...al reducir la protección otorgada por el Convenio exclusivamente a las conductas que suponen una *directa* manifestación de las creencias, religiosas o no, sin tomar en cuenta la objetiva y real motivación que el comportamiento del individuo puede tener en esas creencias”⁸⁵³.

⁸⁵⁰ Martínez-Torrón (1986), pp. 431 y ss.

⁸⁵¹ “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica ... la libertad de manifestar su religión o convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.”

⁸⁵² Rep. Com. 7050/75, DR, 19, pp. 19-20 (caso *Arrowsmith*, sobre pacifista condenada por distribuir folletos entre soldados ingleses en Irlanda del Norte), Dec. Adm. 10358/83, DR, 37, p. 147 (sobre objeción de conciencia a pago de impuestos en la proporción destinada a ejército y armamento) y Dec. Adm. 14049/88 (sobre objeción de conciencia a pago de impuestos en la proporción del presupuesto a la subvención de abortos cubiertos por la Seguridad Social en Francia). Martínez-Torrón (1986), pp. 428 y ss.

⁸⁵³ Martínez-Torrón (1986), p. 429.

A nuestro juicio, aunque el derecho no pueda intervenir en el proceso interno de una persona que le mueve a portar un símbolo al que atribuye significado religioso, no podemos obviar que los símbolos religiosos (o cualquier otro tipo de símbolos) tienen un significado atribuido por el grupo religioso y entendido así por la sociedad (pensemos en una cruz, una estrella de David, la *kippá* o el *chador*). Por tanto, el significado religioso de un símbolo se atribuye por el propio individuo que lo porta, pero también tiene un componente “objetivo” de significado religioso que no puede sustraerse a la intención de la persona que lo lleva. En consecuencia, el derecho se verá implicado en la medida en que un símbolo religioso afecte a la libertad religiosa de la personas, para protegerlo, o por el contrario, limitarlo de acuerdo con la Ley⁸⁵⁴, en el caso de que llevar un símbolo religioso conlleve vulneración de los derechos de otras personas.

El tratamiento de la exhibición de objetos y prendas religiosas en el marco educativo requiere diferenciar varios ámbitos, de un lado el realizado por los alumnos y, de otro, por los profesores bien sea tanto unos como los otros, en centros privados, centros públicos o centros privados concertados.

Los centros educativos públicos, como servicio del Estado, deben responder a las características de pluralidad y neutralidad religiosa haciéndose eco del objetivo de la educación fijado por el artículo 27.2 CE, que es “el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”⁸⁵⁵. Esta pluralidad y neutralidad junto con

⁸⁵⁴ *Vid. supra* Capítulo V.

⁸⁵⁵ Art. 1.1 de la LOGSE: “1. El sistema educativo español, configurado de acuerdo con los principios y valores de la Constitución, y asentado en el respeto a los derechos y libertades reconocidos en ella y en la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del derecho a la Educación, se orientará a la consecución de los siguientes fines previstos en dicha ley: a) El pleno desarrollo de la personalidad del alumno. b) La formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia. c) La adquisición de hábitos intelectuales y técnicas de trabajo, así como de conocimientos científicos, técnicos, humanísticos, históricos y estéticos. d) La capacitación para el ejercicio de actividades profesionales. e) La formación en el respeto de la pluralidad lingüística y cultural de España. f) La preparación para

el objetivo del desarrollo de la personalidad hace posible que la asistencia de alumnos de centros públicos con símbolos relativos a cualquier creencia religiosa sea aceptada sin más limitaciones que las que operen para el ejercicio de la libertad religiosa, como el orden público o la vulneración de los derechos fundamentales de los demás y cuando se entorpezca la función educativa⁸⁵⁶. Sobre esto último gira la mayoría de los fundamentos restrictivos de las resoluciones administrativas y judiciales. Por ejemplo, el Consejo de Estado francés, en el Dictamen n° 159981, de 10 de abril de 1995 y Dictamen n° 346893, de 27 de noviembre de 1989, estiman que puede prohibirse un símbolo religioso cuando éste constituya un acto de proselitismo, propaganda o provocación. La determinación de alguna de estas características es una tarea delicada porque presupone una intencionalidad por parte del portador del símbolo y una actitud (generalmente de rechazo u hostil) de los demás miembros de la comunidad educativa⁸⁵⁷. Al hilo de esto último, la “provocación” que una determinada colectividad puede percibir ante un símbolo religioso, o la interpretación que del mismo pueda realizar, no nos permite justificar por sí sola la limitación de un derecho fundamental⁸⁵⁸.

Respecto a los profesores lo anteriormente dicho para los alumnos requiere de un importante matiz. Así como los alumnos constituyen un grupo de iguales, la relación del profesor con la administración pública⁸⁵⁹ y de aquel con los alumnos podríamos calificarla de especial porque el profesor asume la responsabilidad de cumplir y garantizar los objetivos de la educación constitucionalmente

participar activamente en la vida social y cultural. g) La formación para la paz, la cooperación y la solidaridad entre los pueblos.”

⁸⁵⁶ Aláez Corral (2003b), pp. 119-120.

⁸⁵⁷ Sobre el concepto de “proselitismo” *vid.* sentencia del TEDH de 13 de abril de 1993, caso *Kokkinakis c. Grecia* y el comentario a la misma de Martínez-Torrón (1994c).

⁸⁵⁸ A modo de ejemplo, situémonos en el *Apartheid* sudafricano y las limitaciones que sufrían las personas de raza negra en relación a los blancos, como utilizar los mismos medios de transporte, asistir a los mismos colegios, etc., por el hecho de que éstos últimos entendieran como una “provocación” que aquéllos pudieran compartir en condiciones de igualdad esos recursos. Evidentemente, la vulneración del derecho a no ser discriminado es claro e injustificable desde el punto de vista jurídico.

⁸⁵⁹ *Vid.* sentencia del Tribunal Constitucional 47/1990, de 20 de marzo.

establecidos lo cual incide a través de la relación con los alumnos en cuanto que el profesor debe ser referencia de un sistema plural y democrático. Por esto, la libertad religiosa del profesor manifestada en la exhibición de objetos o prendas religiosas tendrá su límite si utiliza su situación “privilegiada” como profesor con respecto de sus alumnos para adoctrinarlos.

No obstante, hay que tener en cuenta otros factores que están presentes en algunas religiones y que presentan mensajes poco compatibles con otros derechos fundamentales, distintos del de libertad religiosa. Nos referimos, por ejemplo, a la cuestión de la igualdad entre mujer y varón en el caso del Islam, y que tanta repercusión social está teniendo en los últimos años por los casos del pañuelo islámico. No es nuestra intención abordar, en unas pocas líneas, una cuestión tan compleja –que abarca un ámbito mucho más amplio que el estrictamente religioso–, por lo que advertimos que no haremos juicios concluyentes que podrían ser simples y precipitados. Sin embargo, y volviendo al papel del profesor en un centro educativo público o concertado como portador de un símbolo religioso, se nos plantea una duda relativa a lo que acabamos de apuntar. Concretamente, aunque no exista una intencionalidad adoctrinadora en el profesor, ¿podría considerarse que ante la identificación de una determinada religión, implícitamente se estaría transmitiendo mensajes poco compatibles con los derechos fundamentales apoyados o identificados por la aquella religión en cuestión? A lo que hay que añadir otra cuestión, quizás, a nuestro juicio, más importante que lo anterior: ¿podría afirmarse que el Estado, a través de la labor del docente, está apoyando los mensajes “religiosos” contrarios a los derechos fundamentales? Esta pregunta conlleva plantearse de un lado, los principios de neutralidad y la pluralidad religiosa, y del otro, el respeto a los derechos fundamentales de los demás como límite a los propios derechos. Dejando a un lado la primera cuestión, a la que nos hemos referido líneas más arriba, consideramos que el caso planteado nos lleva a la solución de conjugar el derecho de libertad religiosa, la cual ampara la actuación de personas y grupos religiosos, con el respeto por parte de éstos al sistema de derechos fundamentales, reconocido por los ordenamientos jurídicos de la gran mayoría de las sociedades democráticas. Son escasas las referencias que hemos logrado hallar sobre este asunto; citamos el caso

*Dahlab*⁸⁶⁰, donde el Tribunal federal suizo manifestó que el pañuelo musulmán era difícilmente conciliable con la Constitución⁸⁶¹. En nuestra opinión, consideramos que en el ámbito educativo, los profesores portadores de símbolos religiosos que puedan identificarse con ideas poco conjugables con el derecho a la no discriminación y a la igualdad entre hombres y mujeres, pueden ver limitado su derecho. Esta limitación tiene su base, de un lado, en la protección de los derechos del menor y, de otro, en la especial relación de representatividad entre profesor y Estado. Con ello, se evita que el Estado, a través de ese carácter representativo del profesor, apoye implícitamente lo transmitido por el docente, contraviniendo los principios constitucionales y los derechos fundamentales.

Por lo que respecta a los centros educativos privados, en estos supuestos coexisten, entre otros derechos, la libertad de creación de centros docentes (27.6 CE) que conlleva la posibilidad de establecer un ideario⁸⁶², y la libertad de los padres a elegir la educación de sus hijos conforme a sus convicciones (27.3 CE). Estos derechos junto a la libertad religiosa de alumnos y profesores hace plantearse varias cuestiones ante la exhibición de objetos religiosos.

El establecimiento de un ideario con cierta orientación religiosa o laica en un centro privado parece ser razón suficiente como para que los alumnos y sus padres asuman el mismo y no den lugar a confrontaciones por sus creencias distintas a las del ideario del centro. Igualmente sucede con los profesores, a lo que se le une su función educativa dentro de un ideario que debe respetar en cuanto componente de su trabajo⁸⁶³. Consideramos que por motivo de coherencia entre ideario/creencias de padres y alumnos/profesor es preciso que los profesores respeten dentro del marco constitucional la elección de los padres a elegir un centro con un ideario acorde con sus

⁸⁶⁰ Demanda inadmitida por el TEDH el 15 de febrero de 2001. *Vid. infra* comentario.

⁸⁶¹ *Vid. infra* comentario a la sentencia y a la cuestión del pañuelo, en general, en capítulo VII, 5.2.

⁸⁶² Art. 73.1 de la LOCE: “Los titulares de los centros privados tendrán derecho a establecer el carácter propio de los mismos, respetando, en todo caso, los principios constitucionales y los derechos reconocidos a profesores, padres y alumnos”.

⁸⁶³ *Vid.* sentencia del Tribunal Constitucional 47/1985, de 27 de marzo, sobre despido de un profesor en centro privado.

convicciones para los hijos y que sería incoherente que la educación transmitida por los profesores pudiera verse influenciada por otras creencias o ideologías distintas a las deseadas por los padres cuando han elegido ese centro educativo. Respecto de los alumnos es conveniente matizar que, en nuestra opinión, debería respetarse su libertad religiosa, y por tanto, realizar manifestaciones religiosas no proselitistas, como portar un símbolo religioso, sin que sean prohibidas o reprimidas por el colegio privado. No obstante, no nos parece una posibilidad que se cree en la práctica, puesto que la elección educativa en centros privados suele conllevar la aceptación de sus normas e ideario, y por tanto sería poco coherente con la elección del centro, contravenir sus reglas y su ideario. Ahora bien, ¿qué ocurre si –como sucede en la gran mayoría de los casos– el centro es elegido por los padres sin recabar la opinión del hijo, menor de edad, pero suficientemente maduro como para aportar su parecer? A nuestro juicio, si el hijo está en desacuerdo en asistir a un centro cuyo ideario confronta con sus convicciones, pero es conminado por sus padres a asistir a ese centro privado, consideramos que no deberá limitarse por el centro privado la manifestación religiosa no proselitista del menor, aunque difiera del carácter del centro. En este caso, no sería una actuación incoherente del menor con la elección del centro educativo, sino que estaríamos ante un conflicto de derechos entre la libertad religiosa del hijo y los derechos educativos de los padres, que debería resolverse a favor de la elección del menor maduro.

Más compleja se presenta la situación en centros privados concertados. Aunque en un principio podríamos encajar lo expuesto en relación con los centros privados, ya que un centro concertado es un centro privado con la posibilidad de establecer un ideario, el concierto educativo hace que el centro privado deba cumplir unos requisitos y someterse a distinta regulación, que en cierto modo convierte el centro en una especie híbrida privada/pública. El concierto además de implicar una aportación o descarga económica para el centro conlleva que el sistema de matrícula de alumnos se rija de forma similar a la de los centros públicos, debiendo reservarse un porcentaje de plazas, por lo que probablemente asistan alumnos que se identifiquen o no con el ideario del centro.

Por tanto, ante la exhibición de objetos o prendas religiosas se debe considerar lo expuesto para los centros públicos, teniendo en cuenta que la existencia de un ideario no es incompatible con la pluralidad religiosa de los alumnos ya que es un elemento exigible dentro del concierto, pero que los alumnos que porten objetos religiosos deben a su vez ser respetuosos y no atacar el ideario del centro. Por lo que respecta a los profesores, en principio, se podría aplicar lo mismo que para los centros públicos. No obstante, debemos tener en cuenta que el proceso selectivo de los profesores en centros concertados se realiza por los titulares del mismo, y aunque legislativamente los criterios de selección los establece el Consejo Escolar⁸⁶⁴ con base en los principios de mérito y capacidad esto no es óbice en la práctica para que se estime en el proceso de contratación la identificación del profesor con el ideario del centro aunque, *a priori*, no se plantee como un requisito exigible⁸⁶⁵.

5.2. La jurisprudencia relativa a la exhibición de objetos y prendas religiosas en la escuela.

Respecto a sentencias de tribunales españoles que hayan resuelto sobre supuestos de exhibición de objetos religiosos por alumnos y profesores son escasas. Realmente, el pronunciamiento más directo que ha resuelto un tribunal español, es el caso de la solicitud por un grupo de padres de la A.P.A del colegio público San Benito de Madrid de la retirada del crucifijo de las aulas y que resolvió el Tribunal Superior de Justicia de Madrid con una sentencia de 5 de octubre de 2002⁸⁶⁶. Aunque la sentencia no entra en el fondo del asunto, en el sentido de determinar si ha habido vulneración de la libertad religiosa de los alumnos, sí establece el órgano competente para resolver sobre el conflicto. La resolución administrativa eludió el asunto remitiendo a

⁸⁶⁴ Art. 57 b) y 60.2 de la LODE.

⁸⁶⁵ *Vid.* Aláez Corral (2003b) cuando afirma que “la exigencia en el proceso de selección, de que el candidato a profesor pertenezca a la confesión de que se trate, con independencia de su capacitación y aptitud profesional necesarias para el desempeño de la función docente en dicho centro ... conllevaría, *a priori*, una vulneración del derecho a la no discriminación por razones ideológicas o religiosas, garantizado en el art. 14 CE.” Evidentemente, nuestra postura considera probada la aptitud para la tarea docente del candidato y que su identificación con el ideario es lo que podríamos denominar un *plus* en la decisión del puesto.

⁸⁶⁶ *Vid.* comentario a esta sentencia en Moreno Botella (2003).

la potestad del Consejo Escolar⁸⁶⁷, como órgano de participación y decisorio de la comunidad escolar, para resolver sobre la retirada del crucifijo. En cambio, la sentencia del TSJ de Madrid estima que la Administración no puede ceder al Consejo Escolar la competencia exclusiva teniendo en cuenta que sus decisiones son recurribles ante la autoridad administrativa la cual debe resolver sobre el fondo de la cuestión⁸⁶⁸.

Otro caso se planteó en un colegio de Motril⁸⁶⁹, que aunque no llegó a los Tribunales sí es de nuestro interés en cuanto que se solicitaba la retirada del crucifijo de un centro escolar público porque a juicio de la asociación demandante se violentaba la libertad de conciencia de los alumnos. La Administración manifestó que la presencia del crucifijo en la escuela no suponía ninguna manifestación de la Administración que fuera contraria a la neutralidad ni ejercía influencia en los alumnos y que, en cualquier caso, la presencia de símbolos religiosos debería decidirse por el Consejo Escolar como máximo órgano de gobierno del colegio.

En este caso intervino el Defensor del Pueblo andaluz, que emitió un informe el 6 de agosto de 2001 favorable a su retirada, considerando que la existencia de símbolos religiosos en las aulas escolares "se debe circunscribir a la colocación de la misma en paredes o lugares que no supongan la extensión de su significación a todos los integrantes del aula sin distinción posible. Cuestión diferente, por tanto, será la posibilidad de que cualquier persona lleve consigo cualesquiera símbolos religiosos que identifiquen su confesión, pudiendo incluso colocarlas en aquellos lugares, como el propio pupitre en que queda clara la adscripción personal del símbolo a la persona que lo porta y no a los que los rodean, sin otra limitación que el respeto al decoro y a los principios generales de la docencia y el buen gusto" concluyendo que los "símbolos religiosos colocados en

⁸⁶⁷ La resolución del Gabinete de Asuntos Religiosos del Ministerio de Justicia e Interior, de 31 de marzo de 1995, sobre una consulta relativa a la presencia de crucifijos de la Dirección de un centro educativo público, remitió también al Consejo Escolar como órgano decisorio.

⁸⁶⁸ Cfr. con la opinión de Llamazares Calzadilla (1998) cuando afirma que "el Consejo Escolar no puede tomar decisiones contrarias a la Constitución y al principio de no confesionalidad y laicidad por ella consagrado", p. 572.

⁸⁶⁹ *Vid.* Moreno Botella (2003).

aulas donde se imparte enseñanza obligatoria puede vulnerar el derecho a la libertad religiosa de las personas y por tanto deben ser retirados cuando así lo solicite alguno de los que se consideren afectados”⁸⁷⁰.

Esta solución, que manifiesta la neutralidad del Estado en las aulas públicas y el respeto a los profesores y alumnos a que porten símbolos religiosos como expresión de su libertad religiosa la consideramos acertada, aunque no los límites referidos a estos últimos en términos de respeto al decoro y al buen gusto que jurídicamente no tienen validez por no estar establecidos en las leyes y ser subjetivos, operando los límites propios para el derecho de libertad religiosa.

Centrémonos ahora en cuestiones concretas respecto de la libertad religiosa del menor de edad en cuanto portador de objetos o prendas de carácter religioso y como sujeto pasivo de la exhibición de esos objetos o prendas por parte de otras personas (otros alumnos o profesores). Cabe plantearnos ¿cuáles son los límites a la manifestación religiosa a través de objetos o prendas? y en supuestos como el pañuelo islámico, ¿cuál es el papel de los padres y cómo se valora la capacidad de la menor sobre la decisión de llevarlo?

En cuanto a la primera cuestión relativa a los límites a la manifestación religiosa a través de prendas y objetos religiosos nos remitimos a la parte de nuestro trabajo en el que tratamos los límites al derecho de libertad religiosa⁸⁷¹ y a lo referido anteriormente en este epígrafe sobre los alumnos y profesores en centros privados o públicos. Solamente señalar, a modo de resumen, que los límites establecidos en resoluciones tanto administrativas como judiciales y en nuestras normas se concretan en el adoctrinamiento y el proselitismo del que puedan ser objeto el resto de la comunidad educativa. Esto conllevaría una voluntariedad por parte del portador del símbolo religioso que no siempre es deducible del mero hecho de su exhibición⁸⁷². A ello cabe añadir que el principio de neutralidad y la pluralidad religiosa junto con el principio de desarrollo de la

⁸⁷⁰ Vid. opinión de Robbers (1998), p. 204, sobre la cuestión del crucifijo en escuela pública de Baviera. Sobre esto, también *vid. supra* capítulo VII, 5.1.

⁸⁷¹ *Vid supra* capítulo V.

⁸⁷² *Vid. Kokkinakis c. Grecia* y comentarios a esta sentencia sobre el proselitismo en Martínez-Torrón (1994c).

personalidad propician que el menor de edad manifieste a través de símbolos religiosos sus creencias y que ante ello, otros menores lo contemplen como propio de esa pluralidad y diversidad fomentando el conocimiento y el respeto a creencias o convicciones distintas de las propias.

Por otra parte, una cuestión que va surgiendo cada vez más en los centros educativos españoles es el supuesto de alumnas musulmanas que acuden a clase con el pañuelo islámico, aunque todavía no conocemos ningún caso que haya llegado a los Tribunales. Sí adquirió gran difusión en los medios de comunicación el caso de una niña musulmana en San Lorenzo de El Escorial (Madrid) que tras la polémica sobre su pañuelo suscitada en el centro privado concertado al que asistía fue trasladada a una escuela pública solventándose el problema⁸⁷³. Los hechos tuvieron lugar en el curso 2001/02, cuando tras la falta de plaza en un centro escolar público, la Administración derivó a Fátima E., de 13 años de edad, a un centro privado concertado de ideario religioso católico. El conflicto se suscitó en febrero de 2002 cuando el centro escolar dio parte a la Inspección educativa de la CAM por la falta de escolarización de Fátima, ya que no acudió a clase porque su colegio le prohibía asistir a clase portando su pañuelo islámico. El padre de Fátima alegaba que no estaba de acuerdo ni con el ideario religioso del centro ni con la obligatoriedad de llevar un uniforme que no contemplaba la posibilidad de portar el pañuelo. En cuanto a la primera cuestión, el centro advirtió que la asignatura de religión podría ser dispensada ante su solicitud, mientras que por lo respecta al pañuelo, los servicios sociales del Ayuntamiento propusieron que Fátima fuese hasta la puerta del colegio con el pañuelo y habilitar un espacio en el centro para que pudiese vestirse conforme a los requerimientos del colegio. Evidentemente, esto último no fue aceptado por la familia, ya que no se solucionaba el verdadero problema. Mientras que el expediente se sustanciaba, la CAM remitió a la menor a un centro escolar público, donde la directora del mismo se opuso a que la alumna fuese portando el pañuelo, en lo que consideraba expresión de discriminación sexual, contrario a la Constitución, solicitando al Consejo Escolar una decisión prohibiendo su uso. Ante ello, la Consejería dispuso que la niña asistiera a clase en

⁸⁷³ *Vid.* comentarios en Cañamares (2003), pp. 185-188, así como las referencias citadas.

el colegio público vistiendo su pañuelo alegando, entre otros motivos, que el derecho a la educación de la menor primaba sobre cualquier otra cuestión, lo que consideramos una postura acertada en aras del interés del menor.

Nos resulta de interés detenernos en estos supuestos, pese a no existir jurisprudencia española al respecto y contar con escasas resoluciones en el ámbito de derecho comparado. Las más conocidas son la decisión del Consejo de Estado francés de 27 de noviembre de 1989 en la tres alumnas magrebíes acudían al liceo ocultando su cabeza y parte del rostro con el *chador*. Ellas se negaron a dejar de llevarlo por razones religiosas ante la protesta de alumnos que lo consideraban un gesto proselitista. La decisión del Consejo de Estado estimó que el hecho de portar signos religiosos no era contrario en sí mismo al principio de laicidad del Estado salvo que por la forma de llevarlo o por ser ostentoso fuese un acto de provocación, proselitismo o propaganda en cuyo caso se vulneraría los derechos de los demás, comprometiera la seguridad o la salud o perturbara el funcionamiento normal del servicio público⁸⁷⁴.

Otra resolución, esta vez contenciosa, del Consejo de Estado francés sobre un caso similar fue la sentencia de 2 de noviembre de 1992⁸⁷⁵, que revoca la expulsión de tres alumnas por el consejo de administración del colegio. La sentencia viene a confirmar la línea de la decisión de 27 de noviembre de 1989, estableciendo que el consejo de colegio había vulnerado el principio de no discriminación y laicidad ya que el reglamento del centro escolar prohibía taxativamente cualquier exhibición de símbolos que indiquen las creencias de quienes los llevan, y esto según la sentencia del Consejo de Estado vulneraba los derechos de los alumnos.

Vemos como los casos relativos a menores de edad como sujetos portadores de los símbolos religiosos en escuelas públicas son resueltos a su favor permitiendo la exhibición del objeto o prenda como manifestación de su religiosidad.

⁸⁷⁴ Vid. comentario en Navarro-Valls y Martínez-Torrón (1997), pp. 204-206, Briones Martínez (1996), pp. 261-263, Llamazares Calzadilla (1998), pp.565-569.

⁸⁷⁵ Navarro-Valls y Martínez-Torrón (1997), pp. 205-206. Briones Martínez (1996), pp. 259 y ss.

No obstante, en Francia, esta situación ha tomado un giro radical en virtud de la conocida como “Ley del velo”, aprobada el 10 de febrero de 2004 por abrumadora mayoría, prohíbe en las escuelas la exhibición de símbolos religiosos de toda la comunidad educativa, incluidos, por tanto, los alumnos⁸⁷⁶.

Esta apreciación cambia cuando los casos se refieren a los profesores. Uno de los supuestos más recientes en el ámbito del Tribunal Europeo de derechos humanos es la decisión sobre la admisibilidad en el caso *Dahlab c. Suiza* de 15 de febrero de 2001⁸⁷⁷.

La demandante, Lucia Dahlab trabajaba como profesora en un centro educativo público de enseñanza primaria y se había convertido al Islam, mostrándose con el pañuelo islámico en sus clases. Después de varios años y sin que previamente hubiese habido quejas ni de la dirección del centro, de padres, ni de alumnos, le fue prohibido por la directora general de enseñanza del cantón de Ginebra que vistiera el pañuelo en su función docente. Las razones que se aducían era la aplicación de una ley cantonal que establecía el carácter laico de los centros públicos. La profesora recurrió y el Tribunal Federal ratificó la prohibición de la autoridad administrativa. El TEDH inadmite la demanda estimando los fundamentos alegados por la Administración y el Tribunal suizos. En primer lugar, y con base en la ley cantonal, se estimaba que la restricción del pañuelo no atentaba la libertad religiosa de la profesora porque al tratarse de un símbolo “fuertemente” religioso se podía vulnerar el derecho de libertad religiosa de los alumnos, en un colegio en el que asistían alumnos con distintas culturas. Por lo que la prohibición a los profesores de llevar símbolos “ostentosos” respondía a la necesidad de mantener una neutralidad religiosa en un ambiente, el escolar, donde los profesores son una referencia que a través de su función educadora ejercen influencia a sus alumnos⁸⁷⁸, sobre todo, si son de corta edad. Por ello,

⁸⁷⁶ Vid. informe Stasi.

⁸⁷⁷ Dec. Adm. 42393/98.

⁸⁷⁸ En la jurisprudencia norteamericana un caso similar se planteó en *Cooper v. Eugene School District n° 4j*, 301 Or. 368, 723 P.2s 298 (1986), *appeal dismissed*, 480 U.S. 942 (1987), en el que una profesora de un centro educativo estatal quería mantener su vestido y turbante blancos. Amonestada por suspendida de empleo y sueldo y revocado su certificado de enseñanza. La Corte suprema de Oregón confirma esta decisión afirmando que era para dar cumplimiento a la neutralidad religiosa en la escuela pública, además de que se ejercía una influencia

el TEDH establece que la prohibición está justificada en una sociedad democrática, para proteger el derecho de los alumnos de la escuela pública a recibir la enseñanza en un contexto neutral (derechos de los demás) y el orden público.

Varias son las cuestiones que nos planteamos ante esta resolución. Por un lado, los parámetros para que la administración o un tribunal califique a un símbolo religioso como “fuerte” o “discreto” y, por otro lado, la interpretación de la neutralidad religiosa en los centros docentes bajo la no presencia de símbolos religiosos en el centro ni por los profesores. A ello, queremos añadir aunque no se refiera directamente el TEDH, el comentario del tribunal federal sobre el carácter discriminatorio del pañuelo islámico.

Sobre la primera cuestión, es evidente que la notoriedad de un símbolo o prenda religiosa va a depender del tamaño o de su situación en el cuerpo y no tiene el mismo “impacto” con respecto a otras personas, la presencia de una sotana o un velo que una pequeña joya en forma de cruz o estrella de David bajo una camisa. De todos modos, consideramos que la apreciación en algunos casos puede resultar demasiado subjetiva y sin sujeción a ninguna norma que la que se pueda deducir con claridad los símbolos y los motivos de la calificación de “ostentosa” o “notoria”. En nuestra opinión, la restricción del símbolo tendría su base más en el interés que persigue la persona que lo porta, es decir, si es simplemente expresión de su religiosa sin más pretensiones, o si por el contrario, se puede deducir de su actitud su carácter proselitista o de presión a otras personas, lo cual sí podría constituir vulneración del derecho de los demás. En el caso *Dahlab* parece que el TEDH ha sido demasiado benevolente con la apreciación estatal del símbolo⁸⁷⁹, porque la profesora portaba el pañuelo durante cinco años, hasta que se lo prohibió la directora general de enseñanza primaria del cantón de Ginebra, sin recibir ninguna queja ni de padres ni de alumnos y sin causar problemas en el colegio por ello. En relación al caso que nos ocupa, habría que añadir que lo determinante no sea tanto la ostentoriedad del símbolo como la especial relación de profesor/alumno menor de edad, en cuanto

en los alumnos a través de un medio indirecto de adoctrinamiento. *Vid.* Palomino (1994) pp. 227-231, en el que el autor comenta éste o otros casos similares en EE.UU.

⁸⁷⁹ Martínez-Torrón (2003).

referencia educativa y de influencia en la formación de la personalidad del menor, que justificaría la restricción. En este sentido, el TEDH al resolver el caso *Larissis*⁸⁸⁰ relativo a los límites al proselitismo en ámbitos especiales, como las fuerzas armadas, considera que dichas restricciones son legítimas en una relación entre superior y subordinado. Esta conclusión puede ser aplicable al ámbito educativo en la relación profesor-alumno, en cuanto que las restricciones a la actividad proselitista se justifica para evitar el riesgo de que los subordinados, en este caso, los alumnos, puedan actuar presionados por la acción de sus superiores, los profesores.

Esto último nos permite engarzar con la neutralidad religiosa de los centros privados para preservar la “paz religiosa” y el respeto a la pluralidad. Precisamente, consideramos que es una fórmula artificiosa la pretendida “asepsia” religiosa de los profesores en cuanto portadores de símbolos religiosos, ya que en nuestra opinión, se está privando a los alumnos de experimentar una verdadera situación plural con la presencia de otras culturas y religiones que más que violentar sus derechos, fomentaría una verdadera educación plural a través de su conocimiento y respeto mutuo.

Finalmente no queremos concluir el tema del pañuelo islámico sin referirnos a la polémica que causa, no ya como símbolo religioso, sino como símbolo del sometimiento de la mujer al hombre. Evidentemente, este no es una cuestión que debamos tratar en nuestro trabajo, pero creemos de interés hacer algunas precisiones sobre ello en lo que afecta a la manifestación religiosa por parte de las mujeres musulmanas. En el caso *Dahlab* el Tribunal Federal suizo consideraba que el pañuelo musulmán era difícilmente conciliable con la igualdad de hombres y mujeres, valor fundamental establecido en la Constitución⁸⁸¹. Efectivamente, en una sociedad democrática occidental cabe la interpretación del pañuelo como símbolo de

⁸⁸⁰ *Larissis y otros c. Grecia*, 24 de febrero de 1998. Vid. comentario en Martínez-Torrón (2001b), p. 117.

⁸⁸¹ “Par ailleurs, force est de constater que le port du foulard est difficilement conciliable avec le principe de l’égalité de traitement des sexes (cf. Sami Aldeeb, *Musulmans en terre européenne*, PJA 1/96 p. 42 ss, spéc. lettre d p. 49). Or, il s’agit là d’une valeur fondamentale de notre société, consacrée par une disposition constitutionnelle expresse (art. 4 al. 2 Cst.), qui doit être prise en compte par l’école.”

desigualdad entre hombre y mujer, que conlleva para su “remedio” la restricción del pañuelo. No obstante, opinamos que esta interpretación adolece de cierto paternalismo y de presunciones que no tienen porque ser ciertas. Es decir, el afán “protector” de la sociedad occidental donde rige, entre otros, el principio de igualdad, se materializa en liberar del yugo del pañuelo a las mujeres musulmanas que por ellas mismas no son capaces de hacer. Esta interpretación puede presuponer que toda mujer portadora de un pañuelo es una mujer sometida al hombre que es obligada por precepto religioso o simplemente con base en una costumbre sin considerar que puede llevarlo por decisión libre y voluntariamente. Es en esto último donde radica la clave o el límite, que en nuestra opinión, debería valorarse: que el acto de vestir un pañuelo o cualquier símbolo religioso sea un acto libre y voluntario, de tal forma que una mujer obligada a portar el pañuelo de ningún modo podría considerarse un ejercicio de su libertad religiosa, ya que el ejercicio de cualquier derecho conlleva un elemento volitivo, así como *sensu contrario*, una mujer musulmana puede llevar por decisión propia el pañuelo como símbolo de sus creencias sin que ello suponga un sometimiento al hombre. Reducir la cuestión del pañuelo musulmán a una cuestión simplemente de género que hay que solucionar mediante su erradicación nos parece tratar el asunto desde una perspectiva equivocada que, precisamente, pretende solucionar “un problema” sin contar con las propias afectadas y cuestionar la capacidad decisoria de la mujer musulmana. Cuando lo que realmente hay que analizar no es el símbolo en sí sino lo que mueve a llevarlo. En estos casos, si se impone a la mujer el uso del pañuelo se estaría vulnerando sus derechos no sólo como una cuestión de discriminación por razón de sexo, sino como cualquier persona que es compelida a realizar un acto en contra de su voluntad. Por tanto, creemos que el uso del pañuelo se encuadra en el derecho de la libertad religiosa como una manifestación de las creencias que deberá ser ejercido libre y voluntariamente con los únicos límites establecidos por las leyes⁸⁸².

Al hilo de esto, recientemente, el Tribunal Constitucional alemán se ha vuelto a pronunciar sobre un caso de una trabajadora musulmana que fue despedida de su trabajo por portar el pañuelo. La sentencia de 30 de julio de 2003⁸⁸³ conoce del recurso presentado por la empresa,

⁸⁸² *Vid. supra* capítulo V.

⁸⁸³ 1 BvR 792/03. Comentada por López-Sidro (2003a).

unos grandes almacenes en el *Land* de Hesse, en la que trabajaba una mujer como dependienta de la sección de perfumería. Aunque la mujer llevaba varios años trabajando en la empresa vistiendo a la manera occidental, tras un permiso de maternidad, invocando sentimientos religiosos, se negó a acudir a su puesto de trabajo de otra forma que no fuese portando su pañuelo islámico. La empresa no aceptó la postura de la trabajadora procediendo a despedirla, alegando perjuicios económicos derivados de la incidencia que pueda tener ante los clientes, habitantes de una ciudad pequeña, en su mayoría de origen rural, una vendedora con pañuelo islámico. La sentencia del Constitucional vino a confirmar los argumentos de la sentencia del Tribunal Federal del Trabajo (*Bundesarbeitsgericht*) que denegaba la causa de despido, dando la razón a la trabajadora.

Los argumentos clave que daban ambos tribunales era que en la ponderación de derechos (libertad religiosa de la empleada y libertad de empresa) se concluía, primero, que no quedaba demostrado la falta o disminución de la capacidad laboral de la trabajadora; segundo, que ante el “impacto” en las ventas por vestir el pañuelo, se podría recolocar en otra sección u otro puesto a la trabajadora, no necesariamente de cara al público y, tercero, no quedaba demostrado que la exhibición del pañuelo islámico por una vendedora podría disminuir las ventas, ya que la empresa se basaba en conjeturas y no en datos económicos reales.

Se trataba por tanto, de un caso en el que se discriminaba a la trabajadora por motivos religiosos sin aportar pruebas suficientes que podrían justificar un despido procedente⁸⁸⁴.

⁸⁸⁴ En el ámbito del Consejo de la Unión Europea, la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, afirma en el párrafo 12 del Preámbulo que “Se deberá prohibir en toda la Comunidad cualquier discriminación directa o indirecta por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual en los ámbitos a que se refiere la presente Directiva.”. Citada por López-Sidro (2003a).

5.3. Conclusiones.

Condensando todo lo expuesto anteriormente, por lo que respecta a los profesores, la cuestión de la exhibición de objetos religiosos en la escuela, a diferencia de otros ámbitos, como el laboral, está caracterizado por la relación especial entre el profesor y el Estado, en centros educativos públicos, y entre el profesor y los alumnos. Los motivos son que el profesor, por un lado, actúa como garante del principio de neutralidad del Estado y por otro lado, por la influencia que ejerce como educador y referente en los alumnos. En los centros privados, esta relación especial no se realiza con el Estado sino con el ideario del centro.

Mientras que en ambos supuestos (centro público/centro privado), y siempre en el caso de los profesores, se pueda fundamentar la existencia de límites al ejercicio de la libertad religiosa tomando como base la neutralidad o el carácter del centro, consideramos que respecto a los alumnos, tanto de centros públicos como privados, lo determinante es el respeto a los derechos de los alumnos y que éstos o sus padres se manifiesten en este sentido, con las consiguientes matizaciones que ya realizamos sobre los alumnos de centros privados.

En conclusión, el ejercicio de la libertad religiosa a través de la exhibición de símbolos o prendas sean profesores o alumnos debe respetarse sin más límites que los establecidos legalmente, destacando que el límite del adoctrinamiento o la provocación a los demás no se infiere del simple hecho de portar un símbolo religioso.

Precisamente, el respeto a la neutralidad y a la pluralidad en una sociedad democrática junto con la finalidad educativa del pleno desarrollo de la personalidad, propician que los menores (y también los profesores) porten símbolos religiosos como expresión de su religiosidad y que otros menores lo observen como algo innato y enriquecedor de dicha pluralidad, fomentando el conocimiento y el respeto por otras creencias y culturas.

6. OTROS SUPUESTOS.

También dentro de la esfera educativa se han suscitado casos de objeción de conciencia y conflictos con la libertad religiosa de los alumnos que no son relativos ni a enseñanza religiosa ni a contenidos de asignaturas, sino que se enmarcan en un ámbito más amplio relativo al entorno escolar.

Un primer grupo de supuestos se refieren a las objeciones de conciencia de alumnos y sus padres pertenecientes a los Testigos de Jehová ante actividades del centro escolar consistentes en conmemoraciones y saluciones a la bandera nacional, actos que son contrarios a sus convicciones. Casos que, aunque no se han suscitado en el ámbito jurídico español, nos parece de interés porque suponen la confrontación de los derechos de los padres y los alumnos con los intereses del Estado en supuestos distintos de los contenidos de asignaturas o sobre la enseñanza religiosa en los que es difícil determinar los límites, como p. ej., cuándo se produce el adoctrinamiento. Otro grupo de casos abordan la cuestión de los límites a la libertad de expresión a través de la edición de libros educativos para ser utilizados también en la escuela, cuyo contenido puede violentar la libertad religiosa de sus destinatarios y los padres. Por tanto, no se trata tanto de cuestiones de objeción de conciencia, sino de determinar como entran en juego los límites a determinados derechos (como la libertad de expresión) para la protección del menor. En este sentido, el artículo 20 de nuestra Constitución, relativo a la libertad de expresión y de cátedra establece que “estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, *especialmente*, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.”⁸⁸⁵

El tratamiento jurisprudencial de ambas cuestiones se centra en resoluciones de la Comisión y el Tribunal Europeo de derechos humanos. No obstante, vamos a referirnos a las sentencias estadounidenses y mexicanas, donde se han dado mayormente los casos de objeción a los saludos a la bandera por Testigos de Jehová.

⁸⁸⁵ La cursiva es nuestra.

Por lo que respecta al primer grupo de supuestos, el TEDH resolvió dos casos especialmente relevantes en *Valsamis y Efstratiou*, ambos contra Grecia, con fecha 18 de diciembre de 1996.

Los dos casos tuvieron lugar en las mismas circunstancias. Dos alumnas, Sophia Efstratiou y Victoria Valsamis, pertenecientes a los Testigos de Jehová, debían tomar parte, al igual que el resto de sus compañeros, en una actividad escolar consistente en el desfile conmemorativo del Día Nacional el 28 de octubre, fecha en la que finalizó la guerra entre Grecia e Italia en 1940.

Los padres de las alumnas, al comienzo del curso escolar, ya habían presentado un escrito en el que solicitaban la exención de la clase de religión y la asistencia a otros eventos contrarios a sus creencias, incluyendo las celebraciones nacionales. Sin embargo, la exención fue reconocida para lo primero solamente.

Llegado el momento, ambas alumnas, que entonces tenían doce y catorce años, objetaron a asistir a la celebración alegando motivos religiosos. Por este hecho, Victoria Valsamis fue sancionada con un día de suspensión y Sophia Efstratiou con dos días.

Los demandantes acudieron a la Comisión alegando la vulneración de los artículos 3, 9 y 13 en conjunto con el artículo 2 del Protocolo 1. La Comisión declaró la demanda admitida con base en el artículo 13 conjuntamente con los artículos 9 y 2 del Protocolo 1 y con la inclusión de cuatro votos particulares en el caso *Valsamis* y cinco en el *Efstratiou*.

Los padres sostenían que el artículo 2 del protocolo 1 establecía su derecho como padres a educar a sus hijos en sus convicciones, y consideraban que las marchas conmemorativas vulneraban sus convicciones religiosas.

Por otra parte, el gobierno griego interpretaba que la conmemoración en cuestión no tenía ningún carácter militar que pudiera ofender las posturas pacifistas y religiosas de las alumnas. Afirmaba por contrario, que la misma exaltaba los valores de democracia, libertad y derechos humanos que basaban el nuevo orden creado tras la guerra.

El Tribunal en la resolución de los casos, no enfocó el punto a resolver en el derecho a la educación de las alumnas, que verdaderamente no se vulneró, sino en analizar si las razones alegadas podrían considerarse insertas en el concepto de “convicciones” (artículos 9 del convenio y 2 del protocolo 1), en aras a objetar con base en ellas en el ámbito educativo. Para ello, el Tribunal se apoya en otras de sus resoluciones en las que se trató dicho concepto, y en las que las “convicciones” no pueden considerarse meras opiniones o ideas, sino que adquieren cierto nivel de seriedad, cohesión e importancia para la persona⁸⁸⁶, debiendo ser estas respetadas por el Estado para proteger a las minorías de un posible abuso por parte de la posición dominante⁸⁸⁷.

No obstante, el Tribunal no consideró, tomando la opinión del gobierno griego, que el acto conmemorativo tuviera contenido militar que pudiese ofender las convicciones religiosas de las alumnas, y que la asistencia al mismo vulnerara el derecho de los padres a educar a sus hijas conforme a sus convicciones⁸⁸⁸.

Por otra parte, respecto de la vulneración del artículo 9 sobre libertad de pensamiento, conciencia y religión, la Comisión consideró que dicho artículo no confería un derecho a objetar de normas que se aplicaran de forma neutral y que, en este caso, no vulneraban el

⁸⁸⁶ *Campbell y Cosans c. Reino Unido*, 25 de febrero de 1982, para. 36.

⁸⁸⁷ *Campbell y Cosans c. Reino Unido*, 25 de febrero de 1982, para. 37, *Young, James and Webster c. Reino Unido*, de 31 de agosto de 1981, para. 63.

⁸⁸⁸ *Efstratiou*, para. 32 y *Valsamis*, para. 31: “. While it is not for the Court to rule on the Greek State's decisions as regards the setting and planning of the school curriculum, it is surprised that pupils can be required on pain of suspension from school - even if only for a day - to parade outside the school precincts on a holiday. Nevertheless, it can discern nothing, either in the purpose of the parade or in the arrangements for it, which could offend the applicants' pacifist convictions to an extent prohibited by the second sentence of Article 2 of Protocol No. 1 (P1-2). Such commemorations of national events serve, in their way, both pacifist objectives and the public interest. The presence of military representatives at some of the parades which take place in Greece on the day in question does not in itself alter the nature of the parades. Furthermore, the obligation on the pupil does not deprive her parents of their right "to enlighten and advise their children, to exercise with regard to their children natural parental functions as educators, or to guide their children on a path in line with the parents' own religious or philosophical convictions" (see, *mutatis mutandis*, the *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen* judgment cited above, p. 28, para. 54).”

derecho a manifestar la religión o creencias de las demandantes⁸⁸⁹. A ello, el Tribunal añade que las alumnas fueron exentas de la clase de religión y que así se respetaron sus creencias religiosas, por lo que ni asistencia al acto conmemorativo ni la sanción disciplinaria impuesta vulneraron su derecho a la libertad religiosa⁸⁹⁰.

Finalmente, el Tribunal de acuerdo con la Comisión, resuelve que ha existido vulneración del artículo 13 en relación con los artículos 9 y 2 del protocolo 1, ya que los demandantes no tuvieron un recurso efectivo ante la autoridad griega donde alegar la vulneración de sus derechos antes de acudir a la Comisión de derechos humanos.

En vista de la resolución, y para lo que a nosotros nos interesa, observamos que el criterio interpretativo tanto del artículo 9 como del 2 del protocolo 1 sigue en la línea restrictiva del caso *Kjeldsen*, con el agravante, en nuestra opinión, de que el Tribunal entra en el resbaladizo terreno de establecer cuando una norma o acto de la autoridad pública se considera susceptible o no de vulnerar las convicciones de las personas. Y esto porque, aunque es conveniente determinar un concepto de “convicciones” en aras a una mejor apreciación de los derechos y a fin de evitar abusos, no debe dejarse en manos de los jueces ni de ningún órgano con capacidad decisoria la “facultad” de determinar que es y no es “religioso” y mucho menos decidir cuando una norma o acto puede afectar las convicciones de una persona, ya que esto pertenece al fuero interno del individuo⁸⁹¹. Es en estos casos, cuando se produce una intrusión por parte del

⁸⁸⁹ *Efstratiou*, para. 37, *Valsamis*, para. 36: “The Commission considered that Article 9 (art. 9) did not confer a right to exemption from disciplinary rules which applied generally and in a neutral manner and that in the instant case there had been no interference with the applicant's right to freedom to manifest her religion or belief.”

⁸⁹⁰ *Efstratiou*, para. 38, *Valsamis*, para. 37: “The Court notes at the outset that Miss Valsamis was exempted from religious education and the Orthodox Mass, as she had requested on the grounds of her own religious beliefs. It has already held, in paragraphs 31-33 above, that the obligation to take part in the school parade was not such as to offend her parents' religious convictions. The impugned measure therefore did not amount to an interference with her right to freedom of religion either (see, in particular, the *Johnston and Others v. Ireland* judgment of 18 December 1986, Series A no. 112, p. 27, para. 63).”

⁸⁹¹ Sobre la sustitución del juicio individual de la conciencia por parte del TEDH y el peligro que entraña para las minorías religiosas *vid.* Martínez-Torrón (2001b), pp. 125-128.

Estado en el ámbito interno del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión de la persona, algo que se considera sustraído de regulación por el derecho⁸⁹².

Por otra parte, otros supuestos de objeción de conciencia por parte de miembros de Testigos de Jehová en el ámbito educativo son los conocidos como *flag salute cases* en EE.UU. y México⁸⁹³. Los saludos a la bandera, si bien es un acto dentro del ámbito escolar público ajeno a nuestros centros educativos⁸⁹⁴, consideramos de interés referirnos brevemente a él en cuanto suponen casos de objeción de conciencia por ser contrarios a las creencias religiosas de los alumnos. La negativa de algunos alumnos, testigos de Jehová, a participar en la ceremonia periódica de saludo a la bandera nacional se basa en la connotación idolátrica que este acto conlleva según su doctrina religiosa. La consecuencia es la expulsión del colegio como medida sancionadora.

Un primer caso estadounidense, *Minersville School District v. Gobitis*⁸⁹⁵, resolvió en contra de los Testigos de Jehová, aunque posteriormente, el Tribunal Supremo con una nueva línea doctrinal marcada en el caso *West Virginia Board of Education v. Barnette*⁸⁹⁶ consideró que no se podía imponer la obligación de participar en la ceremonia de saludo a la bandera porque ello supondría la imposición de una declaración de convicciones contrario a la libertad religiosa y a la libertad de expresión⁸⁹⁷.

Contrariamente, los supuestos similares suscitados en México, planteados también por Testigos de Jehová con la misma consecuencia de expulsión del centro educativo, fueron resueltos por

⁸⁹² *Vid. supra* capítulo IV, 1.

⁸⁹³ 319, U.S. 642 (1943).

⁸⁹³ *Vid.* especialmente el pormenorizado trabajo sobre el tema de Martínez-Torrón (2000). También del mismo autor (1985), Navarro-Valls y Martínez-Torrón (1997), pp. 207 y ss, Navarro-Valls y Palomino (1994), pp. 1148-1149. Sólo sobre los casos mexicanos *vid.* Soberanes Fernández y Melgar Adalid (1998), pp. 250 y ss.

⁸⁹⁴ No así en otros países, además de EE.UU. y México, en Canadá, Argentina, India o Filipinas. Sobre ellos, *vid.* Martínez-Torrón (2000).

⁸⁹⁵ 310, U.S. 586 (1940).

⁸⁹⁶ 319, U.S. 642 (1943).

⁸⁹⁷ Navarro-Valls y Martínez-Torrón (1997), p. 208 y Morán (1989), pp. 85-86.

la Comisión Nacional de derechos humanos y la autoridad administrativa con la Circular nº 001/92 de la Secretaría de Educación Pública, de 15 de octubre de 1992 y con un Acuerdo de la misma Secretaría de 28 de septiembre de 1992.

Por una parte, la conclusión de la Comisión fue contraria a la objeción de los alumnos por considerar su acción una falta de respeto a los símbolos del país, en lo que consideramos que la Comisión establecía como límite a la libertad religiosa de los menores un “supremo interés del Estado” en proteger su símbolos identificativos. Ahora bien, estimaba que la expulsión del centro escolar era una medida demasiado severa que conducía a restringir el derecho a la educación de los niños. Por tanto, la medida más equilibrada que se halló y que recogieron la Orden y el Acuerdo de la Secretaría, fue establecer como sanción la rebaja en la nota (dos puntos) correspondiente a asignaturas de “Civismo” o “Conducta”.

En opinión de Martínez-Torrón se produce una discriminación indirecta de los alumnos como efecto de la aplicación de una ley con obligaciones civiles, pero que resulta imposible de cumplir para quienes poseen determinadas creencias, por lo que habría que “evitarse completamente la imposición de sanciones por esa conducta pasiva, siempre que no vaya acompañada de falta de respeto o de la tentativa de inducir a otros compañeros a seguir un comportamiento análogo”⁸⁹⁸. Además se una vulneración de la libertad religiosa del menor la imposición de sanciones disciplinarias y que se discrimina a estos alumnos en razón de sus creencias, ya que se les obliga a elegir entre cumplir una ley civil o ser fiel a sus creencias. A estas consideraciones hay que sumarle que no existe un interés superior del Estado en restringir el derecho de los alumnos, ya que éstos con su actitud no impiden al resto de la comunidad educativa participar de la ceremonia; además esta conducta omisiva no debe significar automáticamente el rechazo o la falta de respeto a los símbolos patrios.

En nuestra opinión, consideramos más acertada la solución estadounidense ya que, en la ponderación de los intereses en juego (respeto a los símbolos patrios y libertad religiosa de los menores)

⁸⁹⁸ Martínez-Torrón (2000).

debe existir una razón enérgica para limitar el derecho personal a favor del Estado. Esa razón podría ser cuando la objeción de los menores vulnerasen o impidiesen el ejercicio de derechos a otras personas, que en vista de la conducta omisiva, no participativa, no interrumpe que los demás alumnos la realicen ni tampoco atacan activamente dichos símbolos, por lo que la objeción debería ser reconocida sin sanción alguna.

El segundo grupo de supuestos a los que nos vamos a referir, como hemos advertido, son casos que directamente no se plantean en el ámbito escolar, sino que hacen referencia a una herramienta educativa, un libro sobre educación sexual, para ser utilizada además de por los padres, por maestros y otros educadores, de los que destacamos la actuación del límite a la libertad de expresión basado no tanto en la vulneración de la libertad religiosa y el derecho a la educación de los padres conforme a sus propias convicciones, sino en la protección del menor.

Se trata del caso *Handyside c. el Reino Unido* con fecha 7 de diciembre de 1976. Los hechos se resumen en que el demandante, Richard Handyside, adquirió los derechos del libro sobre educación sexual *The Little Red Schoolbook*, original danés de Hansen y Jensen.

Tras numerosas denuncias sobre los contenidos del libro⁸⁹⁹ las autoridades inglesas decidieron paralizar su distribución basada en la *Obscene Publications Act* de 1959 y la misma de 1964, aunque numerosos ejemplares estaban en circulación, incluyendo algunos colegios.

El sr. Handyside alegó ante la Comisión la vulneración de los artículos 7, 9, 10, 13 y 14 del Convenio y el artículo 1 del protocolo 1. La Comisión en la decisión de 4 de abril de 1974 aceptó la demanda basada en los artículos 10 y 1 del protocolo 1, pero no del resto de los

⁸⁹⁹ Según la sentencia el índice del libro se componía de un capítulo específico para los alumnos de 26 páginas en las que se trataba “El sexo” con los siguientes subcapítulos: “masturbación, orgasmo, anticonceptivos, menstruación, los exhibicionistas o “viejos verdes”, pornografía, impotencia, homosexualidad, “lo normal” y “lo anormal”, enfermedades venéreas, aborto legal e ilegal, métodos para abortar y direcciones para asesoramiento y educación sexual.” Para. 20 de la sentencia.

artículos que no se examinaron en la sentencia, excluyendo así la vulneración de la libertad de pensamiento, conciencia y religión, la cual no la consideraron relevante en el presente caso. No obstante, sí se examinó desde el punto de vista de la vulneración del derecho a la libertad de expresión (artículo 10)⁹⁰⁰. El Tribunal basándose en el párrafo segundo del mismo artículo afirma que la decisión tomada por los tribunales ingleses fue con base en las leyes y no arbitrariamente, además de recordar que todos los derechos, incluidos los del Convenio tienen límites que se aplican para proteger la moral pública y los derechos de los demás⁹⁰¹.

En este sentido traemos a colación las sentencias del TEDH *Otto Preminger Institut c. Austria*, 20 septiembre 1994, y *Wingrove c. Reino Unido*, 25 noviembre 1996. Ambas sentencias, relativas a un conflicto entre el contenido de algunas películas y las leyes sobre blasfemia, nos resultan de interés en cuanto que la libertad de expresión cede en la medida en que afecta a sentimientos religiosos⁹⁰².

El Tribunal en ambos casos consideró que la libertad de expresión (art. 10 CEDH) no es un derecho ilimitado teniendo como límite el respeto a los derechos de los demás, en el que se incluye la libertad religiosa, que se interpreta en el sentido de no causar ofensas gratuitamente que no aportan nada a la sociedad, sino violentar a otras personas y transgredir sus derechos, aunque ello no significa que los creyentes no deban tolerar un grado de crítica para hacer posible el ejercicio de la libertad de expresión de otras personas⁹⁰³.

⁹⁰⁰ Igual que en el caso planteado ante el Tribunal Constitucional español en 1982 sobre el mismo libro. El demandante también alegó la vulneración de los mismos derechos, libertad de expresión, artículo 20 y libertad ideológica y religiosa, artículo 16 de la Constitución.

⁹⁰¹ Para. 44-47 de la sentencia. El Tribunal Supremo español con fecha 24 de julio de 1982, resolvió un recurso contra el mismo libro tras su publicación en España, en la que citaba la resolución del Tribunal Europeo que ahora comentamos, afirmando que “se inserta, como autorizado precedente, la S. de 7 noviembre 1976 del Tribunal Europeo de los derechos del Hombre de Estrasburgo, al denegar el recurso de amparo frente a la sentencia condenatoria de los Tribunales ingleses estimando que el «Libro Rojo del Cole» dañaba las relaciones entre maestros y alumnos, minaba influencias -como las de los padres- capaces de inculcar a los jóvenes moderación y sentido de responsabilidad...”

⁹⁰² Vid. Martínez-Torrón (2001b) y (2003).

⁹⁰³ Para.47 y 49 de *Otto-Preminger-Institut* y 52 de *Wingrove*.

La cuestión estriba, por tanto, en conjugar ambos derechos y ponderar cuando en necesario limitar la libertad de expresión para proteger el derecho de libertad religiosa. El TEDH, como en el caso *Handyside*, no establece los criterios de moralidad que deben actuar como límite, ya que este es un concepto cambiante dependiendo de las sociedades y de los tiempos, por ello lo deja en manos de las legislaciones nacionales, atendiendo no a la arbitrariedad sino a la situación real que el hecho haya causado y su impacto en el grupo perjudicado.

En nuestra opinión, el TEDH en las tres sentencias, *Handyside*, *Wingrove* y *Otto Preminger* evitan valorar el criterio de la “necesidad” y la “moral” como límites a la libertad de expresión para proteger los sentimientos religiosos, dejando un amplio margen de apreciación a los ordenamientos y tribunales nacionales con la justificación de que éstos valorarán mejor el alcance de esos conceptos en su ámbito social.

Por otra parte, y en relación con el mismo libro del caso *Handyside* se presentó ante la Comisión una demanda de una madre y sus dos hijos contra el Reino Unido, caso *X., Y. y Z. c. Reino Unido*, que fue inadmitido por la decisión de 4 de marzo de 1976.

En la demanda la madre se declaraba contraria a la medida judicial de los tribunales ingleses de retirar la primera edición del libro anteriormente referenciado, el *Little Red Schoolbook*, se basaba en el artículo 2 del protocolo 1 del Convenio. Por un lado, la madre lo alegaba por una vulneración de su derecho a educar a los hijos conforme a sus propias convicciones y por otro, los hijos también se basan en el mismo artículo aduciendo vulneración de su derecho a la educación. Asimismo, los hijos se refieren a su derecho, también vulnerado por los tribunales ingleses, de recibir información e ideas sin interferencias de las autoridades públicas.

La Comisión inadmitió la demanda puesto que entendía que el derecho a la educación referida en el artículo 2 del protocolo 1 y el derecho a la información no se veían afectados por retirar la primera edición del libro, y más teniendo en cuenta que la segunda sí se encontraba en el mercado y que los cambios realizados no afectaban a contenidos significativos sino tan sólo a determinados párrafos que

fueron cambiados por causa del procedimiento penal que consideraba delictivo el contenido de los mismos⁹⁰⁴.

Un caso similar al resuelto por el TEDH en el caso *Handyside* se resolvió por la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de octubre de 1982. Caso que, al igual que en *Handyside*, no surgió directamente del entorno educativo, sino que se suscitó por la publicación de un libro sobre sexualidad, titulado *A ver*, con fines educativos para ser utilizados por maestros y otros educadores. El problema se planteó cuando asociaciones de padres observaron que el libro en cuestión tenía un alto contenido de imágenes de carácter sexual muy explícitas que según ellos excedían del objeto principal de la obra, llegando a calificarlo de pornográfico. Asimismo, alegaron que este libro “educativo” vulneraba su derecho a educar a los hijos conforme sus propias convicciones y además exigieron la retirada de la publicación en aras de la protección del menor. El apelante fue condenado por escándalo público y los ejemplares editados y los fotolitos para su edición fueron decomisados.

El editor del libro alegó en su defensa la vulneración de los artículos 14 en conexión con el 16 y 20 de la Constitución. Afirmó de un lado, el derecho a la libertad de expresión concretado en la publicación de este libro, y por otro lado, apeló a la libertad ideológica y religiosa para que se respetara la opción de otras personas, fundamentalmente los padres, de elegir el libro para sus fines educativos⁹⁰⁵, con la consecuente vulneración del artículo 27.3. de la Constitución. Además, argumentó que la moral católica imperante era la causa del rechazo a toda concepción pluralista, provocando una discriminación en base a la moral religiosa de las publicaciones “que no se someten a la particular concepción que ciertos grupos de católicos tienen de la moral pública.”.

El Tribunal Constitucional circunscribió la fundamentación jurídica esencialmente en el juego de los límites a los derechos fundamentales. En este sentido, en primer lugar, analizó si la moral pública podía constituir un límite a la libertad de expresión, a lo cual

⁹⁰⁴ Recordemos en este punto los límites a los derechos y la protección del menor. *Vid. supra* capítulo V. 4.

⁹⁰⁵ *Cfr.* Decisión de la Comisión Europea, caso *X., Y. y Z. c. Reino Unido* fue inadmitido por la Comisión por decisión de 4 de marzo de 1976.

respondió positivamente aunque afirmando que la moral pública habría de determinarse con unas garantías necesarias para evitar que bajo un concepto ético, se produjera una limitación injustificada de los derechos fundamentales.

No obstante, donde más recalcó la sentencia del Constitucional su argumentación fue en el respeto a los derechos fundamentales de los demás y en la protección del menor. Concretamente, el artículo 20 de la Constitución establece como límite al derecho a la libertad de expresión la protección de la juventud y la infancia⁹⁰⁶, como también fundamentó el Tribunal Supremo en este caso (29 de octubre de 1981), para casar la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca que condenó por una falta, tipificando el Tribunal Supremo los hechos como delito con base en que una parte de los destinatarios de la publicación eran menores de edad⁹⁰⁷.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional citó la sentencia del Tribunal Europeo de derechos humanos de 7 de diciembre de 1976, el caso *Handyside*, para fundamentar que toda limitación de derechos deber ir en proporción al interés protegido. En este sentido, la resolución estimó que la sentencia del Tribunal Supremo fue proporcionada ya que se basó en que los menores eran sujetos tanto destinatarios como objeto de las fotografías y texto, por lo que se calificó de contrario a la moral pública y a la protección de la juventud e infancia.

Por lo que respecta a la vulneración del artículo 27.3 de la Constitución, el Tribunal concluyó que la pena impuesta lo fue por ir la publicación contra la moral pública y con base en la protección del

⁹⁰⁶ Fundamento jurídico tercero, *in fine*.

⁹⁰⁷ Tal y como argumentó el Ministerio Fiscal en el recurso de casación contra el Auto de 19 de septiembre de 1980, los hechos debían de ser considerados “delito” esencialmente porque afectaba a menores. Argumentación que fue tomada por el Tribunal Supremo afirmando que el libro “dista mucho “de perseguir un criterio meramente educativo de índole sexual...pero sí, en cambio, existen algunos –pasajes– en que bajo la máscara de aquella pseudo educación inciden abiertamente en lo pornográfico...que obligan a la estimación del único motivo del recurso articulado por el Ministerio Fiscal.”.

menor y no con fundamento en una u otra posición dentro del pluralismo en orden a la formación moral⁹⁰⁸.

Finalmente, la violación del artículo 14 en relación con el 16 de la Constitución sobre la igualdad entre los españoles con independencia de su ideología y su religión, tampoco lo consideró el Tribunal puesto que no halló indicios de que el actor hubiera sido tratado desigualmente sin una razón justificada⁹⁰⁹.

⁹⁰⁸ Fundamento jurídico siete.

⁹⁰⁹ Fundamento jurídico siete, *in fine*.

Capítulo VIII. LA ADSCRIPCIÓN DE LOS MENORES Y/O SUS PADRES A NUEVOS MOVIMIENTOS RELIGIOSOS.

1. ACLARACIONES TERMINOLÓGICAS.

La acepción de “secta”⁹¹⁰ está cargada de un cierto componente peyorativo⁹¹¹. Incluso en la doctrina hay opiniones diversas acerca de la conveniencia de utilizar o no éste término, lo cual mueve a que, cada vez más frecuentemente, se adopte la terminología de “nuevos movimientos religiosos”⁹¹². Esta expresión minimiza, de un lado, la carga negativa del vocablo “secta” a través de una nueva expresión y, de otro lado, excluye a los grupos no religiosos. Hay, sin embargo, quienes como Llamazares⁹¹³, afirman que no utilizan esta expresión porque “a pesar de su aparente neutralidad ... es una denominación falsa: ni siempre se trata de movimientos religiosos, ni desde luego son «nuevos». Por otra parte, el término «movimiento» de tan neutral resulta un concepto vacío, y por tanto, inútil”, prefiriendo el término “secta” que alude al origen de esos grupos⁹¹⁴. Tampoco se muestra de acuerdo con esta definición Goti, el cual, en la línea de Llamazares considera que es una expresión ambigua, y excluye iglesias tradicionales “que gozan de una gran antigüedad ... Así pues, el término nuevo solamente es aplicable a los grupos que teniendo una base filosófica racionalista y métodos de psicología, quieren constituirse en grupos religiosos”. Continúa el autor afirmando que esta denominación no resuelve el problema de la igualdad “pues se

⁹¹⁰ Sobre el concepto histórico y actual de secta *vid.* el trabajo de Goti (1991), pp. 77-101, especialmente las páginas 90 y ss. relativas al cuestionamiento de la denominación (sectas, NMR, cultos, etc.). Autores que han tratado el tema son, entre otros, Motilla (1990), Briones (1999), Castro Jover (1991), Font Boix (2002), Navas Renedo (2001a), Llamazares Fernández (1991), Jordán (1991).

⁹¹¹ Motilla (1990), p. 40, Font Boix (2002), pp. 331-332, Navas Renedo (2001a), p. 25.

⁹¹² *Vid.*, p. ej., Font Boix (2002), p. 332, Motilla (1993), p. 90.

⁹¹³ Llamazares Fernández (1991), p. 132.

⁹¹⁴ “(*las sectas*) son resultado de la escisión de otros grupos y su actitud está presidida normalmente por el rigorismo y la intolerancia”, (la cursiva es nuestra), Llamazares Fernández (1991), p. 132.

habla de nuevos movimientos religiosos como enfrentados a las grandes y tradicionales religiones⁹¹⁵. Por otra parte, Jordán⁹¹⁶ prefiere referirse al término “sectas pseudorreligiosas” para referirse a organizaciones consideradas negativas o perjudiciales para los adeptos y ex-adeptos a juicio de los profesionales de la medicina especializados.

En todo caso, si nos atenemos al primer significado de “secta” en el diccionario de la Real Academia de la Lengua, ésta se define como conjunto de seguidores de una parcialidad religiosa o ideológica. Además, es un vocablo que proviene del latín *secta*, que significa principio o método de vida, norma de conducta, modo de pensar. Por lo que, en puridad, no debería tener esas connotaciones peyorativas. Sin embargo, sí se observa un componente de rechazo en la última acepción que recoge el diccionario al referirse al “conjunto de creyentes en una doctrina particular o de fieles a una religión que el hablante considera falsa”, así como en el vocablo “sectario”: “secuaz, fanático e intransigente de un partido o de una idea”. A ello hay que añadir el significado de “secta” en la sociedad. Como afirma Motilla “en el lenguaje corriente esta palabra se utiliza para designar grupos intolerantes y dogmáticos, cerrados al mundo y sospechosos de acciones ilícitas⁹¹⁷. Precisamente, para autores como Goti, “esta acepción despectiva es una de las que aporta mayores dificultades para que se pueda utilizar esta denominación”⁹¹⁸.

No obstante, es cierto que existen movimientos religiosos con unos procedimientos de captación, vivencias de la “religiosidad” y técnicas de retención para impedir la salida de los adeptos que vulneran derechos fundamentales y que, ciertamente, pueden constituir hechos delictivos. Para distinguirlos en su tratamiento de la generalidad de grupos religiosos, reciben otras denominaciones como

⁹¹⁵ Goti (1991), pp. 92-93.

⁹¹⁶ Jordán (1991), p. 12.

⁹¹⁷ Motilla (1990), p. 40.

⁹¹⁸ Goti (1991), p. 91.

“sectas” (sin apelativos)⁹¹⁹, “sectas pseudorreligiosas”⁹²⁰ “sectas destructivas”⁹²¹.

En cuanto a la terminología utilizada por los documentos emanados de órganos internacionales (Consejo de Europa, Parlamento Europeo) y españoles (Congreso de los Diputados) puede afirmarse que no existe unanimidad ni en la expresión utilizada ni en la definición de su concepto.

Por lo que respecta al Parlamento Europeo, citemos la Resolución de 22 de mayo de 1984⁹²² sobre una acción común de los Estados miembros de la Comunidad Europea en torno a diversas violaciones de la ley cometidas por nuevas organizaciones que actúan bajo la cobertura de la libertad religiosa⁹²³. Esta Resolución del Parlamento se produjo con ocasión de las actividades de la Iglesia de la Unificación Universal de Sun Myung Moon. En su primer considerando, la Resolución alude a la “inquietud que suscitan entre los ciudadanos europeos y sus familias las actividades de ciertas organizaciones designadas como “nuevos movimientos religiosos” en la medida en la que ellas atentan contra los derechos civiles y contra los derechos del hombre y comprometen la situación social de las personas afectadas”. Continuando con la lectura completa de la Resolución, observamos

⁹¹⁹ Motilla (1990), p. 41.

⁹²⁰ Jordán Villacampa (1991), pp. 10-12.

⁹²¹ Sobre la distinción entre sectas destructivas y no destructivas tampoco la opinión doctrinal es pacífica. Algunos autores prefieren referirse a las sectas que utilizan métodos que infringen la ley y son delictivos, Souto Paz en el Encuentro sobre *Dignidad Humana y Libertad Religiosa* (2000), pp. 115-116. Motilla (1993), considera que el uso de esta expresión requiere la previa declaración judicial de ilegalidad, lo cual excluye la propiedad de un uso “a priori”, p. 91. Nosotros hemos decidido establecer la nomenclatura utilizada en la Comisión del Congreso para el Estudio de las sectas en España que distingue entre sectas destructivas y no destructivas, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, nº 173 (1989), pp. 10130-10142 y Boletín Oficial de las Cortes Generales, CD, nº 174 (10 de marzo de 1989), pp. 4804-4810. Además en otros documentos, como por ejemplo, la Recomendación 1178 (1992) del Consejo de Europa sobre sectas y nuevos movimientos religiosos, se refieren a la expresión “Nuevos movimientos religiosos” para referirse a las sectas no destructivas.

⁹²² D.O.C.E., 2 de julio de 1984, núm. C, 172/41-43.

⁹²³ Nótese cómo el Parlamento Europeo evita utilizar los vocablos “secta”, NMR, “secta destructiva, etc., utilizando un largo título. *Vid.* el examen detallado de esta resolución en Motilla (1990), pp. 74-80.

que el Parlamento utiliza la nomenclatura de NMR sin alusión al término “secta” y dotándolo del contenido perjudicial que se presupone a las actuaciones de lo que algunos autores han denominado “secta”. No se distingue, por tanto, entre NMR y “sectas” o “sectas destructivas” para distinguir unos grupos de otros cuyas actuaciones conllevan vulneración de derechos y comisión de delitos.

Posteriormente, con la Resolución sobre sectas en Europa, de 29 de febrero de 1996, el Parlamento Europeo introduce el término “secta” –ya en el título de la Resolución– Y en el documento de trabajo “Las sectas en Europa” de 1997⁹²⁴, en el que participaron representantes políticos de países europeos⁹²⁵, se alude a que no existe unificación en la terminología empleada en las legislaciones de cada país, refiriéndose a conceptos como NMR, “sectas”, “psicogrupos” o “derivadas sectarias”, aunque se deduce que, independientemente de la nomenclatura empleada, se está refiriendo a grupos que actúan al margen de la legalidad. En este sentido, los documentos del Parlamento Europeo no pretenden definir un concepto en el que se engloben estos grupos, dado lo abstracto y arbitrario de tal medida, sino perseguir a aquéllos que de sus actuaciones se determine la vulneración de derechos fundamentales y/o la comisión de delitos, y junto a esta medida, aplicar las limitaciones establecidas por los ordenamientos jurídicos para el derecho de libertad religiosa.

Esta línea también la observamos en los documentos del Consejo de Europa. La utilización indistinta de la nomenclatura NMR y “secta” se constata en la Recomendación 1178 (1992) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre sectas y nuevos movimientos religiosos de 5 de febrero de 1992, mientras que, posteriormente, la Recomendación 1412 (1999) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre las actividades ilegales de las sectas, de 22 de junio de 1999, sólo se refiere al término “secta”, en una clara referencia a grupos considerados “peligrosos”.

En España, la actuación más representativa de los poderes públicos han sido el dictamen, las propuestas de resolución y las

⁹²⁴ Parlamento Europeo, Dirección General de Estudios, Documento de Trabajo. Serie Europa de los ciudadanos W-10.

⁹²⁵ Italia, Grecia, Suecia, Portugal, Austria, Países Bajos, Reino Unido, España, Alemania, Dinamarca, Bélgica y Francia.

conclusiones aprobadas por la Comisión de estudio y repercusión de las sectas en España, posteriormente aprobadas por el Congreso de los Diputados el 2 de marzo de 1989⁹²⁶. Respecto a la terminología empleada, el planteamiento aclaratorio inicial que realiza la Comisión es un tanto “contradictorio” en nuestra opinión. Por un lado, se intenta aclarar que el concepto de “secta” utilizado por la Comisión recoge a todos los grupos, organizados en torno a doctrinas, pero de limitado arraigo social; mientras que, por otro lado, se observa en el texto del documento un tratamiento o visión de las sectas bajo la connotación peyorativa del término o en clara referencia a grupos “peligrosos”.

Textualmente, la Comisión afirma que “es un hecho sociológica y lingüísticamente consolidado la utilización del término “secta” para referirse a grupos de limitado arraigo social, organizados en torno a unas doctrinas, religiosas o no, y a los responsables de su fundación, proclamación o tutela”, y a continuación manifiesta que este concepto tiene connotaciones peyorativas que persisten después de los sucesivos documentos sobre derechos humanos y las constituciones democráticas que proclaman la libertad de pensamiento, conciencia y religión, y que la Comisión en este trabajo no puede negar esta connotación social. Finalmente, aclara que los grupos denominados “secta” tienen derecho a su existencia y a la presunción de inocencia, por lo que para la Comisión, al no existir un concepto claro para referirse al fenómeno sectario sin incurrir en descalificaciones, decidió utilizar el término “secta”, pese a las connotaciones peyorativas, aclarando que “son las actuaciones ilegales de esos grupos las susceptibles de condena ... y en dichas actuaciones ilegales, más que en su grupo de origen, debe centrarse la preocupación social, como lo ha hecho la propia Comisión”⁹²⁷.

Nosotros hemos optado por utilizar la expresión “nuevos movimientos religiosos” para evitar la carga negativa que el término “secta” tiene para gran parte de la doctrina y la sociedad. No obstante, queremos matizar que dicha expresión tampoco nos convence por dos

⁹²⁶ Vid. comentario exhaustivo del trabajo de la Comisión y las Conclusiones aprobadas por el Congreso de los Diputados, así como el *iter* previo de solicitud de la Comisión, en Motilla (1990), pp. 112-127.

⁹²⁷ B.O.C., Congreso de los Diputados, nº 174, de 10 de marzo de 1989, pp.4803-4804.

razones, primero, porque tal y como expresa Llamazares⁹²⁸, la utilización del término “nuevo” no se corresponde realmente con la tradición de algunos de estos grupos y segundo, porque al añadir la calificación de “religioso”, concepto también difícil de definir, se abre otro problema interpretativo⁹²⁹, sobre todo si contamos con que el concepto jurídico de “religión” en Occidente se asienta sobre las religiones monoteístas “tradicionales” caracterizadas por la creencia en un ser superior, con una doctrina dogmática y moral, un culto y una organización institucional⁹³⁰. Mientras que para referirnos a grupos que utilizan métodos ilícitos, los denominaremos sectas destructivas, entre otros motivos para no reforzar la connotación peyorativa del vocablo “secta”. Queremos advertir que nuestra opción no es el resultado de un proceso de estudio de los conceptos –que en este trabajo, no ha lugar– sino que se debe, ante todo, a una aclaración terminológica por razones prácticas: concretamente, situar al lector y evitarle interpretaciones ajenas a nuestra voluntad en el tratamiento de esta cuestión, tan delicada y poco precisa⁹³¹.

No existe, por lo demás, una noción de “secta destructiva” clara y determinante, por lo que se suele acudir a una serie de indicadores o características determinadas por la doctrina jurídica y otras disciplinas, fundamentalmente la psicología y la psiquiatría. Navas Renedo⁹³² recoge estas características que, tal y como advierte la autora, no se corresponden con una categorización que deba darse en todos los grupos, por lo se considera que éstos *pueden* tener las siguientes peculiaridades: ser de limitado arraigo⁹³³, ser una parcialidad religiosa o ideológica con su propio sistema de creencias, ser fanáticos y, en consecuencia, intolerantes, mantener una actitud

⁹²⁸ Llamazares Fernández (1991), p. 132.

⁹²⁹ Estas matizaciones también son recogidas por Motilla (1990), p. 40.

⁹³⁰ Sobre los NMR y la noción de religión *vid.* Martínez-Torrón (2001c), pp. 239-244.

⁹³¹ Además de los autores ya citados, *vid.* otros trabajos sobre NMR en López-Alarcón (1997), Álvarez Cortina (1987), Núñez Sánchez (1993) y Alonso, Muñiz, Ramos y Rodríguez (1997) y los recogidos en la obra colectiva coordinada por Goti (1991) *Aspectos socio-jurídicos de las sectas desde una perspectiva comparada*, a los que nos referimos a lo largo de este capítulo.

⁹³² Navas Renedo (2001a), pp. 35-50. *Vid.* también las características expuestas por Echebarría Echabe (1991), pp. 37-54

⁹³³ A este respecto, cabe recordar que el “arraigo” es requisito para la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas. *Vid.* art. 7.1. de LOLR.

cerrada al resto del mundo provocando la ruptura con el entorno familiar y con la sociedad, los adeptos actúan bajo la dependencia incondicional del líder o fundador, tener estructura y organización piramidal, ser sospechosos de realizar actividades ilícitas, de vulnerar derechos fundamentales, ejercitar técnicas de control mental sobre sus miembros y perseguir objetivos económicos y políticos bajo el velo de las creencias religiosas.

En definitiva, podríamos afirmar que los efectos sobre los adeptos son la manipulación mental⁹³⁴, el lavado de cerebro, la dependencia física y psíquica motivada por la jerarquía organizativa, que provoca desestructuración de la personalidad, alejamiento familiar y social y vulneración de derechos fundamentales, irrenunciables e inalienables.

Las cuestiones principales que vamos a abordar en los siguientes epígrafes son tres. Primera, la adscripción de un menor a un grupo religioso; segunda, la problemática suscitada con los tratamientos médicos, fundamentalmente la negativa a las transfusiones sanguíneas de los Testigos de Jehová y, finalmente, la intervención de la Administración pública para la protección de menores. Evidentemente, la incidencia de los NMR en el ámbito de las relaciones paterno-filiales es más amplio (proselitismo familiar, límite de la libertad religiosa de los padres para respetar la de los hijos, etc.)⁹³⁵, sin embargo, de alguna forma ya lo hemos tratado anteriormente al referirnos a la pertenencia de alguno de los progenitores a un NMR en los supuestos de crisis familiares, a lo cual nos remitimos⁹³⁶.

⁹³⁴ Vid. sobre la manipulación mental el trabajo de Font Boix (2002), pp. 331-358.

⁹³⁵ Vid. *supra*, capítulo VI, los comentarios a las sentencias del TC 141/2000, de 29 de mayo, sentencia del TEDH en los casos del TEDH *Ignaccolo-Zenide c. Rumanía* de 25 de enero de 2000 y *Palau-Martínez c. Francia*, de 16 de diciembre de 2003.

⁹³⁶ Vid. *supra* capítulo VI. Navas Renedo (2001b).

2. LA ADSCRIPCIÓN DE UN MENOR A UN NMR.

El menor de edad puede entrar a formar parte de un NMR. Esta incorporación puede realizarse, por un lado, cuando el menor se une al NMR junto con sus padres y, por otro lado, cuando la adscripción se realiza sólo por parte del menor en el ejercicio de su libertad religiosa⁹³⁷.

En el caso de que la adscripción se realice a lo que hemos decidido denominar “secta destructiva”, tanto en un caso como en otro, se puede producir la vulneración de los derechos del menor, aunque los mecanismos de protección, tanto administrativos como judiciales, van a ser más efectivos en el segundo supuesto (adscripción sólo por parte del menor) que en el primero (adscripción de la familia), ya que, generalmente, se cuenta con el apoyo de los padres, titulares de la patria potestad.

Algunos autores han tratado la cuestión de la capacidad del menor para adscribirse a una secta como ejercicio de su derecho de libertad religiosa⁹³⁸. Generalmente, el planteamiento del tema por la doctrina se realiza confrontando, de un lado, las atribuciones de la patria potestad (art. 154 CC) y el derecho de los padres de procurar la educación religiosa a los hijos conforme a sus convicciones (art. 27 CE) y, de otro, los derechos del hijo menor de edad (en este caso, la libertad religiosa). Ya tuvimos ocasión de referirnos a la capacidad del menor en el ejercicio de sus derechos en relación con la institución de la patria potestad en otro lugar de este trabajo⁹³⁹. Como ya dijimos, y volvemos a apuntar en este caso, no compartimos el planteamiento exclusivo del ejercicio de la libertad religiosa del menor como un asunto con base en la confrontación de derechos paterno-filiales; aunque *a priori* parezca tener ese carácter, consideramos esencial tratarlo de acuerdo con la finalidad de la patria potestad y a la forma de ejercer las funciones por ella encomendadas a los padres. Recordemos que éstas deben ejercerse en beneficio del hijo, de

⁹³⁷ Vid. Sieira (2003), pp. 299-310. También la misma autora en un trabajo más amplio, trata los menores y la sectas en la obra coordinada por Sieira (2002), pp. 655-667.

⁹³⁸ Motilla (1990), pp. 190-194, Renedo (2001), pp. 189-194, Barba López, García Oliva, García-Pardo, Morales Monteoliva y Valencia Benítez (1994), 97-100.

⁹³⁹ Vid. *supra* capítulo III.

acuerdo con su personalidad, teniendo en cuenta su grado de madurez (art. 154 CC). Por lo que respecta a la libertad religiosa, los padres deberán procurar guiar al menor en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades (art. 14 CDN) y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral (art. 6 LOPJM). Además, los padres no pueden representar a sus hijos en los actos relativos a derechos de la personalidad u otros actos que el hijo pueda realizar por sí mismo de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, así como en los casos en los que haya conflicto de intereses (art. 162 CC), en cuyo caso se le nombrará un defensor judicial (art. 163 CC)⁹⁴⁰.

Precisamente, son los casos de conflicto entre padres e hijos los más problemáticos cuando se refieren a la decisión del hijo de incorporarse o no a un NMR. En algunos autores y documentos internacionales y españoles observamos que existen ciertos escrúpulos frente a estos grupos –que no necesariamente tienen que ser perjudiciales– cuando un menor decide formar parte de ellos⁹⁴¹, y sin embargo, no se plantean cuando la decisión es relativa a su ingreso en un colegio religioso u otra de las grandes religiones monoteístas, más aceptadas por la sociedad, en el que el conflicto, aun existiendo, presumimos que se resuelva favorablemente a la opción del menor⁹⁴².

⁹⁴⁰ No obstante, tampoco nos parece acertada, por extrema y poco realista, la observación que realiza Nuñez Muñiz (1996) cuando afirma que “sería discutible si, para garantizar el ejercicio de la libertad religiosa del niño, tal vez debería impedirse la inclusión formal del mismo en una confesión determinada por parte de sus padres por el simple hecho de que ello la profesen, pues evidentemente a la edad que suelen, por ejemplo, bautizarse los niños, difícilmente pueden decirse que éstos tengan libertad para decidir”. pp. 2-3.

⁹⁴¹ Navas Renedo (2001a) manifiesta que “no puede negarse que el reconocimiento de la libertad religiosa del menor encuentra de hecho más limitaciones que cuando este derecho es reconocido a los adultos puesto que frente al mayor de edad no es necesario entrar a dilucidar sobre la peligrosidad, el carácter religioso o sectario del grupo, mientras que si se trata de un menor *habría que comenzar por cuestionarse qué se entiende por religión apta para ser elegida por un menor*”(la cursiva es nuestra), p. 198.

⁹⁴² El *arrêt de la Cour de cassation* de 11 de junio de 1991 (caso *Thépault*), rechaza la conversión de una menor de 16 años, católica, a los Testigos de Jehová, fundamentando que era preciso la madurez de un adulto, aun sin entrar en valorar la madurez de la menor en concreto. Sobre este asunto, Garay (1996), se cuestiona qué hubiese resuelto el Juez en el caso contrario, es decir, si la menor, testigo de Jehová,

Ciertamente, el problema en la práctica se plantea en el momento en el que el menor adquiere la madurez suficiente en materia religiosa, y por tanto, es capaz para ejercer su derecho, cuestión que ya hemos tratado en otra parte de este trabajo⁹⁴³. Como es sabido, el establecimiento de esta fórmula tan poco precisa conlleva un alto índice de inseguridad jurídica pero, por otra parte, atender el caso concreto a través de la intervención de los jueces implica más aproximación al caso concreto y, por tanto, más equidad.

Esto nos conduce a que en la apreciación de cada caso y con el objeto de evitar arbitrariedades, los jueces deben contar con un criterio básico que les permita apreciar la madurez de un menor en materia religiosa. Perfilar el contenido de ese criterio implica acudir a disciplinas extrajurídicas como la psicología. Además, el juez debe manejar otros criterios tales como el interés del menor y el libre desarrollo de la personalidad.

Por una parte, dada la complejidad en perfilar el contenido de cada criterio (suficiente juicio, interés del menor, desarrollo de la personalidad...) que son, a su vez, conceptos jurídicamente indeterminados⁹⁴⁴ y, por otra parte, expuestas las opiniones doctrinales relativas a la capacidad del menor en materia religiosa⁹⁴⁵, se nos hace necesario en este punto acudir a las resoluciones de juzgados y tribunales, los cuales son, en definitiva, los órganos encargados de aplicar e interpretar la normativa ya examinada.

Esta remisión a las resoluciones judiciales nos va a permitir conocer la interpretación de dichos criterios no sólo en el ámbito de la pertenencia de los menores y/o sus padres a sectas, sino en todas las cuestiones suscitadas en las que la libertad religiosa del menor se halle implicada.

Por otra parte, la incidencia de una “secta destructiva” en el menor de edad se constata, primeramente, en la vulneración de sus derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida, la integridad

hubiese optado por la religión católica, p. 6. *Arrêt* y autor citados por Navas Renedo (2001a), p. 199.

⁹⁴³ *Vid. supra* capítulo V, 1, 2 y 3.

⁹⁴⁴ *Vid supra* capítulo V, 1, 2 y 3.

⁹⁴⁵ *Vid supra* capítulo V, 1, 2 y 3.

física, el derecho a la salud, la libertad de expresión o el derecho a la intimidad. Vulneración de derechos que a su vez, puede constituir un delito, como lesiones, detención ilícita o inducción al abandono del domicilio⁹⁴⁶.

En estos supuestos, la pretendida libertad religiosa del grupo sectario ha de limitarse en cuanto vulnera los derechos fundamentales del menor y, por tanto, entra en juego el límite del orden público⁹⁴⁷, aparte del ilícito penal en el que pudiera incurrir.

⁹⁴⁶ Sobre estas cuestiones y la pertenencia a NMR de menores *vid.* Hardman (2004).

⁹⁴⁷ En la Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2001 de 15 de febrero se resolvió el recurso de amparo frente a la resolución del Registro de entidades religiosas del ministerio de Justicia, en la que se denegaba la inscripción de la Iglesia de Unificación. Recogemos literalmente una parte de su fundamentación jurídica, ya que creemos que es ilustrativo en cuanto a la forma de valorar el orden público como elemento limitativo de la libertad religiosa y el uso que aquél de forma “preventiva”. Recoge la sentencia que “en cuanto «único límite» al ejercicio del derecho, el orden público no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro cierto para el ejercicio de ese derecho de libertad. Un entendimiento de la cláusula de orden público coherente con el principio general de libertad que informa el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales obliga a considerar que, como regla general, *sólo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro cierto para «la seguridad, la salud y la moralidad pública», tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto. No obstante, no se puede ignorar el peligro que para las personas puede derivarse de eventuales actuaciones concretas de determinadas sectas o grupos que, amparándose en la libertad religiosa y de creencias, utilizan métodos de captación que pueden menoscabar el libre desarrollo de la personalidad de sus adeptos, con vulneración del art. 10.1 de la Constitución.* Por ello mismo, en este muy singular contexto, *no puede considerarse contraria a la Constitución la excepcional utilización preventiva de la citada cláusula de orden público, siempre que se oriente directamente a la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad públicas* propias de una sociedad democrática, que queden debidamente acreditados los elementos de riesgo y que, además, la medida adoptada sea proporcionada y adecuada a los fines perseguidos (SSTC 120/1990, de 27 de junio, 137/1998, de 29 de junio, y 141/2000, de 29 de mayo; STEDH casos *Kokkinakis C. Grecia*, *Hoffman c. Austria* y *C.R. c. Suiza*). Al margen de este supuesto excepcional, en el que necesariamente han de concurrir las indicadas cautelas, sólo mediante sentencia firme, y por referencia a las prácticas o actividades del grupo, podrá estimarse acreditada la existencia de conductas contrarias al orden público que faculden para limitar lícitamente el ejercicio de la libertad religiosa y de culto, en el

Además, en el supuesto de menores, junto con la aplicación del límite del orden público, interviene el deber de protección por parte de los organismos públicos y privados⁹⁴⁸. Este deber, que también se configura como derecho del menor, se manifiesta, especialmente, en el supuesto de adscripción de menores a sectas. Por tanto, la intervención pública, ya sea administrativa o judicial, puede ser avalada por la vulneración de los derechos fundamentales del menor, como componente del orden público, y la protección debida a los menores frente a ciertas actividades que pueden perjudicar y manifestarse contrarias al interés del menor.

Podemos afirmar, que en el caso de menores de edad, la libertad religiosa de los grupos sectarios y la del propio menor tiene, además de los límites recogidos por las normas, un factor añadido: la protección del menor, cuyo fundamento último se concreta en que el menor de edad es una persona que aún se encuentra en proceso evolutivo, lo cual hace que sea especialmente vulnerable⁹⁴⁹.

En este sentido, la Recomendación 1178 (1992) del Consejo de Europa sobre sectas y nuevos movimientos religiosos alude en los párrafos IV y V a la protección de menores en relación con las sectas. El primero, sobre la necesidad de firmar aquellos Estados miembros que aún no lo hayan hecho, la Convención Europea sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones concernientes a la custodia de menores de 1980 y adoptar una legislación

sentido de denegarles el acceso al Registro o, en su caso, proceder a la cancelación de la inscripción ya existente (art. 5.3 LOLR).” (la cursiva es nuestra). *Vid.* sobre puntos débiles al razonamiento del TC, Martínez-Torrón (2001c), p.243.

⁹⁴⁸ *Vid. infra* capítulo VIII, 4 sobre la intervención de la administración pública para la protección de menores.

⁹⁴⁹ La protección del menor como límite a derechos fundamentales tiene su ejemplo más significativo, dada su mención expresa, en el artículo 20 de la Constitución que afirma: “1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades...4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

complementaria. Asimismo, el segundo párrafo menciona que la legislación sobre protección de menores debe ser aplicada de forma más rigurosa e informar a los menores pertenecientes a sectas de su derecho a abandonarlas⁹⁵⁰.

Igualmente, la Recomendación 1412 (1999), nº 10 aconsejaba, entre las medidas concernientes a menores de edad, incluir en el currículo escolar información sobre la historia y la filosofía de las escuelas del pensamiento y las religiones, así como asegurar el cumplimiento de la legislación sobre la asistencia obligatoria de los niños a la escuela⁹⁵¹.

También el informe del Consejo de Europa sobre las actividades ilegales de las sectas apunta a la protección de los menores, refiriéndose a la necesidad de informar a los adolescentes sobre las sectas y también a la protección de menores miembros de las mismas en los supuestos de tratamientos médicos, abusos, abandono, lavado de cerebro y absentismo escolar⁹⁵².

En relación a las campañas informativas sobre NMR que se consideran “peligrosos”, se planteó ante la Comisión Europea de derechos humanos el caso *Keller c. Alemania*, que no llegó ante el

⁹⁵⁰ “IV. To protect minors and prevent abductions and transfers abroad, member states which have not yet done so should ratify the European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children (1980), and adopt legislation making it possible to implement it. V. Existing legislation concerning the protection of children should be more rigorously applied. Additionally, those belonging to a sect must be informed that they have the right to leave.”

⁹⁵¹ “ii. to include information on the history and philosophy of important schools of thought and of religion in general school curricula; ... iv. to ensure that legislation on the obligation to enrol children at school is rigorously applied, and that appropriate authorities intervene in the event of non-compliance.” *Vid.* referencias a estas resoluciones en Martínez-Torrón (2001b), pp. 97-98.

⁹⁵² Consejo de Europa, Doc. 8373 de 22 de junio de 1999: “Information is of prime importance and must be directed in particular towards teenagers within the framework of school curricula. The protection of the most vulnerable members of society, in particular the children of followers of groups of a religious, esoteric or spiritual nature, is another priority... 9. The Assembly attaches great importance to protecting those most vulnerable, and particularly the children of members of religious, esoteric or spiritual groups, in case of ill-treatment, rape, neglect, indoctrination by brainwashing and non-enrolment at school, which makes it impossible for welfare services to exercise supervision.”

Tribunal Europeo de derechos humanos puesto que fue inadmitida la demanda por la Comisión el 4 de marzo de 1998.

Concretamente, el Gobierno federal y los gobiernos de los Länder habían adoptado una estrategia conjunta encaminada a difundir información en los centros educativos para prevenir la influencia de la Iglesia de la Cienciología, considerada peligrosa. En el caso que nos ocupa, los colegios del Länder de Baviera informaron a los alumnos de todas las edades y a sus padres de los procedimientos y consecuencias de formar parte de la Iglesia de la Cienciología. En un artículo de una revista de difusión en las escuelas bávaras se trataba sobre este grupo. La demanda surge por el señor Keller y otros más, pertenecientes a la Cienciología, que se consideraban víctimas de un texto ofensivo que vulneraba su derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 9 CEDH), así como su derecho a educar a los hijos conforme sus convicciones (artículo 2 del protocolo 1), afectados por una campaña que directamente les calificaba de “zombis” o manipuladores y además se habían convertido en el objetivo de los ciudadanos, apareciendo en la prensa local por su nombre y su casa citada como “hogar de científicos”. Asimismo, se refieren a sendos casos resueltos por el Tribunal Europeo, los casos *Malone c. Reino Unido* de 2 de agosto de 1984 y *Klass c. Alemania* de 6 de septiembre de 1978, para apoyar su demanda.

La Comisión rechazó la demanda basándose en que los demandantes no podían ser considerados “víctimas” de acuerdo con el artículo 25 del Convenio⁹⁵³, ya que se carecía de una relación directa entre los hechos y el daño alegado. Es decir, para la Comisión el artículo de la revista en cuestión se refería a la Cienciología de forma general y no identificaba a ningún miembro de la organización. Y con respecto a la conducta de los vecinos, la Comisión no consideró

⁹⁵³ Art. 25.1: “La Comisión podrá conocer de cualquier demanda dirigida al Secretario general del Consejo de Europa por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el presente Convenio, en el caso en que la Alta Parte Contratante acusada haya declarado reconocer la competencia de la Comisión en esta materia. Las Altas Partes Contratantes que hayan suscrito tal declaración se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho”.

probada la relación entre la publicación del artículo y la actitud vecinal.

Por lo que respecta a la vulneración alegada del artículo 2 del Protocolo 1 del Convenio, la Comisión estimó que los hijos de los demandantes no tenían el riesgo de ser adoctrinados en la escuela por la difusión de la campaña informativa, para lo que cita la sentencia del caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*⁹⁵⁴.

3. TRATAMIENTOS MÉDICOS.

3.1. Libertad religiosa y los derechos a la vida y a la salud. El consentimiento informado.

El seguimiento de los preceptos religiosos marcados por algunos NMR lleva a sus adeptos a rechazar determinadas prácticas habituales en el ámbito médico. Es el supuesto, bien estudiado por la doctrina, de la objeción de conciencia a tratamientos médicos, en los que se produce un entrecruzamiento, o conflicto, de diversos derechos, entre los que se encuentra siempre la libertad religiosa junto a otros como el derecho a la salud y el derecho a la vida fundamentalmente.

Los casos más conocidos y resueltos por los tribunales en Europa (y en España virtualmente los únicos) son los referentes a las negativas de los testigos de Jehová a recibir hemotransfusiones. Esta objeción tiene su fundamento en la interpretación literal de varios pasajes de la Biblia, en especial el Levítico, 17:10, que dice: "si un israelita o un extranjero que habita entre vosotros como cualquier clase de sangre, yo me volveré contra él y lo extirparé de su pueblo"⁹⁵⁵.

No obstante, existen otros movimientos religiosos, además de los testigos de Jehová, menos conocidos en nuestro ámbito judicial, más en el estadounidense, que se oponen a recibir tratamientos médicos basados en medicamentos, como el *Amish* o la *Christian Science* (Cienciología).

⁹⁵⁴ 7 de diciembre de 1976, para. 53. *Vid. supra* capítulo VII, comentario a esta sentencia.

⁹⁵⁵ Otros textos bíblicos referentes al tema son Génesis 9:3-4, Hechos 15:19-21.

Además, la objeción en el ámbito sanitario no sólo se circunscribe al tratamiento hemotransfusional o de medicamentos, sino que abarca también otros aspectos, como la administración de productos de origen animal (p. ej., insulina o componentes de origen porcino) que son rechazados por miembros de determinados grupos religiosos (especialmente ciertas interpretaciones del judaísmo); vacunaciones; o el hecho de la inspección médica a mujeres por parte de personal sanitario masculino, por un pudor basado en convicciones religiosas (sobre todo en ciertas concepciones del islam)⁹⁵⁶.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 2 de la ley de autonomía del paciente⁹⁵⁷, el médico deberá informar al paciente de su diagnóstico y de los medios disponibles para su tratamiento, siendo el enfermo el que deba decidir someterse o no al tratamiento sin que pueda mediar coacción por parte del médico. Es lo que conoce como consentimiento informado⁹⁵⁸. Por regla general, la prestación del consentimiento es verbal, sin embargo, la ley 41/2002 (art. 8. 2) regula una serie de supuestos en los que dicho consentimiento constará por escrito⁹⁵⁹. Estos casos son intervención quirúrgica, procedimientos

⁹⁵⁶ Navarro-Valls, Martínez-Torrón y Jurdado (1989), p. 957.

⁹⁵⁷ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE núm. 274, de 15 de noviembre).

⁹⁵⁸ Bibliografía sobre el consentimiento informado *vid.* Galán Cortés (1997), Simón Lorda (2000). Más específico sobre el consentimiento de menores, Romeo Malanda (2000), Martínez-Pereda Rodríguez (1998), Pérez-Cárceles, Osuna y Luna (2001). El consentimiento informado también aparece en documentos internacionales como el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, Oviedo, 4 de abril de 1997, ratificado por instrumento de 27 de marzo de 1999, art. 5: “una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona haya dado su libre e inequívoco consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sus riesgos y consecuencias” y, por lo que respecta al menor de edad que no tenga capacidad para emitir el consentimiento, el art 6.2 establece que “la opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez”.

⁹⁵⁹ El artículo 10 de la ley 41/2002 establece las condiciones de la información y el consentimiento por escrito: “1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad. b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o

diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

En ningún caso un consentimiento informado puede ser sustituido por la entrega y firma de un papel –éste es una prueba de que la información y el consentimiento ha tenido lugar–, sino que requiere un diálogo en que el médico, en términos comprensibles para el paciente, informe de su diagnóstico, proceso y tratamiento y que el enfermo decida⁹⁶⁰.

La definición legal del “consentimiento informado” se recoge en el artículo 3 de la ley 41/2002 que se expresa como “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”, desarrollándolo en el artículo 8⁹⁶¹.

profesionales del paciente. c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención. d) Las contraindicaciones.

2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente.”

⁹⁶⁰ Montalvo, Moreno, Santamaría y Sieira (2002), p. 566.

⁹⁶¹ “1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.

2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.

5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.”

Como puede observarse de lo expuesto sobre el consentimiento informado, la oposición al tratamiento médico no sólo puede fundamentarse en una cuestión religiosa sino también en el derecho a la disposición del propio cuerpo o integridad física.

Por lo que respecta al menor de edad y al consentimiento informado, la ley 41/2002, de 14 de noviembre (artículo 9) establece los límites del consentimiento informado y la prestación del mismo por representación. Concretamente en el apartado 3 del artículo, relativo a la prestación del consentimiento por representación, regula la capacidad del menor de edad⁹⁶². El artículo 9.3 expresa que se otorgará el consentimiento por representación en una serie de supuestos en los que se encuentra “cuando el paciente menor de edad *no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender* el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de *menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos*, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de *grave riesgo*, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.”⁹⁶³

La ley excluye expresamente la capacidad del menor en el artículo 9.4 cuando el consentimiento se refiera a la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida, en cuyo caso se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

El artículo 9 viene a regular expresamente la capacidad del menor en el ámbito sanitario, cubriendo así una laguna en nuestra legislación

⁹⁶² Antes de la entrada en vigor de la ley 41/2002 que establece un sistema de edades para determinar la capacidad del menor, parte de la doctrina, como Simón Lorda (2000), Pérez-Cárceles, Osuna y Luna (2001) consideran que el menor paciente si tiene suficiente madurez puede decidir sobre su tratamiento.

⁹⁶³ La cursiva es nuestra.

en cuanto a la capacidad del menor para decidir sobre un tratamiento médico⁹⁶⁴.

De la lectura del artículo extraemos tres conclusiones. Primera, que la ley española reconoce expresamente capacidad al menor de edad para ser informado y emitir su consentimiento para un tratamiento o intervención si es mayor de dieciséis años o está emancipado, sin que quepa representación por parte de los padres. El objetivo de regular una edad legal, además de dotar de seguridad jurídica, es garantizar que el menor, alcanzada dicha edad, tiene madurez suficiente como para comprender su situación médica, la finalidad del tratamiento y sus consecuencias. El establecimiento del criterio cronológico concuerda con la regulación de la capacidad del menor en otros ámbitos y que ya tratamos en este trabajo⁹⁶⁵, como la edad para trabajar o para obtener la emancipación.

La segunda conclusión engarza con la anterior, ya que la capacidad del menor será limitada cuando el menor no sea capaz de comprender el alcance de la intervención, es decir, se trate de un menor no maduro, en cuyo caso el representante legal emitirá el consentimiento. No obstante, será escuchado si tiene más de doce años⁹⁶⁶.

Finalmente, la tercera conclusión, más imprecisa, se refiere a una excepción a la regla establecida en el artículo 9.3 c). Se concreta en que a pesar de establecer la edad legal de dieciséis años para emitir un consentimiento sin representación de los padres, si el menor está en grave peligro, los padres serán informados y su opinión se tendrá en cuenta. Centrándonos en el caso que nos ocupa, cuando un médico prescribe una transfusión de sangre como tratamiento vital, es

⁹⁶⁴ En derecho comparado, países europeos como Dinamarca o Noruega reconocen esta capacidad estableciendo una edad legal a partir de los quince años, Inglaterra, considera un menor maduro a partir de dieciséis años, aunque también reconoce capacidad a un menor de dicha edad cuando éste comprenda la finalidad y los riesgos del tratamiento. Estados Unidos establecen la capacidad del menor siguiendo el criterio de la madurez, *vid.* Montalvo, Moreno, Santamaría y Sieira (2002), pp. 573-574.

⁹⁶⁵ *Vid. supra* capítulo III.

⁹⁶⁶ En consonancia con otras disposiciones legales en las que se establece el derecho del menor a ser escuchado en todo lo que le afecte. Artículos 92 y 156 C.C, artículo 9 LOPJM.

fácilmente encajable en este supuesto de grave peligro o riesgo para el paciente menor. No obstante, advertimos que la ley no otorga la capacidad de decisión a los padres o representantes legales, sino que éstos serán informados y su opinión será tomada en cuenta⁹⁶⁷.

De la lectura del artículo podemos considerar que la capacidad de decisión la sigue ostentando el menor, sin embargo la función de los padres en estos casos no está muy clara. En nuestra opinión se pueden plantear algunas dudas. Por un lado, la interpretación que cabe dar a la opinión de los padres al afirmar que debe “ser tomada en cuenta”, ¿debemos considerar que tal opinión inclinará la balanza a favor o no del tratamiento o sólo será un factor más en la decisión? Por otro lado, y relativo a la toma de la decisión, ¿quién deberá “tener en cuenta” la opinión de los padres? ¿los médicos? ¿el juez? Y finalmente, ¿cuál es el papel del médico ante situaciones de grave peligro para el menor?

Respecto a esto último, el artículo 9.3 c) puede interpretarse en el sentido de otorgar un mayor poder de decisión de los médicos ante situaciones de urgencia. Es decir, en el caso de que los padres y el menor se opusieran al tratamiento, se procedería a su administración con base en el riesgo vital, sin necesidad de solicitar al Juez la autorización previa, autorización judicial que podría retrasar la actuación de los médicos y restar efectividad o anular el tratamiento⁹⁶⁸. Esta solución no está exenta de controversia, ya que puede considerarse que otorga un excesivo poder a los médicos que se escapa del ámbito médico para adentrarse en un terreno jurídico, que algunos médicos podrán ver con cierto reparo ante la posibilidad de verse inmiscuidos en un procedimiento judicial. No obstante, tanto la *lex artis* médica como la cobertura o apoyo legal que pueden hallar en el art. 9.3 c) de la ley de autonomía del paciente, favorece la actuación de los médicos encaminada a administrar un tratamiento médico a un paciente menor de edad en grave peligro, aun con la oposición de los padres; a lo que se añade el recurso al principio general del interés del

⁹⁶⁷ Sobre la declaración de voluntad anticipada en relación a tratamientos médicos a menores, *vid.* González-Varas (2003), pp. 309-317. El autor se refiere a que esta declaración es un acto personalísimo que no admite representación de los padres, y lo debería realizar el menor “en cuanto es la persona que se va a ver afectada por esas futuras intervenciones médicas, siempre que tenga madurez suficiente para ello”, p. 310.

⁹⁶⁸ Álvarez Prieto (2002).

menor y su protección que deben regir todo lo concerniente al menor. En apoyo de esta interpretación, el derecho comparado, como el ordenamiento jurídico australiano⁹⁶⁹, prevé que los médicos pueden proceder a una transfusión sanguínea sin el consentimiento de los padres, siempre que se cumplan tres condiciones: 1º la negativa de los padres o que éstos, en supuestos de urgencia, no hayan sido encontrados, 2º la concurrencia de una segunda opinión médica y 3º que el médico posea una experiencia previa en transfusiones⁹⁷⁰.

Por lo que interesa al papel de los padres y cómo influye su opinión en la toma de decisiones, cabe diferenciar varios supuestos, que salvo uno de ellos, todos son susceptibles de controversia: a) Si el hijo consiente el tratamiento y la opinión de los padres confirma la decisión. En este caso, no existe conflicto, y el médico procederá a la administración del tratamiento. b) Si el hijo rechaza el tratamiento y los padres confirman la decisión. En un principio, el médico debería respetar la decisión del menor y sus padres. Recordemos que el problema en este caso es que se recurre a la opinión de los padres porque hay “grave riesgo” para el paciente, por tanto, el conflicto no surgiría en el ámbito familiar sino entre el paciente y sus padres y el médico que, en función de su profesión, perseguirá salvar la vida del menor. Ante el conflicto el médico podría proceder en razón de la situación de gravedad a la transfusión o acudir al juez. En estos supuestos se encuadran la mayoría de los casos que vamos a exponer más adelante, relativos a las objeciones a transfusiones de sangre por parte de testigos de Jehová⁹⁷¹. c) Si el hijo acepta el tratamiento y sus padres lo rechazan. En nuestra opinión, aquí no cabe hablar de conflicto en tanto que el menor acepta un tratamiento que va a salvarle la vida o evitarle un riesgo extremo para su salud. La opinión contraria de los padres no debe ser tenida en cuenta en cuanto que es contraria al interés del menor y al desempeño adecuado de las funciones de la patria potestad (velar y actuar en interés del hijo). d) Si el hijo lo rechaza y sus padres lo aceptan. En este caso, el conflicto familiar implicaría acudir al juez para que determinase la autorización o no del tratamiento con base en el principio del interés del menor. Ya que, a pesar del acuerdo entre padres y médico, el derecho del menor a

⁹⁶⁹ *Public Health Act*, 1902.

⁹⁷⁰ Navarro-Valls, Martínez-Torrón y Jurdado (1989), p. 927.

⁹⁷¹ Especialmente *Vid. infra* comentario a la STC 154/2002, de 18 de julio.

consentir el tratamiento, en este caso, sería anulado por la decisión de los padres⁹⁷².

En todos los supuestos examinados debemos tener en cuenta que tanto en caso de representación del menor por carecer de capacidad suficiente para emitir su consentimiento, como, con mayor motivo, cuando sólo se debe recabar la opinión de los padres cuando exista riesgo para la vida del paciente, el criterio de actuación estará supeditado a lo que establece el artículo 9.5 cuando afirma que “la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y *proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal*. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”⁹⁷³.

Por otra parte, la ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica sirve de base para el desarrollo legislativo autonómico⁹⁷⁴. Entre las Comunidades Autónomas que han regulado el consentimiento informado y la capacidad del menor al respecto se encuentran Islas Baleares, ley 5/2003, de 4 de abril, de salud; Castilla y León, ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud; Comunidad Valenciana, ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de derechos e información al paciente; Cantabria, ley 7/2002, de 10 de diciembre, de ordenación sanitaria y Andalucía, ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada.

⁹⁷² Vid. *infra* nuestras conclusiones a estos planteamientos sobre la ponderación de los derechos en juego y cual debería primar en cada caso.

⁹⁷³ Las cursivas son nuestras.

⁹⁷⁴ Destacamos que previamente a la ley 41/2002, la Ley catalana 21/2000 sobre los derechos de información relativos a la salud, la autonomía del paciente y la documentación clínica, reguló en el artículo 7 d) la capacidad del menor para emitir su consentimiento: “en el caso de menores, si éstos no son competentes, ni intelectual ni emocionalmente, para comprender el alcance de la intervención sobre la propia salud, el consentimiento lo dará el representante del menor, habiendo escuchado *en todo caso su opinión si es mayor de doce años*. En el resto de los casos, especialmente en el caso de *menores emancipados y adolescentes de más de dieciséis años*, el menor *ha de dar personalmente su consentimiento*.” La cursiva es nuestra. Vid. comentarios a la legislación autonómica sobre el tema Rojo (2002) y (2003).

De las leyes citadas, la ley andaluza es la más escueta en su tratamiento de la capacidad del menor. El artículo 4 relativo a la capacidad para otorgar la declaración de voluntad vital⁹⁷⁵ establece que “podrá ser emitida por un mayor de edad o *menor emancipado*”, por lo que no recoge la posibilidad de que sea realizado por menores no emancipados maduros, ni tampoco establece una edad legal (16 años) como sí lo hace la ley 41/2002 ya comentada. Evidentemente, el objeto de la ley es más restringido que el que regula la ley 41/2002 y el resto de las leyes autonómicas a las que vamos a referirnos, al tratarse de un documento relativo a opciones e instrucciones ante circunstancias clínicas que impidan al declarante manifestar su voluntad, nombramiento de representante para emitir un consentimiento o relativo a donaciones de órganos, en caso de fallecimiento. En principio, podríamos interpretar que dada la regulación específica, no sería aplicable la interpretación no restrictiva de derechos del menor. Es decir, en este caso, podríamos establecer que al ser materia concreta y no general con relación al consentimiento informado, podría establecerse otros requisitos de capacidad, que sólo posibilitaran la declaración a personas mayores de edad o menores emancipados. En nuestra opinión, consideramos que esta ley no se ajusta, por restrictiva, a la ley 41/2002. Efectivamente, consideramos que el criterio a seguir sería el de la capacidad del menor emancipado o con dieciséis años cumplidos que establece el art. 9.3 de la ley 41/2002, ya que al regular ésta la capacidad del menor (emancipado o con dieciséis años) para otorgar un consentimiento informado, consideramos que se está reconociendo una capacidad intelectual y volitiva respecto de su situación clínica, y por tanto, si es capaz de entender y decidir cuando está consciente, también debe serlo para emitir una declaración en el hipotético caso de una intervención cuando no esté en condiciones de manifestar su voluntad. No obstante, debemos tener en cuenta un factor fundamental que regula la ley 41/2003 en el artículo 9.3. c) relativo al “grave riesgo” para el menor, en cuyo caso, la opinión de los padres o sus representantes deberá ser tenida en cuenta. Sin embargo, esto no debe

⁹⁷⁵ La Ley define la declaración de voluntad vital en el artículo 2 como “... la manifestación escrita hecha para ser incorporada al Registro que esta Ley crea, por una persona capaz que, consciente y libremente, expresa las opciones e instrucciones que deben respetarse en la asistencia sanitaria que reciba en el caso de que concurran circunstancias clínicas en las cuales no pueda expresar personalmente su voluntad.”

suponer óbice para que el menor pueda manifestar su voluntad en un documento ante la hipótesis de no poder ser consultado y de peligrar su vida, además junto a su declaración se tendrá en cuenta la opinión de los padres tal y como establece la ley 41/2002⁹⁷⁶.

La ley de las Islas Baleares, 5/2003, de 4 de abril, regula el consentimiento informado en el artículo 12. En relación con los menores de edad el párrafo 6 establece que “*el derecho a decidir corresponderá a los padres, tutores o curadores que ostenten la representación legal. La opinión del menor será tomada en consideración en función de su edad y su grado de madurez, de acuerdo con lo que establecen las leyes civiles. Cuando haya disparidad de criterios entre los representantes legales del menor y la institución sanitaria, la autorización última se someterá a la autoridad judicial.*” Observamos que el criterio para determinar la capacidad del menor es el inverso a la ley 41/2002, ya que en la ley balear lo determinante es la decisión de los padres como un derecho que les corresponde a ellos, siendo el papel de menor un simple emisor de una opinión en función de su edad y su grado de madurez, resultándonos llamativo que el caso de conflicto se decidirá por la autoridad judicial, siendo las partes del conflicto –y esto es lo llamativo– los padres o representantes del menor y la institución sanitaria, “olvidándose” del menor como parte implicada que evidentemente podría manifestar una opinión contraria a la de los padres o los médicos.

La ley valenciana 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente dispone que “los menores emancipados y los mayores de dieciséis años son los titulares del derecho a la información” (art. 7.3), lo que, en nuestra opinión, contradice la normativa de derechos del menor, puesto que todos los menores de edad tienen derecho a ser informados, adaptando dicha información al grado de madurez del menor⁹⁷⁷. En este sentido, la ley parece tratar de

⁹⁷⁶ De la misma forma que la ley andaluza, se regula la declaración de voluntad anticipada de mayores de edad y menores emancipados en la ley de la Comunidad Valenciana 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente (art. 17). Más restrictivas son las leyes de Cantabria 7/2002, de 10 de diciembre, de ordenación sanitaria (art. 34) y de Islas Baleares 5/2003, de 4 de abril, de salud (art. 18) que establecen el derecho a otorgar una declaración de voluntad anticipada sólo a los mayores de edad con capacidad suficiente.

⁹⁷⁷ Arts. 12 y 13 CDN y art. 5 LOPJM.

enmendar el “error” cuando afirma en el mismo apartado que “en el caso de menores, se les dará información adaptada a su grado de madurez y, en todo caso, a los mayores de doce años”. Hallamos, pues, una cierta contradicción, puesto que si se dará información en todo caso a los mayores de doce años, siendo los titulares del derecho los mayores de dieciséis, no es entendible este artículo. No nos parece aventurado manifestar que el legislador autonómico haya incurrido en un error lingüístico al querer establecer que la titularidad del derecho al consentimiento informado sean los menores emancipados y los mayores de dieciséis –en la línea de la ley 41/2002–, concepto distinto del derecho a la información. No obstante, esta duda no se disipa, sino que se acentúa al leer los artículos relativos al consentimiento informado (arts. 8 y 9). Concretamente, el art. 9.2 se refiere a que “cuando el paciente sea menor de edad ... el derecho corresponde a sus padres o representante legal ... En caso de menores emancipados, el menor deberá dar personalmente su consentimiento. *No obstante, cuando se trate de un menor y, a juicio del médico responsable, éste tenga el suficiente grado de madurez, se le facilitará también a él la información adecuada a su edad, formación y capacidad.*” Este artículo ahonda aún más en nuestra confusión ya que, por un lado, establece la capacidad para el consentimiento informado a los menores emancipados, pero por otra, y a continuación de dicha disposición, afirma que cuando se trate de un menor con suficiente grado de madurez, a criterio del médico⁹⁷⁸, podrá ser informado. A lo que nos preguntamos ¿podrá entonces el menor emitir consentimiento válido si de acuerdo a su grado de madurez puede ser informado? Esta pregunta no la responde la ley, o al menos, queda diluida en un juego de términos, a nuestro juicio, confuso, entre el derecho a ser informado y el derecho o la capacidad para emitir el consentimiento informado.

En términos igualmente restrictivos marcados por la ley autonómica balear, se configura la ley de Cantabria 7/2002, de 10 de diciembre, de ordenación sanitaria. En el artículo 30 se establece que los mayores de edad son los titulares del derecho al consentimiento

⁹⁷⁸ La implicación de los médicos en el caso de menores de edad también se refleja en el art. 9.3 cuando estime que la decisión del representante legal del menor “pueda presumirse contraria a los intereses del menor o incapacitado, deberán ponerse los hechos en conocimiento de la autoridad competente en virtud de lo dispuesto en la legislación civil.”

informado, teniendo éste en régimen de representación (art. 31) los menores de edad, los cuáles “serán consultados cuando así lo aconsejen su edad y grado de madurez, y siempre valorando las posibles consecuencias negativas de la información suministrada” (art. 32). Luego, como ya advertimos al comentar la ley de Islas Baleares, también esta norma establece una solución contraria a la regulada por la ley 41/2002, al no reconocer a los menores (emancipados y mayores de dieciséis años) capaces para emitir un consentimiento informado, mas al contrario, son los padres los que lo emiten por representación y su opinión “sólo” se recabará –luego ni tan siquiera es obligatoria– cuando lo aconsejen su edad y grado de madurez y valorando las consecuencias negativas de la información, lo que consideramos una solución muy poco concreta (quién determina si se “aconseja” la información: ¿padres? ¿médicos?) y arbitraria.

Finalmente, la ley autonómica que, en nuestra opinión, mejor regula la capacidad del menor en el ámbito sanitario y en consonancia con la ley 41/2002 es la ley de Castilla y León 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud. En primer lugar es la única ley que establece la no discriminación por motivos de edad y de religión en las actuaciones que se lleven a cabo en relación con la salud (art. 3).

Respecto a la capacidad del menor de edad, la ley es muy clara y favorable al derecho de información y consentimiento cuando afirma que “toda persona mayor de 16 años o menor emancipada ha de considerarse capacitada, en principio, para recibir información y tomar decisiones acerca de su propia salud. Asimismo, y sin perjuicio de lo anterior, habrán de considerarse capacitados todos los menores que, a criterio del médico responsable de la asistencia, tengan las condiciones de madurez suficiente” (art. 5). Continúa el siguiente artículo referente a los menores diciendo que “los Poderes Públicos de Castilla y León velarán de forma especial por los derechos relativos a la salud de los menores, y adoptarán las medidas precisas para el eficaz cumplimiento de las previsiones que a este respecto se contienen en la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León⁹⁷⁹, y demás normativa

⁹⁷⁹ El art. 20 de dicha ley establece que “4. Los menores tendrán derecho a recibir información sobre su salud y sobre el tratamiento médico al que sean sometidos en un lenguaje adecuado a su edad, madurez y estado psicológico, y en

aplicable.”. Luego la ley castellano-leonesa dispone que todos los menores emancipados y mayores de dieciséis años tienen el derecho a la información y a la decisión acerca de su salud, incluso los menores de dicha edad con madurez suficiente a criterio del médico. Además, la ley parece que quiere dejar claro el derecho a la información sanitaria del menor (sin distinción) en el artículo 18.2: “Los menores tendrán derecho a recibir información sobre su salud y sobre el tratamiento médico al que sean sometidos en un lenguaje adecuado a su edad, madurez y estado psicológico, y en las condiciones que reglamentariamente se determinen”, evitándose la confusión a la que hemos hecho referencia al comentar la ley de Cantabria 7/2002.

Solamente prevé la ley de Castilla y León el consentimiento informado del menor por representación de los padres cuando el menor no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. La ley se cuida de recalcar que cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente (art. 28.3), siendo éste el único artículo, en la normativa autonómica, que guarda una consonancia prácticamente literal con la ley 41/2002⁹⁸⁰.

Como corolario de la regulación del consentimiento informado del menor, queremos destacar la elección del criterio cronológico de la edad por nuestro ordenamiento para determinar, en general, la capacidad del menor. Sobre la conveniencia de establecer el criterio de la edad legal, la doctrina se ha pronunciado en distinto sentido⁹⁸¹.

las condiciones que reglamentariamente se determinen. 7. Los responsables y el personal de los servicios de salud, además de tener el deber de comunicación y denuncia regulado en el artículo 46.2 de esta Ley, vienen también obligados a colaborar en la evitación y solución de las situaciones de desamparo o riesgo.”

⁹⁸⁰ *Vid. supra* nuestro comentario del art. 9.3 c) sobre la intervención del médico ante las situaciones de grave riesgo.

⁹⁸¹ Sobre las distintas posiciones doctrinales *vid.* Montalvo, Moreno, Santamaría y Sieira (2002), pp. 576 y ss.

Así algunos autores, aun favorables al criterio cronológico, consideran que la edad no debe ser un criterio aplicable de manera automática sino en consonancia con la madurez del menor y atendiendo a las consecuencias de la decisión⁹⁸². Por otra parte, los contrarios a este criterio estiman que la madurez debe concretarse caso por caso en relación a las circunstancias de los hechos y la trascendencia de la decisión⁹⁸³. Nuestra opinión es favorable al criterio cronológico de la edad de 16 años por varios motivos. Primero, porque está en coherencia con el resto del ordenamiento jurídico que establece en dicha edad la capacidad del menor para ejercer derechos y realizar actos jurídicos en distintos ámbitos como el civil, el penal y el laboral⁹⁸⁴.

Es en este marco legislativo donde vamos a encuadrar los supuestos de objeción de conciencia a los tratamientos médicos por parte de menores, que hace que nos replanteemos la posición doctrinal sobre el asunto.

En líneas generales, el tratamiento doctrinal de la objeción a tratamientos médicos, así como la jurisprudencia basada en la ponderación de los derechos, lleva a diferentes resultados dependiendo de si la persona implicada es mayor o menor de edad. Por regla general, se estima que en casos de objeción realizados por mayores de edad prevalece la libertad religiosa frente al derecho a la salud. En cambio, la objeción de conciencia a tratamientos médicos por parte de menores o sus padres, en representación, cuando no tienen suficiente juicio o están en una situación clínica que les hace incapaces para prestar consentimiento, se ha resuelto por la doctrina y la jurisprudencia a través de la primacía del derecho a la vida frente a la libertad religiosa de los padres y del menor⁹⁸⁵.

⁹⁸² Romeo Malanda (2000).

⁹⁸³ Martínez-Pereda Rodríguez (1998).

⁹⁸⁴ *Vid.* capítulo III, 4. Linacero (2001), p. 86, Montalvo, Moreno, Santamaría y Sieira (2002), pp. 577-578.

⁹⁸⁵ *Vid.* sobre el derecho a la salud como límite a la libertad religiosa y las distintas posturas sobre la primacía del derecho a la vida y su crítica, en Combalá (1993).

No obstante, no nos podemos ceñir a una visión tan genérica en la resolución de estos casos, puesto que tanto en el caso de los mayores de edad, como, sobre todo, en el de los menores de edad se requiere matizaciones que vamos a examinar a continuación.

3.2. La objeción a tratamientos médicos por parte de mayores de edad responsables de menores.

Como hemos expuesto anteriormente en lo relativo al consentimiento informado, el respeto a la objeción al tratamiento médico realizado por un mayor de edad debe ser una decisión respetada tenga su base en su libertad religiosa y en el derecho sobre su integridad física.

Por lo que respecta a la objeción a tratamientos médicos por motivos religiosos, no cabe la injerencia del poder público para evitar lo que podría ser considerado *a priori* como un suicidio, ya que existe una diferencia esencial en la motivación de la persona para evitar el tratamiento que salvaría su vida. Esta diferencia es que mientras que el objetivo del suicida es provocar su muerte, la finalidad del objetor es evitar una condenación eterna o el castigo divino, por contravenir un dogma⁹⁸⁶.

Por tanto, y así se estima por la doctrina y la jurisprudencia⁹⁸⁷, obligar a un objetor a la transfusión supondría violentar la libertad más esencial del ser humano: pensar, tener unas creencias y actuar en consecuencia.

No obstante, algunos autores han distinguido distintos supuestos cuando la objeción es realizada por un mayor de edad atendiendo a su situación personal y familiar, en cuyo caso, los poderes públicos

⁹⁸⁶ Compartimos la opinión de Navarro-Valls, Martínez-Torrón y Jurdado, p. 962 y de Combalá (1993) cuando afirma que “la equiparación de la actitud del testigo de Jehová a la del suicida comporta una considerable falta de sensibilidad hacia la tutela de las libertades, el respeto a la persona y a su dignidad”, p. 55.

⁹⁸⁷ Excepción de dos sentencias del TS que exoneraron de responsabilidad penal a sendos jueces que ordenaron la transfusión a un adulto, STS de 14 de marzo de 1979 y STS de 22 de diciembre de 1983, en las que el TS razona que los jueces obraron de acuerdo a derecho al valorar como interés preponderante el derecho a la vida de las pacientes. *Vid.* comentario en Navarro-Valls, Martínez-Torrón y Jurdado (1989), pp. 950-953.

pueden observar otros intereses y derechos que propicien la ordenación del tratamiento médico. Estos supuestos distinguen si el objetor es una persona soltera, tiene cargas familiares (hijos menores) o se trata de una mujer embarazada⁹⁸⁸.

No es objetivo de nuestro trabajo analizar la objeción en personas adultas, pero nos parece interesante referirnos a los supuestos en los que los poderes públicos actúan para proteger el interés de menores de edad dependientes del objetor.

La jurisprudencia estadounidense ha sido la que ha tratado de forma expresa estos supuestos. El caso *Matter of Melideo*⁹⁸⁹ planteó ante la Corte Suprema de Nueva York un supuesto de objeción de la sra. Melideo a recibir una transfusión de sangre, después de una operación que le había causado una hemorragia. El hospital, ante la negativa de la paciente y de su marido, ambos testigos de Jehová, acude al Tribunal para solicitar la autorización para realizar la transfusión. El Tribunal rechaza la petición basándose en el respeto a la decisión tomada por un adulto capaz por motivos religiosos, debiendo existir un interés superior del Estado para autorizar la misma. Aún no tratándose de este caso, la sentencia argumenta que el interés del Estado para imponer el tratamiento a un mayor de edad capaz podría basarse en la existencia de hijos menores del paciente. Se considera que la protección y el interés del menor es una cuestión de interés para el Estado. Esto significa que el Estado debe velar para garantizar la continuidad de la situación familiar, por lo que el Tribunal puede limitar una decisión basada en la libertad religiosa. Esta argumentación puede encontrarse en el caso de la Sra. Jesse E. Jones⁹⁹⁰ en el que la objetora sí tenía un hijo y el juez autorizó la transfusión. Se consideró que la paciente tenía la responsabilidad de atender al hijo y el hecho de poner en riesgo su vida era considerado por el Juez como un abandono del menor. Por ello, era de interés

⁹⁸⁸ Distinción tratada jurisprudencialmente en el ámbito del derecho angloamericano. Palomino (1994), pp. 266-308, Navarro-Valls, Martínez-Torrón y Jusdado (1989), pp. 902-911.

⁹⁸⁹ 390 N.Y.S. 2d 523 (1976).

⁹⁹⁰ *Application of the President and Directors of Georgetown College, Inc.* 331 F.2d 1000 (1964).

estatal la protección del hijo a través de salvar la vida de la madre por la transfusión⁹⁹¹.

También observamos el interés del Estado en la protección de los hijos de personas que se niegan a recibir transfusiones sanguíneas en el caso de Susan Hess⁹⁹². La paciente iba a ser operada de cálculos renales pero objetaba ante la posibilidad de recibir una transfusión sanguínea. Ante esta negativa, el Hospital se negó a proceder a la intervención hasta que no tuviera autorización judicial para proceder, en su caso, a la transfusión. El Tribunal resolvió que aunque no se puede imponer un tratamiento a un adulto capaz, la objeción debía ceder ante el interés del Estado de velar por el interés de los hijos menores.

No obstante, la interpretación que los tribunales estadounidenses realizan del interés del menor para imponer una transfusión de sangre al adulto responsable del mismo no es taxativa, sino que se observan las circunstancias familiares, sociales antes de emitir la decisión judicial. Esto se constata en el caso *In re Osborne*⁹⁹³. El sr. Osborne, casado y con dos hijos, había tenido un accidente que le causó una hemorragia interna que hacía imprescindible una transfusión. Tanto él como su esposa, testigos de Jehová, se negaron a la misma. El hospital solicitó autorización al Tribunal, el cual se la denegó. El recurso ante el Tribunal de Apelación del Distrito de Columbia confirmó la sentencia anterior. Entre sus argumentaciones, consideró que aunque el paciente tuviera dos hijos, no cabía apreciarse un supremo interés del Estado que limitara su derecho de libertad religiosa, ya que los hijos gozaban de una buena situación familiar y económica que propiciarían su desarrollo. Observamos como el Tribunal estima el valor “económico” como factor principal para valorar el interés del menor⁹⁹⁴.

⁹⁹¹ Vid. comentario de Palomino (1994), pp. 285-290.

⁹⁹² *In the matter of the Application of Winthrop University Hospital*, 490 N.Y.S. 2d 996 (1985). Vid. comentario en Palomino (1994) pp. 298-299.

⁹⁹³ 294 A.2d 372 (1972).

⁹⁹⁴ Sigue el criterio económico la resolución *St. Mary's Hospital v. Ramsey*, 565 So.2d 666 (Fla.App. 4 Dist. 1985). En este caso el Tribunal considera que no ha lugar a la autorización con base en la protección de terceros (hijo) ya que en este caso, el padre (paciente) está separado de la madre, el menor vive con ella, y tiene asegurado unas condiciones de vida adecuadas.

El interés del menor, concretado en tener una situación familiar adecuada para su desarrollo, no debería reducirse a términos económicos, ya que una persona con posibles podría mantener su objeción, mientras que otra, con menos recursos, vería rechazada ésta⁹⁹⁵. En nuestra opinión, el término “cuidado” del hijo implica no sólo unas circunstancias económicas sino también una atención personal. No obstante, la apreciación de una situación familiar que propicie unas “adecuadas” relaciones personales al menor es una decisión que se basa en hechos menos “objetivos” que la cuantificación económica al objeto de asegurar la el mantenimiento de un hijo. Por lo que, constatamos el pragmatismo que impregna estas sentencias, frente a las situaciones de discriminación (padre con recursos/sin recursos)⁹⁹⁶.

3.3. La objeción a tratamientos médicos realizada por menores y/o sus padres.

De acuerdo con la regulación del consentimiento informado realizado por la ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, el artículo 9 establece que los menores que tengan dieciséis años cumplidos tienen capacidad para emitir su consentimiento a los tratamientos médicos. Aunque, si existe un grave riesgo, deberá recabarse la opinión de los padres.

Esta ley, junto con su desarrollo autonómico que ya examinamos, viene a introducir nuevos planteamientos en un ámbito, como el de las objeciones a tratamientos médicos cuando estén implicados menores, en el que la doctrina prácticamente se muestra unánime: primar la vida del menor frente a la libertad religiosa de los padres y del menor⁹⁹⁷.

A lo largo de este trabajo, hemos defendido la capacidad del menor maduro para ejercer el derecho de libertad religiosa y, por

⁹⁹⁵ Palomino (1994), p. 298.

⁹⁹⁶ Nótese también que en estos dos supuestos los objetores son hombres y en los anteriores, en los que se ha autorizado la transfusión, son mujeres. Quizás sea casual, pero las resoluciones judiciales parecen estimar una mayor responsabilidad de los hijos para las mujeres.

⁹⁹⁷ Combalía (1993), p. 73, Romero Casabona (1998), p. 329. Navarro-Valls, Martínez-Torrón y Jurdado (1989), Sieira (2002), p. 648.

tanto, actuar en conciencia. No obstante, cuando el derecho a la vida del menor está en juego y éste confronta con el ejercicio de la libertad religiosa se nos plantean una serie de problemas a los que vamos a tratar de sugerir algunas soluciones jurídicas.

Como sabemos, el estatus jurídico del menor de edad tiene entre sus elementos esenciales el principio de protección tanto desde un plano familiar como social, político y jurídico. Esto quiere decir, que cuando el primer nivel de protección, que es la familia, no asegura o cumple con sus funciones protectoras, el Estado tiene un interés y un deber en la protección de ese menor. Por ello, consideramos que ante la negativa de los padres –y también de los menores– a que se le aplique al menor un tratamiento que salve su vida, es preceptiva la intervención del Estado a través de la autoridad judicial.

En este sentido, la jurisprudencia estadounidense considera que la actuación del Estado en estos casos se justifica por su función de *parens patriae*⁹⁹⁸. La sentencia del caso *Prince c. Massachusetts*, aunque no se refería a la negativa a transfusiones sanguíneas⁹⁹⁹, afirmaba que tanto los derechos de los padres como los derechos religiosos tienen limitaciones y que el derecho de los padres a la libertad religiosa no incluye el arriesgar la salud del menor, y por ello, el Estado tiene libertad para limitar el derecho de los padres. Continúa la sentencia afirmando que los padres son libres de hacerse mártires a sí mismos, pero que esta libertad no alcanza a sus hijos, los cuáles

⁹⁹⁸ El concepto de *parens patriae* tiene su origen en el s. XVII como una prerrogativa de la Corona inglesa para amparar a los súbditos que no eran capaces de valerse por sí mismos. Actualmente, es un poder del Estado para intervenir en las relaciones paterno-filiales, para proteger los derechos del menor a la salud, desarrollo y seguridad, oyendo al menor para determinar una solución judicial, cuando así proceda. *Vid.* Palomino (1994), p.312.

⁹⁹⁹ *vid.* comentario en Relaño Pastor (2001), pp. 370-371. El supuesto de hecho se centra en la petición por parte de los apelantes de invalidar la constitucionalidad de una ley laboral que prohibía la difusión de material religioso (revistas y libros) a los menores de edad. El Tribunal rechazó la petición de los apelantes. Sin embargo, consideramos de interés referirnos al voto particular del Juez Murphy, que Relaño considera una defensa de los derechos de las minorías, cuando afirma que “el niño estaba ocupado en una forma de evangelismo misionero con una intención claramente evangélica”, afirmando que la carga de la prueba corresponde al estado de Massachussets, que deberá probar que la actividad que realiza el menor en la calle conlleva daños para éste.

decidirán ellos mismos cuando tengan discreción plena y legal para decidir por sí mismos¹⁰⁰⁰.

Además, la solución de los tribunales estadounidenses, no es simplemente la intervención del Estado como *parens patriae*, sino que se concreta en la asunción “momentánea” de la tutela de ese menor para decidir legalmente a favor de la transfusión, ante una situación que se califica como abandono del menor (*child neglected*). Es como si se produjese, por la intervención del Estado, una “suspensión” de la patria potestad. Cabe citar, a modo de ejemplo, los casos *People v. Labrenz*¹⁰⁰¹, *Morrison v. State*¹⁰⁰² y *Hoener v. Bertinato*¹⁰⁰³.

Por otra parte, ante de establecer propuestas de solución ante los casos que pueden plantearse en relación al tratamiento médico de menores, veamos algunas resoluciones judiciales en España.

La jurisprudencia española ha resuelto casos en los que los menores, o sus padres, se niegan a recibir transfusiones sanguíneas. Estos supuestos se han planteado desde dos ópticas diferentes (civil y penal), de un lado, la relativa a la retirada temporal de la patria potestad¹⁰⁰⁴ de los padres para autorizar el tratamiento médico, y de otro lado, la responsabilidad penal en la que incurren los padres que se niegan a autorizar el tratamiento médico para su hijo.

El auto de la Audiencia Provincial de Huelva de fecha 6 de marzo de 1995 es una resolución judicial que encaja perfectamente con la postura de prevalecer la vida del menor como límite a la libertad religiosa de los padres. Es cierto que este supuesto no puede considerarse complejo, fundamentalmente porque la menor implicada carecía de suficiente juicio debido a que se trataba de una recién nacida cuando sucedieron los hechos.

¹⁰⁰⁰ Vid. comentario en Palomino (1994), pp. 310-311. También se refiere a ella Combalía (1993), pp. 77-78.

¹⁰⁰¹ 104, N.E. 2d 769 (1952).

¹⁰⁰² 25 S.W. 2d 97 (1952).

¹⁰⁰³ 171 A.2d 140 (1961). Tanto este caso como los anteriores citados son ampliamente comentados por Palomino (1994), pp. 313-316.

¹⁰⁰⁴ Sobre la cuestión de la patria potestad en los tratamientos médicos vid. Armenteros (1997).

Los padres de la niña, ambos testigos de Jehová se negaron a que su hija recibiera las transfusiones de productos hemáticos necesarias para salvarle la vida. Ante la negativa de los padres, el equipo médico solicitó el permiso al juzgado de guardia, el cual le fue concedido. El padre recurrió contra la decisión la cual fue denegada por la Audiencia Provincial.

Los fundamentos jurídicos de la resolución recogieron que la libertad religiosa ejercida por el padre tenía como límite el derecho a la vida de la niña¹⁰⁰⁵. Asimismo, afirmaban que el ejercicio de la patria potestad debía enmarcarse en el principio de interés superior del menor, y éste en el caso que se suscitaba era el mantenimiento de su propia vida por encima de las creencias de los padres¹⁰⁰⁶. Por ello, la

¹⁰⁰⁵ Fundamento jurídico segundo: "...el citado derecho, garantizado en el artículo 16.1 de la Constitución Española, tiene como límite la salud de las personas (ATC 20 junio 1984), siendo reiteradas las Resoluciones del Tribunal Supremo (Autos de 27 septiembre 1978, 14 marzo 1979 y 22 diciembre 1983) que reconocen el valor indisponible de la vida humana, resolviendo a favor del derecho a la vida - art. 15 CE- el conflicto suscitado en estos supuestos en los que entra en colisión con el derecho a la libertad religiosa, destacando la preeminencia absoluta del derecho a la vida, por ser el centro y principio de todos los demás (STS 27 marzo 1990)."

¹⁰⁰⁶ Fundamento jurídico segundo: "...cualquier medida atinente a los hijos... es su interés el que debe prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores, hasta el punto de que el llamado «bonum filii» ha sido elevado a principio universal del derecho, viniendo consagrado en nuestra legislación en diversos preceptos del Código Civil (arts. 92, 93, 94, 103.1.º, 154, 158, 162 y 170) y en general en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, constituyendo principio fundamental y básico orientador de la actuación judicial que concuerda con el constitucional de protección integral de los hijos (art. 39.2.º CE) y responde a la nueva configuración de la Patria Potestad (art. 154.2.º); sin que podamos olvidar que también el derecho Internacional se ha mostrado especialmente sensible a la protección del menor, encontrándose múltiples referencias a esta materia en los Convenios o Declaraciones acerca de la protección internacional de los derechos humanos, así la Declaración Universal de los derechos humanos de 10 diciembre 1948 (arts. 1, 2, 16, 25 y 27), CEDH (arts. 5, 8, 12 y 14), el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos de Nueva York (arts. 23 y 24), y muy especialmente la Convención sobre los derechos del niño, ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, cuyo art. 3.1.º establece que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño»; estableciendo el artículo 39.4.º de la Constitución Española que «los

Audiencia declinó admitir el recurso de apelación y confirmó la resolución del Juzgado de instancia que concedía el permiso para transfundir al servicio de Pediatría del Hospital donde la niña permanecía ingresada.

Por otra parte, el caso más destacable, sobre todo por el proceso seguido y las diversas fundamentaciones jurídicas en las distintas instancias, es el resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1997 que condena por homicidio a unos padres que se negaron a que su hijo recibiese una transfusión. El hijo, de 13 años, precisaba una transfusión para salvar la vida, a lo que se negaba tanto el menor como los padres, los cuales solicitaron el alta médica para buscar otro centro con algún tratamiento alternativo. Los médicos desconocían otro tratamiento para evitar la transfusión por lo que solicitaron la autorización del juez para proceder a la misma. Los hechos se complicaron cuando el menor, ante el tratamiento al que iba a ser sometido, reaccionó aterrorizado, lo que a juicio de los médicos era perjudicial para el menor continuar con ello. Tras la negativa del niño a recibir la transfusión y la postura de los padres, los médicos dieron el alta médica. Los padres buscaron un hospital con tratamiento alternativo pero no lo encontraron. Finalmente, el niño murió en su domicilio, tras administrarle, finalmente, una transfusión autorizada por un juez. Los padres fueron acusados y condenados por cometer un delito de homicidio por omisión. Un aspecto destacable de esta sentencia es que la objeción realizada por el menor no fue tenida en cuenta, ya que los Tribunales, en las distintas resoluciones judiciales consideraban que la opinión del menor, en caso de confrontación con su vida, no debería ser considerada vinculante.

Este mismo caso se resolvió por el Tribunal Constitucional en recurso de amparo el 18 de julio de 2002 (sentencia 154/2002)¹⁰⁰⁷. En el fallo de la sentencia el Tribunal Constitucional anula las anteriores del Tribunal Supremo¹⁰⁰⁸ y declara que se ha vulnerado el derecho de

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

¹⁰⁰⁷ Vid. comentario en Navarro-Valls (2003), Navarro-Valls y Martínez Torrón (2002), Álvarez Prieto (2002), González-Varas (2003), pp. 311-312.

¹⁰⁰⁸ Al TS llegaron dos recursos de casación, uno de ellos interpuesto por el Ministerio Fiscal por infracción de Ley. Ambos recursos se resolvieron por STS de igual fecha y con el mismo número: STS 950/1997 de 27 de junio de 1997.

libertad religiosa de los padres. Los fundamentos jurídicos toman como clave que los padres cumplieron su función de proteger y velar por su hijo, propia de la patria potestad en coherencia con sus convicciones, por lo que, según cita literal de la sentencia, dichas convicciones no fueron "obstáculo para que pusieran al menor en disposición efectiva de que sobre él fuera ejercida la acción tutelar del poder público para su salvaguarda, acción tutelar a cuyo ejercicio en ningún momento se opusieron". Con base en esto, según la sentencia no cabe condenar a los padres por su actitud omisiva, ya que cumplieron sus deberes como padres, ni considera lícito exigirles una conducta activa –permitir la transfusión– si ésta es contraria a sus convicciones.

No obstante, uno de los extremos que nos interesa destacar de esta resolución es la consideración por parte del Tribunal de la postura adoptada por el menor respecto de la transfusión sanguínea y su relevancia jurídica.

Como ya hemos apuntado, la doctrina ha tratado el tema de la objeción a tratamientos médicos desde la clásica separación entre mayores de edad y menores de edad, estableciendo que el mayor de edad que conscientemente opta por no recibir un tratamiento médico por motivo de creencias anteponiendo éstas a su vida, debe respetarse y no interferir el Estado en dicha decisión. Mientras que para los supuestos en que esté en peligro la vida de un menor, la solución doctrinal es primar el derecho a la vida con base en el principio de interés superior del niño.

Tal y como recoge el texto de la sentencia, en la demanda de amparo "se cuestionan las dos bases que, según la misma, sustentan la condena penal impuesta: en primer lugar, la irrelevancia del consentimiento u oposición de un niño de trece años estando en juego su propia vida; en segundo lugar, la exigibilidad a los padres de una acción disuasoria de la negativa de su hijo a dejarse transfundir, al extremo de imputarles, a causa de su omisiva conducta, el resultado de muerte."

Por su parte, el Ministerio Fiscal solicitaba la denegación del amparo ya que el menor carecía de capacidad legal "para la adopción de una decisión trascendente respecto de su vida que, en el desempeño

de la patria potestad, sus padres estaban obligados a salvaguardar” además continúa que “el derecho a la vida, en cuanto referido a tercero respecto del que existe una especial relación de responsabilidad, nacida de la patria potestad, constituye un efectivo límite a la libertad religiosa.”

La fundamentación jurídica del TC, por lo que respecta al consentimiento u oposición del menor al tratamiento y el cómo incidió éste en la postura de sus padres y en el cumplimiento de sus funciones parentales, giró a en torno a tres cuestiones: “en primer lugar, si el menor puede ser titular del derecho a la libertad religiosa; en segundo lugar, significado constitucional de la oposición del menor al tratamiento médico prescrito; en tercer lugar, relevancia que, en su caso, pudiera tener dicha oposición del menor.”¹⁰⁰⁹

Sobre la primera cuestión –titularidad del derecho de libertad religiosa por el menor–, el TC cita la normativa en la que se regula expresamente el derecho del menor a la libertad religiosa, citando el artículo 14 de la CDN de 1989, el artículo 6 de la LOPJM de 1996 y jurisprudencia previa del propio Tribunal, STC 141/2000, de 29 de mayo, (F.J. 5) en la que se recogía en términos parecidos la misma argumentación ahora expuesta.

Por lo que respecta al significado constitucional de la negativa de l menor a recibir el tratamiento hemotransfusional, el TC hace constar que la voluntad del menor, en el ejercicio de su libertad religiosa, coincide con la de sus padres, y que éste es un dato a tener en cuenta, puesto que “que en modo alguno puede estimarse irrelevante y que además cobra especial importancia dada la inexistencia de tratamientos alternativos al que se había prescrito”. Y junto al derecho de libertad religiosa del menor, “cobra especial interés el hecho de que, al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal —como distinto del derecho a la salud o a la vida— y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE).”¹⁰¹⁰

¹⁰⁰⁹ F.J. 9º.

¹⁰¹⁰ F.J. 9º.

Finalmente, el F.J. 10 aborda la cuestión de la relevancia del consentimiento del menor en este caso. El Tribunal parte de cuatro cuestiones fundamentales para valorar el alcance del consentimiento del menor. Primero, considera que el menor ejercitó su derecho de libertad religiosa y su derecho a la integridad física. Segundo, hay que tener en cuenta que en todo caso, es prevalente el interés del menor. Tercero, se refiere el Tribunal a la exclusión de la representación paterna referida en el art. 162.1 CC, añadiendo a continuación que “tal exclusión, por otra parte, no alcanza al deber de velar y cuidar del menor y sus intereses” y cuarto, que hay que valorar el alcance del consentimiento del menor en este supuesto, en el que se afecta negativamente, de forma irreparable y definitiva, la vida.

Precisamente, en éste último aspecto se centra el Tribunal destacando que el derecho a la vida es “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional y supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible”¹⁰¹¹. Además considera que no queda suficientemente probado que el menor, de trece años de edad, tuviera la madurez suficiente para tomar una decisión vital, pero matiza que la reacción del menor ante la transfusión “pone de manifiesto que había en aquél unas convicciones y una consciencia en la decisión por él asumida que, sin duda, no podían ser desconocidas ni por sus padres, a la hora de dar respuesta a los requerimientos posteriores que les fueron hechos, ni por la autoridad judicial, a la hora de valorar la exigibilidad de la conducta de colaboración que se les pedía a éstos.” Con esta última argumentación, el Tribunal dota de relevancia la postura del menor en cuanto afecta a la decisión de los padres, coincidente con la opinión del hijo. Por tanto, el Tribunal a continuación analiza si se ha efectuado una adecuada ponderación de los bienes jurídicos enfrentados y si “la realización de las concretas acciones que se han exigido de los padres en el caso concreto que nos ocupa — especialmente restrictivas de su libertad religiosa y de conciencia— es

¹⁰¹¹ Sentencias que mantienen esta idea y que son citadas por el Tribunal son STC 53/1985 y STC 120/1990, de 27 de junio. Por otra parte, *vid.* la opinión de Viladrich (1983) al preguntarse “¿de qué le aprovecha al hombre el que se le respete su derecho a la vida, si no se le trata, ni se le deja vivir como persona, esto es, según lo más específico y digno de su naturaleza esencial?” p. 203.

necesaria para la satisfacción del bien al que se ha reconocido un valor preponderante.”

Sobre la ponderación de derechos en juego: derecho a la vida del menor y libertad religiosa de los padres, el Tribunal, citando la propia jurisprudencia constitucional, estima que la vida es un valor superior del ordenamiento constitucional y que “la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse en que el menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser.” Además, la prevalencia del derecho del menor a la vida no quedaba limitada por la libertad religiosa de los padres, lo cuáles, a juicio del Tribunal, llevaron a su hijo a centros sanitarios, se preocuparon por su salud y se aquietaron ante la primera autorización judicial de la transfusión.

Asimismo, la sentencia considera que las acciones requeridas a los padres podrían constituir violación de su libertad religiosa. En primer lugar, la acción suasoria sobre el hijo para que aceptara el tratamiento que, a la vista del menor, contradecía la orientación educativa recibida por sus padres. Y en segundo lugar, también se les exigía otra acción contraria a sus creencias cuando se les pide la autorización paterna para proceder a la transfusión. Por todo lo cual, el Tribunal estima que hubo violación de la libertad religiosa, ya que tales exigencias no se correspondían con la posición garante de los padres (F.J. 15).

En vista de la argumentación de la sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio, la ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y con base en que el menor de edad es sujeto de derechos que adquiere su capacidad para ejercerlos conforme su desarrollo evolutivo, creemos necesario plantear varios supuestos con soluciones diferentes en caso de objeción a tratamientos médicos a menores.

En primer lugar, hay que distinguir si está en juego o no la vida del menor y en segundo lugar, si el menor tiene o no suficiente juicio.

En los supuestos en los que peligran la vida y el menor no tiene madurez suficiente, consideramos que debe primar siempre la vida sobre el derecho de libertad religiosa de los padres. Además de la aplicación del principio del interés del menor, hay que tener en cuenta que los padres tienen derechos para los hijos y no sobre los hijos, es decir, la institución jurídica de la patria potestad es una institución protectora que nunca puede escudar un poder de decisión sobre los hijos que vaya a vulnerar los derechos fundamentales de los mismos. Por este motivo, en los casos en los que los padres, alegando “su” libertad religiosa impiden un tratamiento que salvaría la vida de su hijo, vulneran el derecho fundamental del menor a la vida, por lo que el derecho de libertad religiosa se vería limitado por la cláusula del orden público y por no cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad, proteger y velar por los hijos.

Por otra parte, en el supuesto de que el menor tenga suficiente juicio las soluciones se tornan más complicadas ya que intervienen la capacidad decisoria del menor –en cuanto sujeto capaz de ejercer su libertad religiosa– y la protección debida a los menores de edad.

La ley 41/2002 de 14 de noviembre básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica¹⁰¹² en su artículo 9.3. c) establece que el consentimiento a tratamientos médicos lo dará sus representantes legales aunque oyendo a los mayores de doce años. En cambio si son emancipados o mayores de dieciséis años no cabe la representación. Además el artículo afirma que cuando exista un riesgo para el menor la opinión de los padres será “tenida en cuenta”.

En el supuesto de que el menor no esté consciente para mostrar su decisión y los padres objetan al tratamiento médico, prevalecerá la vida sobre la libertad religiosa.

En nuestra opinión y a pesar de mostrarnos favorables a lo largo de este trabajo a la capacidad del menor en materia religiosa, creemos que la decisión de un menor de edad rechazando un tratamiento médico cuando está en juego su vida, aunque tenga suficiente juicio para ejercer su libertad religiosa, ésta no debe prevalecer sobre

¹⁰¹² BOE núm. 274, de 15-11-2002.

aquella. La primera razón es porque el hecho de adquirir suficiente madurez para ejercer el derecho no confiere a la persona la plena capacidad, no sólo desde el punto de vista jurídico sino quizás tampoco psíquico, para decidir sobre un asunto tan trascendental como su propia vida, ni siquiera como resultado del ejercicio de un derecho fundamental como la libertad religiosa, para el que sí puede ser capaz. Creemos que negar la capacidad de decisión del menor sobre su vida no significa contradecir la teoría de su capacidad para ejercer el derecho de libertad religiosa, sino atender a la protección debida al menor de edad que obliga a los poderes públicos, en una etapa de la vida crucial en la que la persona se desarrolla. La segunda razón es porque interviene el límite al derecho de libertad religiosa no sólo de los padres, sino también el del propio menor. En el caso del menor, no se aplica el límite del orden público en el sentido que no hay extensión a otras personas, ya que se trata del mismo sujeto, el que lo alega y el perjudicado, pero sí en cuanto que el límite se basa en la protección del menor. No olvidemos que el menor, aún capaz para ejercer derechos, sigue siendo menor de edad y por ello, es sujeto de especial protección. A esto se añade que la decisión del menor sobre su propia vida no es comparable con su capacidad para tomar otras decisiones, ya que la decisión sobre su propia vida, a diferencia de otras, tiene como consecuencia un hecho irreversible y definitivo, por lo que, en nuestra opinión, debe respetarse el criterio de la mayoría de edad legal (18 años) para poder decidir sobre el derecho a la vida.

Por otra parte, si el tratamiento del menor no interfiere con su vida y se trata de una prescripción médica para mejorar la salud o de diagnóstico, se distinguirá entre si el menor tiene o no suficiente juicio. Si no tiene madurez suficiente, se requerirá el consentimiento de los padres o representantes legales, atendiendo a la ley 41/2002 de autonomía del paciente, prevaleciendo el interés del menor sobre la decisión de éstos, lo cual quiere decir que se tendrá en cuenta al menor como persona independiente de sus padres, que tienen capacidad de decisión en cuestiones que afecten a sus hijos siempre y cuando no contravengan la función de la patria potestad, cuidar y proteger a los hijos¹⁰¹³.

¹⁰¹³ Artículo 154 del Código civil: "...La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes

Finalmente, si el menor tiene suficiente juicio y el tratamiento médico no es necesario para salvar su vida, se atenderá a la decisión del menor de acuerdo con la Ley 41/2002 de autonomía del paciente. A este respecto, podemos encontrarnos ante situaciones que, si bien no implican un riesgo para la vida del menor, si conllevan que ante la objeción del tratamiento médico se produzcan daños irreversibles para la salud y/o estéticos que provoquen rechazo o aislamiento social. La jurisprudencia estadounidense ha tratado de forma ambivalente estos supuestos. Por un lado, el caso *State of Oregon v. Jensen*¹⁰¹⁴, el Tribunal de Apelación del Estado de Oregón confirmó la retirada de la custodia de un hijo de quince meses para someterlo a operación a fin de evitar la retención de líquido en el cráneo que produciría un crecimiento anómalo de la cabeza del menor. Aunque no existía riesgo para la vida del niño en caso de no proceder a la operación, el Tribunal primó el interés del menor, concretado en lograr una mejor calidad de vida del niño, debiendo ceder las convicciones religiosas de los padres, que sólo admitían como medio curativo la oración. La misma línea jurisprudencial se observa en *In re Sampson*¹⁰¹⁵. Kevin Sampson, de quince años, no asistía a la escuela desde los nueve debido a una neurofibromatosis en cara y cuello. El departamento de salud consideraba necesario someter al menor a una operación. La madre, testigo de Jehová, se negó puesto que la intervención requería transfusión sanguínea. Llevado el caso ante los Tribunales se consideró al menor en declaración legal de abandono (*neglected child*), lo que autorizaba a la autoridad sanitaria a la operación basándose en el derecho del menor a un normal desarrollo. Asimismo, en el caso *Matter of Hamilton* los tribunales del Estado de Tennessee estimaron a la niña Pamela I. Hamilton, de doce años, como *neglected child*, ya que sus padres se negaban con base en sus creencias religiosas, a someter a la niña, enferma de cáncer, al tratamiento de quimioterapia. En este caso, el Tribunal de Apelación considera el interés estatal en la salud de la menor, en cuanto que es una situación muy próxima al riesgo para la vida de la niña.

deberes y facultades: 1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral...”

¹⁰¹⁴ No. C.A. A.21918, September 14, 1981. *Vid.* comentario en Navarro-Valls, Martínez-Torrón y Jurdado (1989), p. 915.

¹⁰¹⁵ 323 NYS 2d 253, 1971. *Vid.* comentario en Palomino (1994), pp.317 y ss.

Por otro lado, los tribunales consideran que si no existe riesgo para la vida se debe respetar el derecho de los padres y los hijos. Son estos supuestos interesantes en la medida en que la resolución judicial prevé la audiencia al menor, es decir, se tiene en cuenta su opinión sobre el tratamiento. En el caso *Seiferth*¹⁰¹⁶, Martin Seiferth, de catorce años, tenía una deformidad bucal que le impedía hablar con normalidad, lo cual, en opinión de médicos, podría causarle problemas en su desarrollo psíquico. Su padre se negó a la intervención alegando a sus creencias, no obstante, consentía si su hijo deseaba la operación. Una vez consultado Martin por el juez, éste respondió que prefería someterse para su curación a “las fuerzas naturales”. El Tribunal respetó la decisión del menor, pese a estimar que estaba fuertemente influenciado por su padre, ya que no existía ningún riesgo para la vida del menor.

Igualmente, sigue el criterio del caso *Seiferth* el Tribunal de Pennsylvania en el caso *In re Green*¹⁰¹⁷. Un menor de diecisiete años aquejado de escoliosis, precisaba una operación en la que se debía proceder a una transfusión de sangre. Su madre, testigo de Jehová, se negó a la operación. El argumento del Tribunal, basado en la ponderación de intereses, consideró que el Estado no podía disponer la operación de la menor en contra de la opinión de la madre, ya que sólo existía un interés estatal que limitaría la libertad religiosa de los padres cuando hubiese peligro para la vida del menor. La solución del Tribunal, fue remitir la causa a la instancia inferior para escuchar la opinión del menor relativa a la operación.

4. LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARA LA PROTECCIÓN DE MENORES.

La pertenencia de menores de edad a NMR es una situación amparada por el derecho de libertad religiosa del cual son titulares. Sin embargo, la adscripción y permanencia en un NMR debe ser un acto libre y voluntario a través del cual el menor maduro ejerce su libertad religiosa. La situación se complica cuando la actividad proselitista y de retención de los adeptos por parte del grupo vulnera

¹⁰¹⁶ 127 N.E. 2d 820 (1955). *Vid.* comentario en Palomino (1994), p. 316 y ss.

¹⁰¹⁷ 292 A.2d 387 (1972), *Vid.* comentario en Palomino (1994), pp. 319 y ss.

derechos de los miembros hasta llegar a anular la personalidad autónoma de éstos, en cuyo caso podemos hablar de “sectas destructivas”.

La pertenencia del menor a estas sectas puede realizarse, como hemos mencionado anteriormente, como un acto de ejercicio de libertad religiosa cuando se trate de un menor maduro o cuando la adscripción se realiza a través de los padres, bien cuando son niños pequeños o incluso nacidos en el ámbito sectario. Recordemos, no obstante, que la libertad religiosa tiene límites establecidos por las normas, tanto para los mayores como para los menores de edad, y que han sido tratados en otra parte de este trabajo¹⁰¹⁸. Sin embargo, las sectas destructivas no encajan con lo que podríamos considerar un ámbito en el que ejercer la libertad religiosa, mas al contrario, los procedimientos del grupo pueden vulnerar la libertad religiosa de los adeptos en cuanto anulan su capacidad volitiva y se someten a una autoridad que sesga su autonomía.

Ante esto, la cuestión que se plantea la doctrina es hasta qué punto el derecho puede regular una legislación explícita para controlar y actuar ante las actividades de estos grupos¹⁰¹⁹. La doctrina está dividida, unos consideran que la regulación actual es insuficiente mientras que otros estiman que no es necesario ampliar con una legislación específica puesto que esto podría conllevar el efecto contrario, es decir, la vulneración de la libertad religiosa de grupos y personas.

Algunos autores como Motilla¹⁰²⁰ hacen referencia al control administrativo de los NMR cuando solicitan su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas. Aunque se trata de un tema complejo y amplio como para tratarlo en nuestro trabajo¹⁰²¹, nos referimos a ello porque la inscripción de un NMR en el Registro conlleva que para el derecho sea “confesión religiosa”, con personalidad jurídica (art. 5 LOLR) y plena autonomía para establecer

¹⁰¹⁸ *Vid. supra* capítulo V, 4 y 5.

¹⁰¹⁹ *Vid. Sieira* (2002), p. 657.

¹⁰²⁰ Motilla (1990), pp. 155-171.

¹⁰²¹ *Vid. sobre la inscripción de grupos religiosos*, Castro Jover (1991) y (2000), López-Sidro (1998) y (2003), Capseta Castellà (1998), García-Hervás y Garcimartín Montero (1998), Zabala Fernández de Heredia (1991).

sus normas de organización, régimen interno y de su personal (art. 6 LOLR), estando capacitada para establecer relaciones de cooperación con el Estado de acuerdo con unos requisitos (art. 7 LOLR).

Aunque la inscripción registral no constituye un acto de creación del grupo religioso, cuya existencia no depende de un reconocimiento estatal, podemos observar que la Administración ostenta una potestad en la aplicación de una serie de criterios o requisitos que son conceptos jurídicos indeterminados (especialmente el de “fines religiosos”) para el reconocimiento del grupo¹⁰²². Una interpretación y aplicación restrictiva de estos criterios como forma de control previo de posibles grupos “peligrosos” puede conllevar discriminación y vulneración de la libertad religiosa, por ejemplo, al tratar de definir qué es “lo religioso”¹⁰²³. Además, como afirma Motilla “se corre el serio peligro de desvirtuar la verdadera razón de ser de un registro de asociaciones religiosas: de fórmula de conocimiento del Estado de los datos necesarios de los grupos religiosos para acceder a un trato específico en razón de una visión sustancial de la libertad religiosa, a mecanismo de control inquisitorial de organizaciones y creencias”¹⁰²⁴.

Tampoco nos parece adecuado la promulgación de una “legislación especial” relativa a las actuaciones de los NMR, fundamentalmente por dos motivos: en primer lugar, porque los criterios a definir para considerar a un grupo como “secta destructiva” son muy difusos y dejaríamos un amplio margen de discrecionalidad a los poderes públicos, creando una gran inseguridad jurídica. Además, en nuestra opinión, consideramos que las acciones ilícitas de las “sectas destructivas” podrían perseguirse penalmente en la medida el que cumplieran el tipo penal y también en otros ámbitos jurídicos (civil, fiscal, etc.)¹⁰²⁵.

¹⁰²² Art. 5.2 de LOLR y art. 3 del RD 142/1981, de 9 de enero, sobre organización y funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas.

¹⁰²³ Sobre la noción básica de Religión, *vid.* Goti (1991), pp. 96-101.

¹⁰²⁴ Motilla (1990), p. 165.

¹⁰²⁵ Asimismo, documentos europeos como la Recomendación 1178 (1992) y 1412 (1999) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y las conclusiones del Congreso de los Diputados de 2 de marzo de 1989 desaconsejan la creación de una legislación especial, mostrándose más a favor, sobre todo las recomendaciones europeas, de una acción educativa e informativa acerca de los NMR. Concretamente la Comisión del Congreso de los Diputados afirmaba que “el

A pesar de estas divergencias doctrinales en lo que respecta a la necesidad o no de una legislación especial en materia de NMR, parece haber una solución compartida cuando se trata de menores de edad. No sólo la doctrina se muestra de acuerdo en este punto, sino que la legislación es más amplia y detallada¹⁰²⁶ que respecto a los mayores de edad.

Además de las medidas de protección que se establecen en nuestro ordenamiento jurídico, y al que vamos a referirnos a continuación, los documentos internacionales sobre NMR y sectas expresan su preocupación por los menores de edad. La Resolución del Parlamento Europeo de 22 de mayo de 1984 recomienda que “en lo que concierne a los niños de los miembros, los movimientos deben velar muy cuidadosamente que les sean dados una educación y cuidados apropiados y evitar todo lo que pudiera perjudicar el bienestar del niño”. También del Parlamento Europeo, la resolución sobre sectas en Europa de 18 de marzo de 1996 incide en un control de estos grupos desde las instancias políticas, judiciales y administrativas siempre desde el respeto al derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión y la libertad de asociación, pero teniendo en cuenta las limitaciones que establece la Ley, que en el caso de menores adquiere una mayor relevancia por ser sujetos de especial protección, en concreto, frente a prácticas como la tortura, la esclavitud o el abuso sexual.

La Recomendación 1178 (1992) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 5 de febrero de 1992, sobre sectas y nuevos movimientos religiosos se refiere a la protección de menores en los párrafos IV y V. El primer párrafo sobre la necesidad prestar atención a los casos de secuestro de menores y la conveniencia de firmar, aquellos Estados miembros que aún no lo hayan hecho, la Convención

problema básico del fenómeno sectario destructivo es la trasgresión práctica del ordenamiento jurídico existente, por lo que la solución a tal problema no ha de venir, en absoluto, por la vía de la reforma de la ley, sino por la de su respeto, aplicación y restablecimiento cuando haya sido trasgredida. La “solución radical” de ilegalizar a los grupos que practican actividades delictivas sólo pueden adoptarla los Tribunales de Justicia con arreglo a lo que, a nuestro entender, en forma suficiente prevén las leyes vigentes”. *BOCG*, nº 174, p. 4808. En la misma línea que la Comisión, Sieira (2002), p. 658.

¹⁰²⁶ *Vid. supra* capítulo III., *Compte* (1997), p.85, cit. por Sieira (2002), p. 657.

Europea sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones concernientes a la custodia de menores de 1980 y adoptar una legislación complementaria. El segundo párrafo menciona que la legislación sobre protección de menores debe ser aplicada de forma más rigurosa e informar a los menores pertenecientes a sectas de su derecho a abandonarlas¹⁰²⁷. Igualmente, la Recomendación 1412 (1999) del Consejo de Europa, de 22 de junio de 1999, se refiere a la importancia de informar a los jóvenes en las escuelas y proteger, a través de la intervención y/o supervisión de servicios sociales, a los niños que pertenecen a grupos religiosos, esotéricos o espirituales frente a maltrato, abusos, abandono, “lavado de cerebro” y no asistencia a la escuela¹⁰²⁸.

También hay que citar el artículo 5.5 de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones¹⁰²⁹ refiriéndose a que “la práctica de la religión o las convicciones en que se educa a un niño no deberá perjudicar su salud física o mental ni su desarrollo integral teniendo en cuenta el párrafo 3 del artículo 1 de la presente Declaración”¹⁰³⁰. Y en ámbito de los documento específicos sobre infancia, el Parlamento Europeo emite resolución sobre una carta

¹⁰²⁷ “IV. To protect minors and prevent abductions and transfers abroad, member states which have not yet done so should ratify the European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children (1980), and adopt legislation making it possible to implement it. V. Existing legislation concerning the protection of children should be more rigorously applied. Additionally, those belonging to a sect must be informed that they have the right to leave.”

¹⁰²⁸ “Information is of prime importance and must be directed in particular towards teenagers within the framework of school curricula. The protection of the most vulnerable members of society, in particular the children of followers of groups of a religious, esoteric or spiritual nature, is another priority... 9. The Assembly attaches great importance to protecting those most vulnerable, and particularly the children of members of religious, esoteric or spiritual groups, in case of ill-treatment, rape, neglect, indoctrination by brainwashing and non-enrolment at school, which makes it impossible for welfare services to exercise supervision.”

¹⁰²⁹ Resolución 36/55 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 25 de noviembre de 1981.

¹⁰³⁰ El artículo 1.3 hace referencia a las limitaciones al derecho de libertad religiosa que sean establecidas por la ley y necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

européa de derechos del niño, de 8 de julio de 1992¹⁰³¹, en la que en el punto 8.26 se refiere a que “con el fin de proteger a los menores, conviene un control más estricto de las actividades de las sectas o nuevos movimientos religiosos que puedan tener repercusiones negativas en el ámbito educativo, cultural y social de los niños y hacer suya la Recomendación 1178 del Consejo de Europa de 5 de febrero de 1992, que exige en particular que el programa del sistema general de educación comprenda una información concreta sobre las religiones más importantes y sus principales variantes, sobre los principios del estudio comparativo de las religiones y sobre la ética y los derechos personales y sociales”.

Igualmente, este interés por la protección del menor lo hallamos en el Dictamen de la Comisión de estudio de las sectas en España y las conclusiones aprobadas en el Congreso de Diputados de 2 de marzo de 1989, que se refleja en las conclusiones 8º, 9º, 10º y 11º¹⁰³².

Nuestro ordenamiento jurídico regula la protección de los menores y algunas normas recogen expresamente la protección de menores que se hallan en una “secta destructiva”. No nos vamos a detener en esta cuestión, puesto que ya lo tratamos anteriormente en este trabajo, a cuya parte nos remitimos¹⁰³³. Simplemente destacar que la normativa autonómica relativa a menores ha tratado el tema de

¹⁰³¹ Doc. A 3-0172/92.

¹⁰³² “8º. Promover ... medidas legalmente aplicables respecto a la tutela de menores, especialmente en los supuestos de abandono de familia por ingreso de sus padres o tutores en grupos que puedan impedirles en la práctica el ejercicio pleno de la tutela y cuidados debidos al niño. 9º. Promover la celebración de Acuerdos internacionales sobre sustracción de menores, con el fin de facilitar la información y repatriación urgente de los menores que hubieran sido expatriados de forma ilegal y asimismo la información en lo referente a la localización de mayores de edad expatriados. 10º. Controlar y exigir, hasta donde lo permitan las leyes, el cumplimiento de los deberes de inscripción registral, higiénicos y de escolarización en condiciones legales de los menores que viven en comunidades cerradas al entorno social y a la convivencia general. 11º. Promover la elaboración y difusión, preferentemente en el ámbito educativo y cultural juvenil, acerca de aquellas características de las actuaciones sectarias negativas para los derechos personales y sociales en materia de libertad religiosa y de asociación, dentro del espíritu de tolerancia y pleno respeto a la Constitución.”. Castro Jover (1991), p. 188.

¹⁰³³ *Vid.* Capítulo IV, 2. y 3.

menores y NMR específicamente; vale la pena destacar las leyes catalana, castellano-leonesa, aragonesa y canaria¹⁰³⁴.

Como podemos observar, de la legislación aplicable en materia de menores podemos extraer fundamentalmente dos ámbitos jurídicos de actuación para la protección de menores: el civil y el penal¹⁰³⁵.

En primer lugar hay que destacar que la protección del menor y sus derechos son una cuestión de interés público y principio rector de la política social, y ante una situación en la que se observe situaciones de riesgo, desprotección y/o trasgresión de sus derechos, debe ser advertida por cualquier persona o entidad (pública o privada) a las autoridades competentes.

En el supuesto de pertenencia de menores a “sectas destructivas” hay que distinguir dos supuestos diferenciados. Uno, cuando los padres están adscritos a la secta junto con el hijo menor, y otro, cuando sólo el menor es el perteneciente a la secta. Es evidente que en el segundo supuesto la protección del menor y la intervención de la autoridad pública van a resultar más efectiva por el hecho de que, generalmente, son los padres los que instan las acciones de intervención y las apoyan en virtud de las funciones inherentes a la patria potestad.

En el supuesto en que la pertenencia sólo sea del menor, habitualmente los padres optarán por iniciar un proceso penal y harán prevalecer sus derechos-deberes en función del ejercicio de la patria potestad (art. 154 CC). El primer tipo penal que podríamos aplicar y uno de los casos más extremos, sería la inducción al abandono familiar (art. 224 CP)¹⁰³⁶, ubicado en el Título XII, capítulo III “De los delitos contra los derechos y deberes familiares”. Tal y como se define Molina Blázquez, por inducción debe entenderse “el influjo psíquico persuasivo, instigador o provocador, ejercido sobre el menor

¹⁰³⁴ *Vid. supra* capítulo IV, 3.3.

¹⁰³⁵ *Vid.*, aun tratándose de un trabajo anterior al vigente CP, una aproximación general a las sectas y el derecho penal en Tamarit Sumalla (1991). También Motilla (1991), Fernández Coronado (1986),

¹⁰³⁶ “El que indujere a un menor de edad o a un incapaz a que abandone el domicilio familiar, o lugar donde resida con anuencia de sus padres, tutores o guardadores, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”.

que le determina a marcharse del lugar de convivencia escogido para él por los titulares del deber de guarda¹⁰³⁷, que se diferencia de la acción directa sobre el menor por la fuerza, en cuyo caso estaríamos ante otros delitos como coacciones o amenazas. La inducción, como acertadamente se recoge por Molina Blázquez, debe ser eficaz, requisito que se aprecia dependiendo de la edad del menor, puesto que no es lo mismo el influjo sobre un niño pequeño, evidentemente, con cierta capacidad volitiva y de movilidad, que un menor de dieciséis o diecisiete años. En este último caso, la persuasión sobre el menor puede conseguirse a través de medios atractivos para éste con base en una relación de superioridad y la inexperiencia del menor, por ejemplo, cuando se le ofrece un empleo para conseguir una vida mejor, dinero, prestigio, o bien, por cuestiones sentimentales¹⁰³⁸, acciones fácilmente identificables en algunos grupos sectarios.

Frecuentemente, al producirse el abandono de domicilio inducido por una secta destructiva, tiene lugar la comisión de otros delitos, como el abuso sexual (art. 178 y ss. CP), lesiones (art. 147 CP), o incluso, la propia vida, en cuyo caso estaríamos ante un concurso de delitos.

Otro supuesto se plantea cuando la secta obliga al menor a vivir en un lugar aislado sin tener posibilidad de salir sin permiso o sin ser acompañado por otro miembro de la secta. Estos supuestos cumplen el tipo penal de detención ilegal. El problema es que en el delito de detención ilegal debe concurrir además de lo expuesto anteriormente, que el menor debe estar retenido o limitado en contra de su voluntad. Nuevamente, se nos plantea el problema de la capacidad volitiva del menor para decidir, en este caso, si es una retención voluntaria, y amparada por el ejercicio de su derecho de libertad religiosa. En nuestra opinión, consideramos que la voluntad del menor debe forjarse en unas condiciones de capacidad intelectual –que tienen los menores, en general, llegados a la adolescencia– y en lo que aquí nos interesa, en condiciones de libertad. Libertad que puede verse mermada o condicionada por las técnicas de persuasión y control mental que los grupos sectarios pueden utilizar para captar nuevos miembros, lo cual

¹⁰³⁷ Molina Blázquez (2002), p. 201.

¹⁰³⁸ Sobre esto último la sentencia de la AP de Alicante de 4 de julio de 1998, se refiere a un delito de inducción de abandono de domicilio de un hombre de 38 años sobre una adolescente de 15, con la que mantenía una relación amorosa.

puede invalidar la emisión del consentimiento del menor. Evidentemente, la consideración de falta de capacidad para emitir un consentimiento libre no puede estimarse *a priori* por su pertenencia a determinado grupo, sino que se debe contar con las pruebas suficientes que lo acrediten. De lo contrario, como afirma Combalía sería “una presunción infundada de falta de libertad y, mientras no se pruebe, no debería ser apreciada por los Tribunales”¹⁰³⁹.

En los casos en los que el menor y los padres pertenezcan a la secta, la Administración Pública podrá intervenir en los dos ámbitos civil y penal. Básicamente, la acción penal es similar que la expuesta anteriormente para los supuestos en los que sólo el menor esté adscrito a la secta. En los casos en los que tanto los padres como el hijo pertenezcan al grupo, no instarán el proceso penal los padres, sino la Administración, El Ministerio Fiscal o aquéllas personas que tengan conocimiento de los hechos y, cuya obligación, tratándose de menores, es ponerlo en conocimiento de la autoridad competente.

En el proceso penal, los padres, además de la posibilidad de ser condenados¹⁰⁴⁰, e independientemente de si realmente son hallados culpables, el Juez o Tribunal puede determinar la retirada de la patria potestad¹⁰⁴¹, debido a la dejación o incumplimiento de sus responsabilidades, siendo asumida la tutela de los hijos por la Administración¹⁰⁴².

¹⁰³⁹ Combalía (1993), p. 67.

¹⁰⁴⁰ Nos referimos a la “posibilidad” o no al hecho cierto de una condena porque los padres en el ámbito sectario son, generalmente, objeto de las mismas acciones que los menores, y en cualquier caso, suelen estar sometidos a la manipulación mental que hace perder las funciones de responsabilidad para con los hijos (pérdida de la capacidad volitiva, cesión de funciones al líder del grupo, etc.).

¹⁰⁴¹ Artículo 226 CP: “1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de arresto de ocho a veinte semanas. 2. El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años”.

¹⁰⁴² Disposición Adicional 2ª del CP: “... en los supuestos en que el Juez o Tribunal acuerde la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, el acogimiento, la guarda, tutela o curatela, lo comunicará de inmediato a la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de los

Por otra parte, cuando no medie acción penal, porque no se observe la comisión de delitos sobre el menor, la intervención administrativa se materializa a través de la vía civil. La LOPJM distingue entre situaciones de riesgo¹⁰⁴³ y situaciones de desamparo. La diferencia entre ambas es fundamentalmente la gravedad en la desprotección del menor. El art. 17 LOPJM define las situaciones de riesgo como aquellas que perjudiquen “el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la Ley”, en cuyo caso “la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia. Una vez apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia.” Como podemos observar en el texto del artículo, la definición de la situación de riesgo se realiza sin describir las circunstancias en las que pueda existir ésta, haciendo una definición excluyente, es decir, serán situaciones de riesgo aquellas que *no precisen* la asunción de la tutela por parte de la Administración.

Precisamente, las circunstancias de mayor gravedad, definidas como situaciones de desamparo, son las que requieren la tutela administrativa de los menores. A nuestro juicio, es esta categoría en la que pueden ser encuadrables la situación de los menores en sectas destructivas. El desamparo y la tutela administrativa se regula en los

menores y al Ministerio Fiscal para que actúen de conformidad con sus respectivas competencias”.

¹⁰⁴³ La normativa autonómica, en ejercicio de sus competencias administrativas en materia de protección de menores, también regula las situaciones de riesgo y los procedimientos de actuación. A modo de ejemplo, citamos la ley aragonesa de infancia y adolescencia (2001), artículos 56-58, la ley de menores de Castilla la Mancha (1999), artículos 27 a 33, ley de la Comunidad de Madrid de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia (1995), artículo 50, ley de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León (2002), artículos 47 y 48, ley de Cantabria de protección de la infancia y la adolescencia (1998), artículos 25 a 27, ley de Andalucía de los derechos y la atención al menor (1998), artículo 22, ley canaria de atención integral a los menores (1997), artículos 12, 17, 41 a 45.

artículos 18 LOPJM¹⁰⁴⁴ y 172 CC¹⁰⁴⁵. El artículo 172 define la situación de desamparo como “la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”¹⁰⁴⁶. La definición del CC es bastante genérica sin mencionar supuestos concretos en los que cabe la calificación de desamparo, por lo que consideramos que cualquier intervención administrativa en materia de asunción de tutela debe realizarse con base en la interpretación restrictiva de este concepto. Así podremos evitar las injerencias administrativas arbitrarias en el ámbito familiar. Esta observación, en el caso de los NMR en general, es de vital importancia para salvaguardar tanto los derechos del menor como los de los padres en el ejercicio de la patria potestad, ya que los prejuicios

¹⁰⁴⁴ “1. Cuando la entidad pública competente considere que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquél, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal ...”

¹⁰⁴⁵ “1. La entidad pública ... cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas ... Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria ... 4. Se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona ... 6. Las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la Ley serán recurribles ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa”.

¹⁰⁴⁶ *Vid.* también la regulación autonómica sobre el desamparo. Por ejemplo, la ley aragonesa de infancia y adolescencia (2001), artículos 59-63, la ley de menores de Castilla la Mancha (1999), artículos 35-42, ley de la Comunidad de Madrid de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia (1995), artículos 52, 53, 55 y 56, ley de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León (2002), artículos 55 y 56, ley de Cantabria de protección de la infancia y la adolescencia (1998), artículos 29-39, ley de Andalucía de los derechos y la atención al menor (1998), artículo 23, ley canaria de atención integral a los menores (1997), artículos 46-55.

ante determinados grupos pueden provocar en las autoridades públicas una actuación menos fundamentada y carente de suficientes pruebas.

Volviendo a las causas del desamparo, aunque el CC no las regule expresamente, la normativa autonómica sí recoge de forma más o menos amplia algunas de ellas¹⁰⁴⁷. Por ejemplo, la ausencia de escolarización habitual del menor, malos tratos físicos o psíquicos, abusos sexuales, explotación económica de los menores, drogadicción o alcoholismo del menor con el consentimiento paterno y/o sus padres y la convivencia en un entorno socio-familiar que deteriore gravemente la integridad moral o perjudique el desarrollo de la personalidad del menor. Advertimos así que las situaciones de desamparo fácilmente pueden hallarse en el ámbito de sectas destructivas, y justifican la asunción de la tutela administrativa como medio para proteger al menor.

Finalmente, la pertenencia a una secta puede ser considerada como un ejercicio de la libertad religiosa, cuya titularidad es tanto de los mayores como de los menores de edad. No obstante, puede producirse una vulneración del derecho del menor a su libertad religiosa tanto por parte de los padres como del resto de los adeptos. En nuestra opinión, la vulneración de la libertad religiosa del menor puede producirse a dos niveles, diferenciados por la madurez del menor.

Un primer nivel o supuesto, sería cuando el menor aún no tiene capacidad suficiente para ejercer por sí mismo su libertad religiosa, y son los padres los que deciden la educación y orientación religiosa de sus hijos. Evidentemente, consideramos que es función que corresponde a los padres el derecho a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones o creencias, pero éste no es un derecho ilimitado, sino que está limitado en cuanto entorpezca el desarrollo integral del menor y sus derechos fundamentales¹⁰⁴⁸, siendo legítimo en estos casos la intervención de los poderes públicos para salvaguardar los derechos del menor, con la cautela de una actuación

¹⁰⁴⁷ Vid. una compilación de estas causas en Martínez García (2002), p. 355.

¹⁰⁴⁸ Vid. *supra* capítulos V y VII.

basada en pruebas que la justifiquen y no en prejuicios o consideraciones subjetivas de determinados grupos¹⁰⁴⁹.

El segundo nivel que distinguimos se refiere a los supuestos en los que el menor tiene la madurez suficiente para ejercer su libertad religiosa. En este caso, si el menor opta por no continuar en la secta, a pesar de la pertenencia de sus padres, los poderes públicos deben garantizarle el ejercicio de su derecho y procurar el abandono del grupo asumiendo la tutela del menor. La situación contraria es más problemática, esto es, cuando el menor opta por permanecer en la secta junto con sus padres. En esos supuestos, podemos aplicar los criterios de falta de capacidad volitiva provocada por la manipulación mental o “lavado de cerebro”, como ya nos referimos anteriormente al tratar la protección del menor en el ámbito penal¹⁰⁵⁰, con la cautela de que no podemos obviar los problemas acerca de en qué consiste el “lavado de cerebro”, así como el grado de eficacia de los procedimientos de desprogramación.

La salida del menor –maduro o no para ejercer su libertad religiosa– de la secta destructiva suele acompañarse de tratamientos o terapias psicológicas para readaptar al menor y contrarrestar el llamado “lavado de cerebro” o programación que lleva a cabo la secta.

Los problemas con los que el derecho se enfrenta ante los “actos de desprogramación” son de diversa índole. En primer lugar tendremos que distinguir entre mayores y menores de edad. En el primer caso, no se puede obligar a un mayor de edad a someterse a los actos de desprogramación en contra de su voluntad¹⁰⁵¹, puesto que constituirían, además de una vulneración de su libertad (ambulatoria y religiosa), delitos de detención ilegal (arts. 163 y ss. CP) y contra la libertad de culto (art. 522 CP)¹⁰⁵². A este respecto es clara la postura

¹⁰⁴⁹ Art. 3 LOPJM: “...Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente Ley y a la mencionada normativa internacional.”

¹⁰⁵⁰ Con la cautela expresada anteriormente, relativa a que los poderes públicos deben basar su actuación en hechos demostrados y pruebas.

¹⁰⁵¹ *Vid.* Combalía (1993), pp. 67 y ss., Motilla (1991), pp. 319 y ss., Tamarit Sumalla (1991), pp. 291 y ss.

¹⁰⁵² “Incurrirán en la pena de multa de cuatro a diez meses: 1º. Los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidan a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos propios de

de la jurisprudencia del TEDH en el caso *Riera Blume y otros c. España*, de 14 de octubre de 1999, que afirmaba que obligar a mayores de edad a “actos de desprogramación” vulneraba el artículo 5.1 del CEDH¹⁰⁵³ y que este tratamiento debería recibirse voluntariamente¹⁰⁵⁴.

Más fácil parece la solución para someter a los menores a los “actos de desprogramación”, tanto si es el caso de que los padres pertenezcan también a la secta como si es el menor solo. Si los padres pertenecen a la secta y el menor sale del ámbito sectario por su voluntad o por la intervención de los poderes públicos, la “terapia desprogramadora” la autorizará el que ostente la tutela del menor. Como hemos indicado anteriormente, la intervención de la administración pública en situaciones de desprotección (desamparo) del menor asume la tutela *ex lege*, lo que le faculta para autorizar intervenciones en interés del menor. Por otro lado, si se presenta la situación en la que el menor aún está bajo la patria potestad de sus padres, decide abandonar la secta y someterse a los “actos de desprogramación”, en contra de la voluntad de sus padres, el menor, bien a través de la Administración, el Ministerio Fiscal o el Juez, solicitará la protección debida, entre cuyas medidas figurará la asunción administrativa de la tutela para autorizar el tratamiento al menor.

No obstante, en los casos de desprogramación de menores se puede presentar un problema: ¿qué ocurre cuando el menor maduro se niega a someterse a los “actos de desprogramación”? ¿puede considerarse entonces la solución que se otorga a los mayores de edad de prevalecer únicamente la voluntad del afectado? Ciertamente, reconocer la capacidad del menor maduro para ejercer su libertad religiosa puede suscitar conflictos en la resolución de casos como el planteado, en los que la decisión del menor puede confrontar con la de

las creencias que profesen, o asistir a los mismos. 2º. Los que por iguales medios fueren a otro u otros ... a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión, o a mudar la que profesen”.

¹⁰⁵³ Aunque los afectados también alegaron ante el Tribunal la vulneración del artículo 9 del Convenio (libertad religiosa), el TEDH no entró a su examen puesto que resolvió con base en el art. 5.1 (derecho a la libertad y a la seguridad).

¹⁰⁵⁴ *Vid.* comentario a esta sentencia en Martínez-Torrón (2001b), pp.108 y (2003).

los padres, si éstos están a favor de la desprogramación del menor y la consienten en el ejercicio de la patria potestad, o bien, con la Administración, cuando ésta asume la tutela del menor en situaciones de desamparo.

En estos casos debemos ser cautos y distinguir dos situaciones bien distintas: una, cuando el grupo al que pertenece el menor sea una “secta destructiva”, declarada así necesariamente por una resolución judicial con base en sus actuaciones delictivas; otra, cuando el grupo al que está adscrito el menor no tenga este carácter, por inusual que sea. Teniendo en cuenta esta distinción, los actos de desprogramación podrán autorizarlos en el primer caso –sectas destructivas– los padres, en función de la patria potestad y, si éstos se niegan, la Administración, en aplicación del interés y la protección del menor.

En nuestra opinión, en estos casos, la solución más acertada es la aplicación del interés del menor como principio regulador del ejercicio de la patria potestad y la tutela. Esto quiere decir que tanto los padres como la administración, al someter al menor a un tratamiento de desprogramación, no cometen ningún delito (detenciones ilegales)¹⁰⁵⁵ ni vulneran la libertad religiosa del menor, ya que actúan cumpliendo el deber de velar por el hijo siempre en beneficio del mismo (art. 154 y 172.4 CC) para procurarle el restablecimiento psíquico (derecho a la salud). Sin embargo, a nuestro juicio –en coherencia con las disposiciones legales sobre conflictos paterno-filiales (arts. 162 y 163 CC) –, el tratamiento del menor maduro que se niega al mismo¹⁰⁵⁶ requerirá la intervención judicial para autorizar la desprogramación. En mayor medida cuando se trate del internamiento del menor maduro –habitual en los casos de desprogramación– según lo dispuesto por el art. 211. 1 CC al disponer que “el internamiento por razón de trastorno psíquico de una persona

¹⁰⁵⁵ Vid. artículo 20.7 CP relativo a las exenciones de la responsabilidad penal: “El que obre en cumplimiento de un deber en el ejercicio legítimo de un derecho, deber o cargo”. En este supuesto podríamos incluir los actos relativos al ejercicio de la patria potestad y la tutela.

¹⁰⁵⁶ Recordamos en este punto como influye el llamado “lavado de cerebro” en la merma de la capacidad volitiva del menor cuando pertenece a una secta, lo que hace cuestionar la efectividad de su declaración de voluntad, aunque no tiene por qué ser considerada inválida siempre *a priori*, a fin de evitar un juicio precipitado o arbitrario.

que no esté en condiciones de decidirlo por sí¹⁰⁵⁷, aunque esté sometida a la patria potestad, requerirá autorización judicial. Ésta será previa al internamiento, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas. El internamiento de menores, se realizará en todo caso en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.”

Por lo que respecta a la segunda situación –aquéllos grupos que no son declarados “sectas destructivas” por resolución judicial–, primará la decisión de los padres en virtud de la patria potestad, estando limitada la acción tutelar de la Administración, puesto que no existe resolución judicial reconociendo actos delictivos del grupo en cuestión¹⁰⁵⁸. A nuestro juicio, se evita así una intervención o injerencia innecesaria y a veces, arbitraria, de los poderes públicos, en ciertos grupos que provocan rechazo social por desconocimiento o por su singularidad. Mientras que, la voluntariedad del menor maduro a someterse a los actos de desprogramación acordados por sus padres en el ejercicio de la patria potestad, deberá tenerse en cuenta en mayor grado que los casos anteriores, al no constatar que se trate de un grupo “destructivo” y, por tanto, en caso de conflicto entre la decisión de los padres y la del hijo, deberá acudir a la autoridad judicial que decidirá con base en el interés del menor y en el respeto al derecho de libertad religiosa de éste.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia española relativa al tema que nos ocupa, en el año 1994 se resolvió el caso de la "Secta de los niños de Dios" en el Tribunal Supremo (sala segunda) por sentencia 1669/1994 de 30 de octubre (ámbito penal) y en el Tribunal Constitucional, sentencia 260/1994 de 3 de octubre¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁷ Vid. nota anterior.

¹⁰⁵⁸ Esto en lo relativo a los actos de desprogramación, ya que, como comentaremos a continuación, la Administración, en aras a la protección del menor, podrá actuar preventivamente, declarando una situación de riesgo o, si procede, de desamparo, cuando se demuestre la existencia de indicios delictivos, aun cuando todavía no hayan sido juzgados, Vid. *infra* comentario a la STC 260/1994, de 3 de octubre.

¹⁰⁵⁹ Tuvimos ocasión de referirnos a esta misma sentencia cuando tratamos la cuestión de la educación en casa (*home schooling*), vid. *supra* capítulo VII. Vid.

Los hechos tuvieron lugar en Barcelona cuando la Dirección General de Atención a la infancia, por resoluciones de 10 de julio de 1990, procedió a la declaración de desamparo y asunción de la tutela *ex lege* de un grupo de menores pertenecientes al grupo “niños de Dios” basándose en el riesgo para la salud física y mental de los menores pertenecer a lo que la Generalidad calificaba de “secta destructiva”, sobre la que se estaba sustanciando un procedimiento penal. Los padres se opusieron a las medidas derivadas de la intervención administrativa. El Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Barcelona resolvió en los autos 510 a 516/1991¹⁰⁶⁰ desestimando la oposición de los padres a la declaración de desamparo y a las medidas impuestas. El Juzgado centró su argumentación jurídica en el art. 27.3 CE, relativo al derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos conforme a sus convicciones, relacionándolo con la función de la patria potestad. A lo que concluye que cuando “la educación impartida impida o limite sustancialmente el pleno desarrollo del menor nos encontraremos ante un inadecuado ejercicio de los derechos paternofiliales y ante una posible situación de desamparo”. Además, el Juzgado considera acreditado que los padres pertenecen a una secta contra la que se está siguiendo un proceso penal y, de ello, extrae la conclusión de que los padres han llevado a cabo un proceso de manipulación mental sobre los hijos que ha traído como consecuencia deficiencias en las relaciones sociales y autonomía personal de los menores, explicitadas entre otras cosas, en su falta de escolarización.

Los padres recurrieron a la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual estimó el recurso en autos 157 a 163/1992 (secc. 1º)¹⁰⁶¹. Un importante argumento, que posteriormente será un fundamento básico para el Tribunal Constitucional, es que a juicio de la AP no se acreditaba con las suficientes pruebas que el grupo “niños de Dios” fuera una secta y consideraba que las enseñanzas recibidas se impartían atendiendo a las materias mínimas y obligatorias, por lo que afirmó que se trataba de “una escolaridad libre según el ordenamiento jurídico de alguno de los países de origen de los niños, y en definitiva, no distinta de la que se da en los colegios regidos por religiosos en

comentarios en Moreno Botella (1998), Redondo Andrés (2001), Martinell (2001), pp. 113 y ss. y Sieira (2002), pp. 642 y ss.

¹⁰⁶⁰ Vid. comentario en Motilla (1993), p. 121.

¹⁰⁶¹ Vid. comentario en Motilla (1993), pp. 121-122.

nuestro país”¹⁰⁶². Asimismo, consideró que se había primado la intervención de la Administración sobre lo que debería prevalecer: la libertad de culto de los padres y el derecho a elegir la educación para sus hijos¹⁰⁶³.

Mientras que se sustanciaban las anteriores resoluciones judiciales, el caso se planteaba también en el ámbito penal. Se resolvía acerca de las actividades del grupo “niños de Dios”, concretamente, de delitos de asociación ilícita, fundación de centros educativos contrarios al ordenamiento jurídico y de lesiones “psíquicas” sobre menores de edad. El Tribunal Supremo resolvió que no hubo comisión de ninguno de los delitos alegados. En lo que respectó al delito de lesiones y pese a contar con las pruebas admitidas de desequilibrio emocional de los niños, el Tribunal no lo consideró suficiente para determinar el delito de lesiones. Asimismo, la sentencia desestimó la existencia de un delito de asociación ilícita, ya que entendió que la secta aunque fuera clandestina, no por ello debería ser un dato concluyente de su ilegalidad penal. Finalmente, tampoco se estimó el delito de fundación de centros de enseñanza contrarios al ordenamiento jurídico ya que según el Tribunal, los miembros de la secta decidieron no enviar a sus hijos a un centro de enseñanza reglada, optando por una enseñanza alternativa semejante a “colegios religiosos en régimen de internado...completándose las clases con lecturas bíblicas y textos escogidos de sus publicaciones”, lo que no podía considerarse constitutivo de delito¹⁰⁶⁴.

Simultáneamente, la Generalidad de Cataluña recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional alegando la vulneración del art. 27.1, 2, 3, 4 y 5 en relación con el art. 15 de la CE. Concretamente, la Generalidad alega que los padres, impidiendo la escolarización obligatoria de sus hijos en centros homologados, están vulnerando el

¹⁰⁶² Sobre la escolarización obligatoria y los casos de *home schooling*, *vid. supra* capítulo VII, 3. Asimismo, *cfr.* este argumento de la AP de Barcelona con el dado, en semejantes términos por la sentencia de la AP de Sevilla de 23 de noviembre de 1999, comentada a continuación.

¹⁰⁶³ Sobre el Auto de la AP, Motilla (1993) afirma que “El Tribunal, a mi juicio con buen criterio, intenta examinar la cuestión de una manera aséptica y objetiva, analizando los hechos y conductas imputadas, y no calificaciones *a priori* que realiza el juez *a quo* o el Ministerio Fiscal al grupo como la de secta...”, p. 121.

¹⁰⁶⁴ Argumento semejante al utilizado por la AP de Barcelona en los autos anteriormente comentados sobre el mismo caso.

derecho a la educación de sus hijos, no suponiendo la intervención administrativa injerencia en la libertad religiosa de los padres. Mas al contrario, la intervención administrativa se debe a una obligación de los poderes públicos, de carácter prestacional que garantice el derecho a una educación integral, de forma que la libertad religiosa de los padres tendrá su límite en el derecho a la educación de los hijos.

Por otra parte, son de interés las alegaciones del Ministerio Fiscal que considera que no existe vulneración del art. 27 CE ya que no se ha probado que los menores no reciban una educación que propicie el pleno desarrollo de la personalidad de acuerdo con las convicciones de sus padres. A lo que añade que la labor de los poderes públicos es colaborar y ayudar a la efectividad del derecho a la educación, lo que no significa que exista sólo una vía única para su consecución, por lo que el Mº Fiscal considera que la vía marcada por el Estado no es exclusiva ni excluyente, de forma que, de seguirse otra forma de educar, no por eso cabe afirmar que se ha vulnerado el derecho a la educación¹⁰⁶⁵.

Finalmente, el TC desestima el recurso de amparo y considera no vulnerado el art. 27 CE. Es llamativo, como hace notar el TC en su argumentación, que los términos sobre los que debe decidirse el TC se centraron en si las resoluciones judiciales impugnadas vulneraron el art. 27 CE, dándose en aquéllas el debate en términos más amplios, que aquí el TC no pudo entrar a decidir, como fue la pertenencia de los padres a una “secta”. A este respecto, la Audiencia estimó que de los hechos no podía inferirse la tutela administrativa de los menores, cuestión de hecho sobre la que el TC no tiene competencias para enjuiciar¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶⁵ F.J. 1º.

¹⁰⁶⁶ F.J. 2º: “En efecto, el juicio que le han merecido a la Audiencia las circunstancias personales y familiares de los menores es cuestión sobre la que no puede pronunciarse este Tribunal, habida cuenta de que se refiere a cuestiones de hecho ponderadas y enjuiciadas en términos que, por no ser arbitrarios ni absurdos, no pueden ser objeto de revisión en vía de amparo. Ciertamente, la Generalidad contrae su demanda de amparo a la sola denuncia de la supuesta vulneración del derecho de los menores a la educación, sin cuestionar el acierto judicial en la apreciación y ponderación de las demás circunstancias personales y familiares invocadas en el proceso *a quo* para fundamentar su pretensión de asunción de tutela.”

Por tanto, el Tribunal sin entrar en estas consideraciones, estimó que los autos impugnados de la AP de Barcelona no impidieron la escolarización de los menores, sino que rechazaron que la situación escolar de los menores pudiera justificar la retirada de la patria potestad y la asunción de su tutela por parte de la Administración. Otra cosa es que, en efecto, si la Generalidad considera que se está privando al menor de su derecho a la educación actúe con los medios que la legislación pone a su alcance para procurar la escolarización de los menores, ya que los autos recurridos se limitan a dejar sin efecto la declaración de desamparo y la tutela, concluyendo la sentencia del TC que “sólo en el caso de que efectivamente se impidiera el ejercicio de aquel derecho habría que entender vulnerado el derecho invocado por la actora, lo que no se deduce de los supuestos de autos”.

En contra del fallo se manifiesta el voto particular formulado por el Magistrado Gimeno Sendra que considera que sí ha habido vulneración del derecho a la educación¹⁰⁶⁷ y del derecho a la tutela. Sobre este último el Magistrado sí considera que la resolución de la AP de Barcelona fue manifiestamente arbitraria, puesto que a su juicio no puede afirmarse que se acepten los hechos del auto del Juzgado de Primera Instancia para considerar después que lo que el Juez considera “secta destructiva” en realidad es una “comunidad religiosa” que había creado su propio plan de estudios, así como que no existían anomalías intelectuales en los niños, cuando el Juzgado de Primera Instancia estimó en los niños graves deficiencias sociales y de autonomía personal con maltrato y abuso psicológico. Además, considera que todas las pruebas se realizaron en Primera Instancia, sin ser realizadas ninguna ante la Audiencia, no existiendo una valoración distinta de las pruebas, sino que se consideran una hechos nuevos que se tienen por probados entrando en contradicción con los auténticos hechos probados por el Juez de Primera Instancia y aceptados por la Audiencia. Ante esta postura podría alegarse que, con base en el principio de congruencia, el TC no tendría competencia para entrar a valorar cuestiones no alegadas por el recurrente en amparo. Sin embargo, debemos recordar que la Generalidad, además del art. 27 CE alegó la vulneración del art. 15 CE (derecho a la vida, a la integridad

¹⁰⁶⁷ *Vid. supra* a este respecto nuestro comentario en capítulo VII, 3, al cual nos remitimos, sin hacer referencia a ello en estas líneas.

física y moral), en el cual podría encajarse los hechos planteados en primera y segunda instancia.

Efectivamente, parte de la doctrina se inclina a favor de la postura del voto particular y critica el fallo de la sentencia del Constitucional¹⁰⁶⁸. Las críticas se centran en la cuestión de que el Tribunal inclina la balanza a favor de la libertad religiosa de los padres, prevaleciendo de forma absoluta ésta en detrimento del derecho a la educación del menor, contraviniendo los tratados internacionales y la doctrina del propio constitucional¹⁰⁶⁹. Por lo que consideran que ante la confrontación de derechos (libertad religiosa de los padres y derecho a la educación del menor) debe primar el derecho a la educación del hijo. Educación que en el presente caso será forzosa a través de la intervención de la Administración.

En nuestra opinión cabe distinguir dos cuestiones: una, relativa al derecho a la educación de los menores y la otra, sobre la intervención de la administración pública ante situaciones de desamparo, que a nuestro juicio, no ha sido tratado detenidamente por la doctrina que ha comentado esta sentencia. Sobre la primera cuestión, al haber sido tratada en otra parte de este trabajo, no vamos a redundar en ello, por lo que a ella nos remitimos¹⁰⁷⁰. Detengámonos en la segunda cuestión.

Partiendo del argumento del TC relativo a que la administración podrá intervenir para garantizar el derecho educativo de los menores sin que por ello deba recurrir a la tutela administrativa de éstos, se nos muestra difícil encontrar un supuesto real en los que se pueda conminar a los padres a escolarizar a sus hijos en un centro homologado, sin interferir en los derechos derivados de la patria potestad. Es decir, nuestra duda es ¿hasta qué punto la intervención administrativa, ante una situación que podría ser considerada perjudicial para los menores, si así se prueba¹⁰⁷¹, puede ser efectiva sin la previa retirada de la patria potestad, a la cual estaría enfrentada? En nuestra opinión, consideramos que la Generalidad acotó demasiado

¹⁰⁶⁸ Sieira (2002), p. 644, Moreno Botella (1998), pp.688 y ss.

¹⁰⁶⁹ Moreno Botella (1998), p. 688.

¹⁰⁷⁰ *Vid. supra* capítulo VII, 3.

¹⁰⁷¹ Recordemos los hechos probados en primera instancia relativo al aislamiento, falta de socialización y autonomía personal de los menores que podrían perjudicar su pleno desarrollo personal.

el campo del recurso en la escolarización de los menores, mientras que habría sido más acertado, puesto que el grupo “niños de Dios” estaba incurso en un procedimiento penal, intervenir e incluso solicitar a la autoridad judicial unas medidas preventivas, en las que se incluiría la asunción de la tutela de los menores, suspendiéndose así la patria potestad, con base en el art. 172 del CC¹⁰⁷². En ese sentido, la LOPJM, aún no en vigor cuando se pronunció la sentencia comentada, regula las actuaciones de protección de menores en los artículos 12 al 22. Concretamente, el art. 12 establece que “la protección del menor por los poderes públicos se realizará mediante la *prevención* y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley”, así como que los poderes públicos “velaran para que los padres ... desarrollen adecuadamente sus responsabilidades.” El interés y el deber del Estado de procurar la protección del menor cuando exista una causa demostrada y justificativa, se constata también en las obligaciones que adquieren toda persona y autoridad en comunicar cualquier situación que pudiera constituir riesgo o desamparo del menor. Esto se regula en el art. 13 de la LOPJM cuando afirma que “Toda persona o autoridad,

¹⁰⁷² “1. La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas. Siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada. *Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad* o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él. ... 4. Se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona. 6. Las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la Ley serán recurribles ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa.” (la cursiva es nuestra).

y especialmente aquellos que por su profesión o función, detecten una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise. 2. Cualquier persona o autoridad que tenga conocimiento de que un menor no está escolarizado o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación, durante el período obligatorio, deberá ponerlo en conocimiento de las autoridades públicas competentes, que adoptarán las medidas necesarias para su escolarización.” Como podemos constatar de la lectura del segundo párrafo del art. 13 de la LOPJM, la falta de escolarización podría estimarse como un supuesto de posible situación de riesgo o desamparo que justificaría la intervención de la Administración.

No obstante, queremos remarcar que las medidas tomadas por la administración, así como la suspensión de la patria potestad, para proteger al menor en supuestos en los que los padres formen parte de un NMR deben siempre justificarse en hechos demostrados del perjuicio para el menor con el respaldo de la autoridad judicial. Nuestra opinión debe entenderse siempre a favor de la actuación que procure el máximo beneficio al menor, no obstante, se debe evitar cualquier interpretación de la que se pueda deducir un poder absoluto de los poderes públicos para intervenir en las relaciones paterno-filiales ante la menor sospecha sobre un grupo religioso, bien por presión social, temor o rechazo ante lo minoritario y desconocido.

Finalmente, nos referiremos a otro caso suscitado en ante la Audiencia Provincial del Sevilla con fecha 23 de noviembre de 1999¹⁰⁷³ similar en algunos planteamientos al resuelto por el TC en la sentencia 360/1994, anteriormente comentada. Nos referimos a esta resolución judicial por realizar un tratamiento del asunto novedoso, en el que destaca la valoración de la postura del menor de edad ante los hechos, así como la aplicación del nuevo ordenamiento jurídico sobre menores (LOPJM).

El supuesto debatido, como el anterior, fue la legalidad de la declaración administrativa de situación de desamparo de un menor. La Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía por

¹⁰⁷³ Vid. comentario a esta sentencia en Moreno Botella (2001).

resolución de 10 de enero de 1997 declaró la situación legal de desamparo del menor Víctor Alfonso R.P. Las causas esgrimidas por la Consejería de Asuntos Sociales fue, por un lado, la dejación de los deberes de asistencia material y moral por parte del padre al internar al menor en la llamada "Colonia niño Sergio", a pesar de que el padre del menor era el médico de dicho centro, lo que propiciaba la relación paterno-filial, y por otro, la Administración ponía en entredicho el régimen de vida en el centro y su incidencia en el desarrollo de la personalidad del menor.

El padre del menor recurrió la resolución administrativa ante el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Sevilla, que desestimó en Auto de 23 de abril de 1998 la pretensión del padre y confirmó la declaración de desamparo. D. Vicente R.G., padre del menor, recurre en apelación a la AP de Sevilla.

El Tribunal, en primer lugar, define los requisitos necesarios para que se proceda a una declaración de desamparo. En este sentido, se refiere a la concurrencia de un elemento objetivo: que exista una dejación por parte de los que ejercen la guarda del menor de sus deberes de asistencia moral y material, y otro subjetivo: que se constate en los menores un resultado de abandono, es decir que se encuentren carentes de tal asistencia¹⁰⁷⁴. El Tribunal, en relación a la situación del menor en la Colonia "niño Sergio", no considera que se esté produciendo una situación de abandono¹⁰⁷⁵, y se refiere a que la Colonia "está legal y reglamentariamente constituida, así conocido y consentido por la Administración, lo que, por tanto, ha de sentar la presunción de normalidad, regularidad y legalidad en su funcionamiento". A este respecto, llama la atención del Tribunal que la Administración se acoja, como causa de declaración de desamparo, al *modus vivendi* de los menores en la Colonia descrito en el informe de una trabajadora social de la Consejería de Asuntos Sociales, que se califica por el Tribunal de altamente subjetivo¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷⁴ F.J. 1º.

¹⁰⁷⁵ F.J. 1º: "Si se demonializa la situación del menor en cuestión respecto de su apartamiento del padre por el hecho de su internamiento en la llamada «Colonia niño Sergio», estaríamos haciendo otro tanto respecto de los colegios en régimen de internado."

¹⁰⁷⁶ El Tribunal califica de percepciones personales sin fundamento para una resolución de declaración de desamparo que se encuentre "objeción a algo tan

Una vez estimada la normalidad del centro, el Tribunal estudia la conducta del padre. La Administración alega la total ruptura en la relación paterno-filial desde que lo internó en la Colonia. El Tribunal considera infundado este argumento, puesto que no existe prueba de dicha ruptura, constando que el padre era el responsable médico de la Colonia que facilitaba dicha relación con su hijo¹⁰⁷⁷. Por otra parte, el presunto “abandono” se justifica en la sentencia afirmando que no es tal, sino una forma de ejercer los derechos educativos con base en el art. 27.3 CE, y que lo que hizo el padre fue elegir la formación moral que, conforme a sus propias convicciones, se imparte en la colonia, concluyendo que la elección del padre “indica un interés en que su hijo reciba, desde sus convicciones, art. 27.3 de la Constitución citado, la mejor formación que entienda puede recibir: un padre que actúa con tales criterios no puede decirse que se desentienda de su hijo, que lo tenga abandonado.”¹⁰⁷⁸

banal como llevar el pelo largo, o a la concreta orientación filosófico-religiosa olvidando la libertad de credo y de ideología que protege y ampara la Constitución, o, lo que es más grave, cuando acude como parámetro o paradigma a seguir, a la familia tradicional precisamente en función del tradicionalismo imperante en nuestro entorno cultural, algo que siempre ha tenido un importante componente opcional e ideológico; se critica la limitación del acceso a la información procedente de diversas fuentes en relación con el adoctrinamiento filosófico, entendido como «modus vivendi», olvidando todos los condicionantes que el entorno cultural impone siempre a los menores, o la influencia decisiva que en los mismos ejercen las creencias religiosas de los padres, catequesis, primera comunión, confirmación, asistencia periódica a los cultos religiosos, todas actuaciones y comportamientos impuestos a los menores sin que por ello se provoque ningún desgarramiento de vestiduras; se critica también el deficiente nivel de socialización por la propia vida del internado y de apartamiento del entorno, olvidando pues la situación de familias que por su ubicación natural geográfica padecen un fuerte aislamiento social, especialmente en zonas del Norte de la geografía donde abunda el minifundio, o incluso la situación de algunos padres de familia que iniciándose en la gran urbe, adoptan la decisión de cambiar de vida y recluirse en zonas rurales marginales mediante la rehabilitación de poblados abandonados, haciéndolo así como opción personal de vida: también en estos supuestos «la libre decisión de un adulto arrastra a unos menores», y sin embargo en todos estos casos a nadie se le antoja la posibilidad de una intervención de la Administración, que no puede ni debe producirse porque los parámetros educativos o ideológicos, entendidos como «modus vivendi», no coincidan con los nuestros, con los que conocemos en la ciudad urbana y en nuestro entorno cultural, con un reduccionismo impropio de los momentos actuales en los que las nuevas tecnologías de la comunicación imponen la globalización.”, F.J. 1º.

¹⁰⁷⁷ F.J. 3º.

¹⁰⁷⁸ F.J. 3º.

Finalmente, en una argumentación novedosa que no suele reflejarse en otras resoluciones judiciales, el Tribunal considera que no pueden desconocerse “los reiterados deseos manifestados por el menor de volver a la colonia, y su desajuste psíquico apreciado en los diversos centros de internamiento y familia de acogimiento desde que se acordó el desamparo hasta el punto de haberle conducido a su fuga, conducta ésta que si bien nunca podrá ser plausible ni por tanto permitir extraer de ella consecuencias positivas, sí que sirve de interpretación del estado anímico del menor desde que salió de la colonia hacia un pretendido mundo mejor.”¹⁰⁷⁹

Aunque el supuesto examinado por la Audiencia es complejo, al suscitarse otras cuestiones, como la guarda, tutela, acogimiento, abandono..., que son más propias del ámbito civil, su análisis desde el punto de vista del derecho eclesiástico tiene su interés por varias razones que hemos observado en los fundamentos jurídicos de la sentencia. Primero, porque se trata la cuestión del derecho de los padres a la educación de sus hijos conforme a sus propias convicciones (art. 27.3 CE); segundo, el análisis de la intervención de la Administración cuando valora otras formas educativas basadas en determinadas creencias, distintas de las socialmente aceptadas y como se conjuga con el principio de neutralidad y, tercero, la audiencia al menor en los casos que le afectan, que podríamos interpretar en este supuesto, como el derecho a ser escuchado en lo que respecta a sus creencias.

En nuestra opinión, el Tribunal desbarató todos los argumentos de la Administración realizando una interpretación jurídica muy flexible del derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de acuerdo a sus convicciones (artículo 27.3 CE). Asimismo nos parece muy acertado la relevancia que el Tribunal da a la opinión del menor y el cómo la intervención administrativa le estaba causando al menor un perjuicio psicológico (y no su internamiento en el la “colonia”) cuando afirma que *“no pueden desconocerse los reiterados deseos manifestados por el menor de volver a la colonia, y su desajuste psíquico apreciado en los diversos centros de internamiento y familia de acogimiento desde que se acordó el desamparo hasta el punto de haberle conducido a su fuga, conducta...que sirve de interpretación*

¹⁰⁷⁹ F.J. 4º.

del estado anímico del menor *desde que salió de la colonia hacia un pretendido mundo mejor*¹⁰⁸⁰.

Como se desprende de la última frase citada, la resolución del Tribunal se sustenta en tres argumentos básicos que compartimos plenamente: 1º considerar esencial la prueba de los hechos alegados, rehuendo de los prejuicios que podría suscitarse ante grupos y métodos pedagógicos “diferentes”, 2º basarse en el respeto a la libertad religiosa del padre y su derecho educativo sobre el hijo, 3º la prevalencia del interés del menor, ya que el Tribunal analiza su forma de vida en la Colonia y toma en consideración sus deseos, no como un simple capricho, sino con base en el “desajuste psíquico” que presentaba el menor y 4º, en relación con lo anterior, el Tribunal aplica la legislación sobre menores¹⁰⁸¹, que aboga por que el menor ejerza sus derechos conforme al desarrollo de sus facultades y su madurez (art. 5 CDN y arts.2, 10 LOPJM), dando audiencia al menor (art. 12 CDN y arts.8 y 9 LOPJM) en relación con su derecho a la libertad religiosa (art. 14 CDN y art. 6 LOPJM).

En este sentido, compartimos la opinión de Moreno Botella cuando compara las sentencias del TC en el caso de los “niños de Dios” y la de la AP de Sevilla, afirmando que ambas sentencias mantienen una concepción amplia de las convicciones de los padres y el derecho educativo paterno, aunque en la resolución del TC no se toma en cuenta el interés de los menores, sino la libertad de los padres, mientras que en la resolución de la AP de Sevilla sí prevalece el interés del menor, que en este caso, coincide con el del padre¹⁰⁸².

5. CONCLUSIONES.

Hemos abordado la cuestión de menores adscritos a NMR, bien solos o junto a sus padres como manifestación de su derecho de libertad religiosa. Como hicimos notar, la pertenencia de un menor a un grupo religioso no debería plantear ningún problema siempre que sea resultado de un ejercicio de su libertad religiosa, una vez adquirida la madurez suficiente, o bien, en el supuesto de que la pertenencia se

¹⁰⁸⁰ La cursiva es nuestra.

¹⁰⁸¹ *Vid. supra* capítulos II y III sobre regulación internacional y en derecho español de la minoría de edad.

¹⁰⁸² Moreno Botella (2001), pp. 644 y 646.

realice por la adscripción de los padres, se debe respetar igualmente con base en el derecho de los padres sobre la educación de sus hijos (art. 27.3 CE) y como titulares de la patria potestad.

No obstante determinados grupos manifiestan ciertos métodos de captación y retención de miembros que no pueden ampararse en la libertad religiosa ni del propio grupo ni la de sus adeptos, ya que persiguen fines difícilmente calificables como religiosos, y en ocasiones, sus acciones pueden ser constitutivos de delitos (inducción al abandono de domicilio, detención ilegal, abusos sexuales, lesiones, etc.). Precisamente, hemos optado por la denominación de “sectas destructivas” para distinguir las acciones de estos grupos de otros que, actúan en el marco de la legalidad y son expresión del derecho de libertad religiosa, a pesar de que sean de carácter minoritario o difieran de los planteamientos y organización de las religiones tradicionales.

Tres son las cuestiones que hemos tratado en el ámbito de los NMR y los menores de edad: primera, la adscripción del menor a un NMR como expresión del ejercicio de su libertad religiosa; segunda, los problemas que se suscitan en el ámbito médico en relación al consentimiento informado y los tratamientos a menores de edad y tercera, la intervención de los poderes públicos para la protección del menor cuando están siendo perjudicados por las acciones de las sectas destructivas.

De estas tres cuestiones podemos extraer las siguientes conclusiones.

Respecto a la primera cuestión, hay que tener en cuenta la capacidad del menor para ejercer por sí mismo su libertad religiosa que le posibilite la adscripción al grupo religioso. Nuestra opinión, así como parte de la doctrina¹⁰⁸³ y la jurisprudencia del TC¹⁰⁸⁴ es que la decisión del menor maduro¹⁰⁸⁵ debe respetarse, en cambio, cuando se

¹⁰⁸³ Hervada (1984), p. 50, González Varas (2003), pp. 313-316.

¹⁰⁸⁴ STC 141/2000, de 29 de mayo y STC 154/2002, de 18 de julio, comentadas en los capítulos VII y VIII respectivamente, de este trabajo.

¹⁰⁸⁵ Nosotros consideramos la edad de dieciséis años. Sobre los fundamentos a nuestra postura y la doctrina relativa a la capacidad del menor para el ejercicio de su libertad religiosa y propuestas sugeridas, *vid supra* capítulo V.

trate de un menor sin madurez suficiente, serán los padres los que guíen al menor, respetando siempre el libre desarrollo de la personalidad y el interés del menor¹⁰⁸⁶. Necesariamente, el papel de los padres, como titulares de la patria potestad, representa la obligación y el derecho a orientar la educación (incluida la religiosa) de sus hijos menores, siempre bajo la responsabilidad de proteger y velar por el interés de los hijos.

Por tanto, no consideramos acertado plantear como un conflicto de intereses la libertad religiosa del hijo y los derechos educativos de los padres, ya que éstos últimos siempre deben dirigirse al beneficio del menor. No obstante, no podemos obviar la posibilidad de un verdadero conflicto centrado en el factor religioso, bien entre los padres¹⁰⁸⁷, entre los padres y los hijos o cuando en este conflicto participan los poderes públicos¹⁰⁸⁸, en cuyo caso, intervendría la autoridad judicial y los menores contarían si fuese necesario –en caso de conflicto con los padres– con un defensor judicial.

Por otra parte, la segunda cuestión, relativa al consentimiento informado y los tratamientos médicos a menores, la ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente viene a cubrir una laguna en materia de la capacidad de menores para emitir su consentimiento en tratamientos médicos. Para mayor seguridad jurídica, se establece la edad legal de dieciséis años y los menores emancipados como capaces, sin necesidad de la representación de los padres, para consentir un tratamiento médico. En nuestra opinión, esta disposición legal es perfectamente coherente con el espíritu y los principios del derecho del menor de edad, que hemos tratado a lo largo de este trabajo, ya que los menores, como titulares de derechos, tienen capacidad para ejercerlos en función de dos criterios, bien por la edad legal establecida al efecto (el caso de la ley 41/2002 y otras disposiciones legales, como los arts. 6 y 7 ET, 48, 663,166 y 317 CC, entre otras) o bien por la adquisición de la madurez suficiente estimada para ejercer el derecho. Como ya expusimos, nuestra propuesta de establecer la edad legal de dieciséis años para ejercer la

¹⁰⁸⁶ En consonancia con el artículo 14 CDN y el art. 6 LOPJM.

¹⁰⁸⁷ *Vid supra* capítulo VI.

¹⁰⁸⁸ Por ejemplo, en asuntos como la escolarización o la intervención administrativa para la protección de menores. *Vid supra* capítulos VII y VIII.

libertad religiosa¹⁰⁸⁹, también encuentra una coherencia en la establecida por la ley 41/2002, aclarándose una cuestión que se solía resolver desde el punto de vista de la representación paterna.

No obstante, la ley es cauta y establece que ante situaciones de riesgo, como la necesidad de transfusiones de sangre para salvar la vida del menor, es necesario contar con la opinión (que no representación) de los padres, y en caso de peligrar la vida del menor ante el rechazo al tratamiento del propio menor, con la anuencia de los padres, parece que la ley, art. 9.3 c), otorga al médico la posibilidad de decidir por sí mismo cuando no pueda retrasarse el tratamiento y en cualquier caso, de no admitir esta interpretación, intervendrá la autoridad judicial para decidir en interés del menor.

Nuestro criterio al respecto, es prevalecer el derecho a la vida aunque el menor sea capaz para ejercer su libertad religiosa. Consideramos que aunque capaz, aún es menor de edad y le es aplicable el principio de protección debida por parte de los poderes públicos¹⁰⁹⁰. Esta protección se concreta, en este caso, en proteger la vida del menor como derecho elemental y básico necesario para el ejercicio de los demás atendiendo, igualmente, a la peculiaridades propias de la etapa vital de desarrollo en la que se encuentra el menor. Etapa propicia a la falta de experiencia, la personalidad influenciada y la falta de comprensión y asimilación de ciertas ideas “demasiado abstractas”.

Finalmente, y relativo a la tercera cuestión, es evidente que cuando el menor, en el ejercicio de su libertad religiosa, se incorpore a un grupo que vulnere sus derechos, e incluso, realicen actos delictivos sobre él (inducción a abandono de domicilio, lesiones, abusos sexuales, etc.), será necesario intervenir, bien a través de los padres si no están adscritos también al grupo, o bien por la acción de los poderes públicos. Conviene dejar claro que la intervención en un

¹⁰⁸⁹ *Vid supra* capítulo V, 2.

¹⁰⁹⁰ Recordemos que el ámbito personal de la principal normativa sobre derechos del menor son todos los menores de dieciocho años. Art. 1 CDN y art. 1 LOPJM. Edad de referencia para aplicar el principio de protección con independencia de que la normativa reconozca al menor capacidad para ejercer derechos.

grupo no puede ampararse en una “suposición” propiciada por creencias o valoraciones negativas del grupo en cuestión, sino que deberá fundamentarse en indicios claros y hechos probados, teniendo en cuenta la primacía del interés del menor. Esto significa, en nuestra opinión, que pueden darse situaciones en las que las pruebas, sin ser contundentes, sean indiciarias de actos perjudiciales para el menor, en cuyo caso, deberán intervenir los poderes públicos como medio preventivo –con la fórmula de intervención menos extrema, por ejemplo por una situación de riesgo y no de desamparo– para evitar situaciones que sin ser muy evidentes puedan estar contraviniendo los derechos del menor y que queden impunes, como sucedió en el caso de los “niños de Dios” anteriormente comentado.

En definitiva, y en relación con la cobertura jurídica ante las acciones delictivas de las llamadas “sectas destructivas”, los menores de edad tienen una completa legislación que, aplicada correctamente, garantiza su protección. No obstante, queremos reiterar la precaución en valorar con prejuicios o criterios subjetivos negativos a determinados grupos etiquetándolos bajo la denominación de “secta destructiva” sin contar con las pruebas suficientes, simplemente, por desmarcarse de la noción tradicional o mayoritariamente compartida de “grupo religioso”. Por lo que hay que añadir, que los grupo que sea calificado de “secta destructiva” debe ser llamada así por sus acciones delictivas y en virtud de una resolución judicial que declare al grupo como ilegal.

CONCLUSIONES FINALES.

1^a *El derecho, en mayor o menor medida, siempre ha regulado algún aspecto sobre la infancia.*

La aproximación histórica a la infancia, desde una perspectiva jurídica, nos permite afirmar que, si bien la persona no adulta en los distintos periodos históricos no tenía una relevancia significativa para el derecho, no es menos cierto que en todas las épocas históricas la regulación jurídica contempla algún aspecto sobre la infancia. Esa regulación se encuentra relacionada, sobre todo, con la protección de la vida y la condena del abandono de niños. El cristianismo potenciará este tipo de legislación protectora, por sus concepciones morales y a través de su influencia en los legisladores.

2^a *El establecimiento de la mayoría de edad en los códigos del s. XIX favorece la interpretación restrictiva de la capacidad de obrar del menor.*

El concepto jurídico de minoría de edad, tal y como la entendemos en la actualidad, no existirá hasta el siglo XIX, cuando la mayor parte de los códigos civiles establecieron una mayoría de edad, llegada a la cual la persona ya era plenamente capaz para realizar actos jurídicos, ejercer derechos y adquirir obligaciones. Hasta entonces, la capacidad del menor se muestra sometida al padre, previéndose su capacidad para intervenir en el tráfico jurídico conforme va adquiriendo madurez suficiente para realizar actos concretos. En este sentido, el derecho romano introdujo el criterio de la edad legal para determinar una mayor seguridad jurídica en las actuaciones del menor, con base en la edad de la pubertad: doce años para la mujer, catorce para el hombre. Esto nos permite afirmar que desde la antigüedad al menor de edad —concepto que, insis timos, no puede utilizarse con su significado actual— se le permitía obrar conforme a derecho y que, progresivamente, ese reconocimiento se vio limitado con

posteriores legislaciones que contemplaron al no adulto como un sujeto incapaz, al que hay que proteger. Con la mayoría de edad, establecida en la mayor parte de los códigos decimonónicos, se establece esa línea divisoria entre el mayor y el menor de edad que, en nuestra opinión, y tal y como sustentó el profesor De Castro y Bravo, supuso que se interpretaran restrictivamente las capacidades del menor de edad, hasta el punto de no reconocérselas hasta que no alcanzara la mayoría de edad.

3ª *En el s. XX culmina el reconocimiento del menor como sujeto de derechos y de especial protección.*

En el s. XX se hace más patente el interés jurídico por la infancia motivado por la situación de desprotección en la que quedaron muchos niños en los períodos de entreguerras mundiales. En 1946, con el nacimiento de UNICEF, se impulsa la acción que ya comenzó la Sociedad de Naciones en 1924, al objeto de formular el reconocimiento a nivel mundial de los derechos del niño. La Declaración de 1959, así como otras resoluciones posteriores sobre aspectos concretos que afectan a la infancia, hicieron resurgir el interés de la infancia por parte del derecho Internacional. A la nueva concepción del menor como sujeto de protección, pero también como persona sujeto de derechos, contribuyeron las doctrinas sobre los derechos humanos, así como la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989, el documento con mayor número de ratificaciones jurídicamente vinculante firmado hasta la fecha. Dicha vinculación se traduce en obligar a los Estados miembros a adaptar su legislación al texto de la Convención y procurar una legislación que reconozca a los menores de edad como sujeto de derechos y con capacidad, de acuerdo a su madurez, para ejercerlos por sí mismos.

4ª *El menor de edad es titular del derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión, así como capaz para ejercerlo.*

La mayor parte de los derechos recogidos en la Convención de derechos de la infancia, y luego especificados en las normas de creación interna de cada país, pertenecen al elenco de los derechos

humanos, entre los que hallamos el derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 14 CDN y art. 6 LOPJM). El planteamiento que surge con este derecho, cuya discusión en los trabajos preparatorios de la Convención no fue pacífica, se centra no en el reconocimiento como sujeto del mismo al menor, que es un hecho actualmente indiscutible por la doctrina, sino en la capacidad de éste para poder ejercerlo plenamente. Es evidente que el reconocimiento de un derecho debe implicar la posibilidad de poder ejercerlo, ya que de lo contrario se vaciaría parte de su contenido. Por esta razón, no consideramos acertado estimar que un menor de edad no tiene capacidad para ejercer el derecho de libertad religiosa hasta que no alcance la mayoría de edad: ¿para qué, entonces, reconocer un derecho a un menor que no puede ejercerlo o que ve limitado en exceso su ejercicio?

Aunque la legislación española fije el criterio de la mayoría de edad como línea que marca la adquisición plena de la capacidad de obrar, esto no significa que el menor de edad carezca de capacidad de obrar. Hemos analizado en este trabajo las distintas posiciones doctrinales sobre la capacidad de obrar del menor, observando que la mayoría reconoce, en mayor o menor medida, capacidad de obrar al menor. Ese reconocimiento se expresa a veces en forma de capacidades concretas reguladas por el ordenamiento jurídico (otorgar testamento, contraer matrimonio con dispensa, emancipación, etc.); y otras veces, en posturas más contundentes, se reconoce capacidad de obrar general al menor, con base en el art. 162 del C.C., que excluye de la representación propia de la patria potestad sobre los hijos el ejercicio de los derechos personales así como otros actos que pueda realizar, conforme a su madurez, por sí mismo.

5ª *La capacidad del menor para ejercer su derecho se determina por la ley con base en el criterio de la madurez. Nosotros estimamos adecuada la edad de 16 años.*

Es en este punto dónde se plantea una de las partes más delicadas de nuestro estudio: cómo poder concretar cuándo un menor de edad es capaz de ejercer por sí mismo su derecho de libertad religiosa. Es obvio que el *ejercicio pleno* de los derechos se adquiere con la mayoría de edad, tal y como estipula el Código

Civil en el artículo 322. Sin embargo, hemos visto que el propio ordenamiento jurídico regula supuestos en los que el menor de edad puede realizar actos jurídicos con plena validez: por ejemplo, contraer matrimonio, previa dispensa; otorgar testamento, salvo el ológrafo; debe aceptar su propia adopción, etc. En todos estos casos, y en otros recogidos en nuestro trabajo, observamos que la ley se cuida de establecer una edad legal. No ocurre lo mismo con el derecho de libertad religiosa. La mención de nuestro ordenamiento, incluyendo los documentos internacionales, se refiere a la madurez o suficiente juicio del menor para que pueda ejercer por sí mismo este derecho. Por tanto, queda patente el reconocimiento de la capacidad del menor para ejercer su derecho de libertad religiosa.

Para lograr aclarar la indeterminación jurídica que tiene la referencia a la *madurez* o al *suficiente juicio*, es necesario acudir a varios recursos. Primero, la interpretación analógica, es decir observar cómo regula el derecho situaciones parecidas; en este sentido, podemos aplicar por analogía las edades que establece la ley para la realización de determinados actos en los que se debe presuponer una madurez similar a la que puede determinar el ejercicio de la libertad religiosa. Segundo, el recurso al derecho comparado, esto es, comprobar cómo el derecho de otros países regula la capacidad del menor para ejercer su libertad religiosa y si establecen unas edades (tal y como, en efecto, ocurre en muchos de ellos). Tercero, la interpretación o definición del concepto de *madurez* por otras disciplinas distintas a la jurídica; en este caso, las más adecuadas son la psicología evolutiva y la sociología.

Con base en lo anterior, parte de la doctrina, cuya opinión compartimos, se muestra favorable a establecer una edad legal, a partir de la cual el menor podría ejercer su libertad religiosa. El arco temporal en el que se sitúa dicha edad abarca desde los 12 a los 16 años, tomando como referencia la edad de la adolescencia, en la que se presume cierta madurez. No obstante, a nuestro juicio, este rango de edad es lo suficientemente amplio como para distinguir distintos grados de madurez en el menor, y por tanto demasiado extenso para servir de criterio que favorezca la precisión y la certeza jurídica. Por ello, somos de la opinión de establecer la edad de 16 años. El establecimiento de esta edad

podría parecer demasiado restrictivo para la defensa de la capacidad del menor, que es uno de los elementos que tratamos de fundamentar en este trabajo. No obstante, consideramos que la edad de 16 años está en coherencia jurídica con otras edades legales en las que se presupone una madurez al menor para regir su propia vida. La emancipación es el ejemplo más claro, así como el poder trabajar y administrar los bienes y rentas derivados de su trabajo. Igualmente, opinamos que la edad de 16 años habilitaría al menor para ejercer su derecho a la libertad religiosa en todos los aspectos (opción de enseñanza religiosa, consentimiento para tratamientos médicos, etc.), sin más límites que los establecidos por la ley y en algunos casos excepcionales (como el peligro para la vida del menor), ya que no hay que olvidar que una persona de 16 años, aun reconocida su capacidad, sigue siendo menor de edad y, por tanto, sujeta a unas normas especiales de protección. Finalmente, con la edad legal de 16 años se lograría seguridad jurídica, ya que se salvarían las dificultades de interpretación del concepto extrajurídico de *madurez y suficiente juicio*, así como del art. 162.1 C.C., relativo a la exclusión de la representación paterna de los hijos en virtud de la patria potestad.

6ª *Consideramos necesario atender a otros criterios, además de la madurez y la edad legal, para determinar la capacidad del menor en el ejercicio de la libertad religiosa: el interés del menor y el libre desarrollo de la personalidad.*

Consideramos más factores a tener en cuenta en la determinación de la capacidad del menor para ejercer su derecho a la libertad religiosa. Factores que deducimos de los principios rectores de la Convención sobre los derechos del niño y de nuestro ordenamiento interno, y que son el principio del interés del menor o interés superior del niño y el principio del libre desarrollo de la personalidad. Opinamos que facilitar al menor el ejercicio de los derechos fundamentales de acuerdo con su grado de madurez aporta un marco ideal en el que el menor desarrolle su personalidad y se ejercite en la asunción de responsabilidades, lo cual es un factor a considerar en aras de su interés. En este sentido, la institución jurídica de la patria potestad tiene asignada la función de velar y atender al desarrollo de la personalidad del hijo, por lo que en primer lugar, son los padres los garantes de sus

derechos, incluido el derecho de libertad religiosa del hijo. Asimismo, los principios del interés del menor y el libre desarrollo a la personalidad, así como el derecho del menor a ser escuchado y requerir su opinión en los asuntos que le afecten, nos lleva a concluir que, independientemente de establecer la edad legal de 16 años para reconocer capacidad en el ejercicio de la libertad religiosa, es necesario que los padres o tutores y los poderes públicos, conforme el menor va desarrollándose y teniendo más edad, consideren la opinión del menor y cumplan su función orientadora para que éste pueda ejercer su derecho.

7ª *El derecho de libertad religiosa, en su dimensión externa, no es ilimitado.*

Esto es predicable tanto de las personas mayores como menores de edad. Por tanto, la libertad religiosa del menor tiene los límites establecidos por las normas y que sean necesarios para mantener el orden, la seguridad, la salud y la moralidad pública y el respeto a los derechos fundamentales de los demás. Además, podemos afirmar que el principio de protección del menor constituye un factor más limitativo del derecho de libertad religiosa de éste, independientemente de que el menor sea mayor o menor de 16 años (edad que hemos considerado adecuada para ejercer plenamente la libertad religiosa, con parte de la doctrina y algunas normas, como el art. 9 de la ley 41/2002 de autonomía del paciente), por ejemplo, en los casos en los que peligre la vida del menor y éste y/o sus padres se nieguen a recibir un tratamiento médico alegando el respeto a sus creencias, así como si el menor pertenece a un grupo “religioso” que lleve a cabo actividades delictivas.

8ª *El ejercicio de la patria potestad no debe ser calificado de limitativo del derecho de libertad religiosa del menor. Hay que interpretarlo como una función orientadora y en interés del menor.*

Otro elemento que es referido por la doctrina como limitativo de la libertad religiosa del menor es la relación de especial sujeción que éste tiene con sus padres a través de la institución de la patria potestad. Ya hemos indicado que la patria potestad se

configura como una relación de derechos-deberes con respecto de los hijos. Los padres tienen derechos en la medida en que cumplen las funciones de velar y actuar en interés del menor. En concreto, con la libertad religiosa de sus hijos tienen una función orientadora (art. 14 CDN y art. 6 LOPJM). No estamos de acuerdo en adoptar una postura que observa la relación paterno-filial como una confrontación entre derechos de los padres y derechos de los hijos. Preferimos partir de una interpretación de la patria potestad que establece a los padres como primeros garantes de los derechos del menor y cuya actuación en el marco paterno-filial es en beneficio del menor. Aunque no podemos obviar que, en ocasiones, existen situaciones que pueden plantearse en términos de enfrentamiento de derechos o intereses.

A continuación vamos a referirnos a nuestras conclusiones en los ámbitos en los que pueden surgir las situaciones conflictivas y en las que la libertad religiosa del menor puede verse afectada. Estos casos pueden circunscribirse en tres ámbitos: el ámbito de las crisis familiares, el ámbito escolar y el ámbito de los llamados nuevos movimientos religiosos.

9ª *La determinación de la custodia en las crisis familiares debe atender a criterios de ponderación de intereses entre padres e hijo, prevaleciendo siempre la solución más favorable al menor. La importancia de la prueba.*

Por lo que respecta a la libertad religiosa del menor en el ámbito de las crisis familiares hemos tratado los supuestos atendiendo principalmente a la incidencia de las creencias religiosas de uno de los progenitores en la determinación de la custodia del menor. Los supuestos examinados parten de casos llegados a la jurisprudencia tanto de la Comisión y del Tribunal Europeo de derechos humanos como de los tribunales españoles. Se pueden distinguir dos líneas interpretativas en la jurisprudencia, cuya línea divisoria la marca el caso *Hoffmann* (1993) del TEDH. La anterior a este caso consideraba que la custodia debería atribuirse al progenitor que garantizara la continuidad educativa de los hijos con fundamento en el interés del menor. La aplicación de ese criterio, generalmente, iba en detrimento del progenitor que cambiara de creencias. Con la sentencia *Hoffmann* se consideran

otros criterios para determinar la custodia, como la ponderación de intereses y derechos en juego y la no discriminación por motivos religiosos, así como la proporcionalidad de las medidas adoptadas.

Los criterios de la ponderación y la proporcionalidad tienen como referente básico la consecución del interés del menor, principio que debe regir en todos los asuntos que afecten a los menores de edad. No obstante, hay que advertir de la utilización de doble rasero de este principio en los casos de custodia. Esto significa que, en nuestra opinión, existen resoluciones judiciales, denegando la custodia al progenitor que ha cambiado de creencias, que aplican el “interés del menor” como fundamento jurídico sin contar con pruebas suficientes que avalen la restricción de los derechos del progenitor que no posee la custodia: por ejemplo, un peligro real para la salud del menor, el adoctrinamiento en las nuevas creencias vulnerando la libertad religiosa del propio menor, actividades ilícitas del grupo, etc. Por ello, consideramos fundamental la prueba para evitar resoluciones judiciales discriminatorias por motivos religiosos.

10^a *La custodia no resta derechos y deberes al progenitor no custodio, que sigue ostentando la patria potestad. Éste debería tener capacidad de decisión sobre asuntos que afectan al menor, como, p. ej., educación, orientación religiosa y tratamientos médicos.*

Otra cuestión que, a nuestro juicio, es fundamental aclarar, al hilo de la incidencia del factor religioso en la determinación de la custodia, es la distinción entre patria potestad y custodia. Evidentemente, es conocido que tanto una como otra son instituciones jurídicas diferentes. No obstante, en las resoluciones judiciales y en parte de la doctrina parece interpretarse que el progenitor custodio asume todos los derechos-deberes derivados de la patria potestad, quedando limitado el otro progenitor en el ejercicio de aquéllos. En nuestra opinión, este caso requiere de matizaciones, ya que, si bien es cierto que por razones prácticas, y así se establece en el C.C., las funciones de la patria potestad serán ejercidas por quien detente la custodia, la no tenencia de la custodia no significa necesariamente –salvo casos determinados por la ley y decididos por el Juez– la retirada de la patria potestad

con todas los derechos y deberes que ésta conlleva. Por tanto, consideramos que, al margen de a cuál de los progenitores se atribuya la custodia, y con independencia de sus creencias religiosas, deberá tenerse en cuenta la opinión de aquel que no tenga la custodia —pero sí la patria potestad— en asuntos de trascendencia sobre los hijos. Por ejemplo, la educación, la orientación religiosa, tratamientos médicos, etc. Además, habrá de tenerse en cuenta la opinión del menor de acuerdo con su madurez. En caso de no llegar a un acuerdo, sería necesaria la intervención judicial.

11^a *La determinación de la enseñanza religiosa es un derecho de los padres que lo ejercen hasta que el menor adquiera capacidad para optar por sí mismo.*

La opción de enseñanza religiosa se enmarca como un derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos conforme a sus propias convicciones. En nuestra opinión, este derecho siempre está en función del derecho del menor a la educación, por lo que el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos comporta un derecho que se ejerce, como algunos autores indican, en representación de los hijos.

Otro sector de la doctrina incluso considera que, para asegurar un total respeto a la libertad religiosa, los padres deberían abstenerse de iniciar al hijo en ninguna religión hasta que éste adquiera la capacidad para decidir por sí mismo. Y, finalmente, otra opinión, que nosotros consideramos más acertada, estima este derecho como una función propia de los padres que debe perseguir el beneficio del menor. Por tanto, la capacidad del menor para decidir su educación religiosa se verá determinada por los padres cuando el hijo es pequeño, para ir cediendo a favor de la decisión del hijo, conforme éste va adquiriendo madurez. Ya afirmamos que, en nuestra opinión, la edad para determinar la capacidad del menor en materia religiosa son los 16 años. No obstante, también advertimos que los menores de dicha edad tienen derecho a ser escuchados, siempre en función de su madurez, sobre todo los mayores de 12 años, tal y como determina la ley. Por otra parte, y en relación a la regulación de la asignatura de Religión, con dos modalidades: confesional y no confesional, hay que decir, que en

ningún caso, podrá compelerse a un alumno a recibir una enseñanza religiosa confesional en contra de su voluntad cuando tenga capacidad suficiente o, en caso contrario, la de sus padres.

12^a *La enseñanza en el propio hogar, en lugar de en un centro escolar, no presupone la vulneración del derecho a la educación de los hijos. Es necesario establecer los controles estatales sobre materias impartidas y nivel de conocimiento de los menores que reciben educación en casa. Así se consigue el respeto a las minorías.*

La elección del centro educativo también se expresa como un derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones, remitiéndonos a lo expuesto en la conclusión anterior. No obstante, queremos referirnos a la educación en casa como forma alternativa a la educación en centros de enseñanza reglados. La cuestión central en estos casos estriba en determinar si esa opción implica hacer prevalecer el derecho de los padres sobre el derecho del menor a la educación, que resultaría en consecuencia vulnerado. Es ésta, precisamente, la justificación más habitual, en la doctrina, de la intervención del Estado como garante de los derechos del menor y de su protección, obligando a escolarizar a los menores en centros homologados.

A este respecto, debemos hacer notar dos puntos. Primero, que el derecho a la educación del menor es prioritario frente al derecho de los padres y al interés del Estado, siendo la determinación de la educación del menor función, en primer lugar, de sus padres, y si éstos no la cumplen, del Estado. Estamos de acuerdo en que el Estado debe garantizar el derecho del menor a la educación, pero la intervención estatal en la esfera familiar deberá justificarse y demostrarse con argumentos y pruebas suficientes, ya que, de lo contrario, se produciría una injerencia del Estado en el ámbito familiar bajo el respaldo de una pretendida “protección” del menor. Segundo, hemos observado en las resoluciones judiciales y en un sector de la doctrina una tendencia a entender, de manera equivocada a nuestro juicio, que la educación en casa significa negación del derecho del hijo a la educación. Pensamos que no se debe confundir la educación en casa con la carencia educativa de

los menores. Evidentemente, eso conlleva un trabajo suplementario para el Estado, que deberá establecer unos criterios de evaluación y de control del proceso educativo de los menores educados en casa. Esto se percibe con claridad en países con una sólida estructura educativa que, al mismo tiempo, admiten la figura del *home schooling* como un medio de garantizar que los menores reciben una educación conforme a las convicciones de sus padres, en un proceso que debe ser controlado por el Estado en lo que se refiere a las enseñanzas mínimas y a su evaluación; pero de ningún modo, se confunde ese sistema con una ausencia de educación por no acudir a un centro educativo reglado. Es de este modo como se logra el respeto de aquellas minorías que no encuentran un centro escolar acorde con la educación que desean para sus hijos.

13^a *La objeción de conciencia a materias escolares distintas de la Religión: la aplicación restrictiva del límite del “adoctrinamiento”, así como la consideración del carácter “objetivo” de las materias, pueden vulnerar el derecho de libertad religiosa de los alumnos.*

La objeción de conciencia a materias escolares, distintas de la Religión, p. ej. la educación sexual, alegando motivos religiosos ha sido tratada por los tribunales con base en una interpretación restrictiva del límite del Estado frente a la libertad religiosa de padres y/o alumnos. Esto significa que los padres y alumnos objetores verán reconocido su derecho si se demuestra que la materia en cuestión persigue un adoctrinamiento. Generalmente, el adoctrinamiento se predica de materias como la religión, pero difícilmente se reconoce a otras asignaturas. Nuestra opinión es que existen materias, como la educación sexual, que sin ser materias propiamente religiosas, no pueden ser considerados “objetivos” en la medida en la que se transmiten contenidos (métodos anticonceptivos, comienzo de la vida humana, etc.) que sí pueden afectar a las creencias religiosas de quienes la reciben y sus padres. Por tanto, cuando los tribunales adoptan un criterio restrictivo en la interpretación de qué puede afectar a las creencias de una persona, se adentra en el peligroso terreno de juzgar elementos que sólo afectan a la esfera interna de la libertad religiosa, que como se sabe, se sustrae al ámbito del derecho.

14^a *La exhibición de símbolos religiosos debe respetarse como manifestación de la libertad religiosa y en aras al respeto de los principios de neutralidad y pluralismo.*

Por lo que respecta a la exhibición de símbolos religiosos en la escuela, los principios de neutralidad y pluralismo nos llevarían a concluir que debe primar el respeto de dichos símbolos como expresión de la libertad religiosa, sin que deban ser limitados *a priori* por ninguna causa. Sólo en los casos en los que se demuestre que la exhibición del símbolo religioso vulnera derechos fundamentales de los demás, actuaría el límite de derecho de libertad religiosa a su portador. Consideramos que en el caso de alumnos, y sobre todo alumnas –por los casos más conocidos del velo islámico–, tanto de centros públicos como los privados concertados (y también, aunque con alguna matización, de los privados), no debería restringirse su derecho a exhibir un símbolo religioso. Una de las razones principales, además del respeto a la libertad religiosa del menor, es que la convivencia pacífica y natural con la pluralidad, sin interpretar “lo diferente” como una amenaza, fomenta precisamente la educación en los valores de respeto y entendimiento de otras religiones y culturas. La ausencia de la misma, sin embargo, en aras de una pretendida neutralidad, a nuestro juicio no es tal, en cuanto limita la presencia de una realidad que sería ficticio —y poco neutral— ignorar.

15^a *La justificación de límites a la exhibición de símbolos religiosos por los profesores de centros docentes públicos.*

No obstante, esta cuestión adquiere una dimensión diferente cuando nos referimos a los profesores, sobre todo de centros docentes públicos. Aunque también para los docentes mantenemos el criterio expuesto para los alumnos, observamos una causa de limitación en los profesores basada, por una parte, en la especial relación profesor/alumno y, por otra parte, la relación de sujeción o, si se prefiere, de representación entre el profesor y el Estado. Por lo que respecta a lo primero, consideramos que la influencia del profesor en sus alumnos es evidente, ya que se trata de una persona de referencia para los menores y transmisor no sólo de conocimientos sino de otros valores, es decir, la relación profesor/alumno abarca una faceta educadora en un sentido más

amplio (no mero trasmisor de conocimientos). Por este motivo, y siempre que sea solicitado por los padres y/o alumnos, y no por decisión unilateral de la autoridad educativa, el profesor o profesora portador de un símbolo religioso deberá prescindir de él cuando se considere que vulnera el derecho de libertad religiosa y educativo del menor y sus padres. En cuanto a la segunda limitación que puede entrar en juego, el profesor de un centro docente público “representa” al Estado en su función educadora en la que se persigue unos objetivos, entre los que hallamos la no discriminación por motivos de sexo. En este sentido, la exhibición por una profesora musulmana de un pañuelo cubriendo su cabeza puede interpretarse no sólo como un símbolo religioso sino la transmisión de una determinada forma de entender las relaciones entre hombres y mujeres que es avalada implícitamente por el Estado, contradiciendo con ello los principios y derechos constitucionales. Es esta una cuestión que precisa de un mayor análisis del realizado por nosotros en este trabajo —con cuyo tema central tiene sólo una conexión accidental—, pero nos parece preciso dejar apuntada esta cuestión para tratar el tema del velo islámico desde todos los puntos de vista posible.

16^a *La adscripción de menores a NMR es una manifestación de su libertad religiosa. Si la adscripción se realiza a través de sus padres es expresión de los derechos derivados de la patria potestad.*

La última cuestión tratada en este trabajo se refiere a la adscripción de los menores con o sin sus padres a nuevos movimientos religiosos (NMR), sobre lo que consideramos una forma de ejercer el derecho de libertad religiosa cuando el menor ha adquirido la capacidad suficiente, la cual, en principio, debe ser respetada por los padres, o si la adscripción es junto a los padres, en virtud de los derechos derivados de la patria potestad. No obstante, se presentan situaciones conflictivas en relación al grupo al que está adscrito el menor. En este sentido, insistimos en aclarar que la acepción de NMR o secta no debería conllevar ninguna interpretación negativa *per se* del grupo. Lo que realmente hay que observar son las actividades del grupo (métodos de captación, régimen de vida de los adeptos, etc.) y en la medida en que éstas sean consideradas por la autoridad judicial delictivas y que

perjudiquen al menor, el grupo puede denominarse “secta destructiva” o “ilegal” para distinguirlo de otros grupos que, aunque minoritarios y/o desconocidos en nuestro entorno, no tienen que considerarse nocivos.

17^a *La capacidad del menor para emitir su consentimiento informado a un tratamiento médico se tiene a partir de 16 años. No obstante, su libertad religiosa siempre cederá ante su derecho a la vida.*

Una cuestión que ha tratado especialmente la doctrina y que se ha suscitado ante los tribunales es la objeción a los tratamientos médicos por motivos religiosos. Estos casos se han planteado especialmente con los Testigos de Jehová. Generalmente, la doctrina ha resuelto la cuestión haciendo primar la libertad religiosa del mayor de edad y respetando su objeción, mientras que en el caso de tratamiento a menores se ha resuelto a favor del tratamiento para garantizar su derecho a la vida, el cual prevalece frente a la libertad religiosa de los padres y del propio menor, en caso de que también él haya objetado. Ésta es también nuestra conclusión final sobre el tratamiento médico cuando peligra la vida del menor, aunque consideramos que el tema requiere de un examen más pormenorizado para conjugar la libertad religiosa del menor maduro, su derecho a ser informado, su capacidad para decidir su tratamiento médico con su estatus jurídico de menor de edad y la función de la patria potestad y los poderes públicos.

Como sabemos, la ley 41/2002 de autonomía del paciente regula la capacidad del menor para prestar su consentimiento a un tratamiento estableciendo la edad legal de 16 años (nótese la consonancia con nuestra postura de determinar la edad de 16 para que un menor ejerza su libertad religiosa, así como otras edades determinadas por nuestro ordenamiento jurídico), pero deberán ser escuchados aun cuando sean menores de dicha edad. No obstante, la ley —en nuestra opinión de forma acertada— establece otra previsión ante situaciones de gravedad o urgencia. Aunque no se recoge por la ley expresamente, interpretamos que, ante situaciones graves que podrían afectar a la vida del menor y por los riesgos de la demora, no pueda esperarse a la autorización judicial, el médico podrá decidir siempre considerando primordial

el interés del menor, y en estos casos, la opinión del menor no será vinculante y se recabará la opinión de los padres. Por tanto, somos de la opinión de que ha de prevalecer el derecho a la vida aunque el menor sea capaz para ejercer su libertad religiosa. El menor es, en esos caso, sujeto de protección por parte de los poderes públicos; protección que se concreta en proteger la vida del menor. La libertad religiosa del menor no puede amparar decisiones en las que esté en peligro la vida, decisiones que son definitivas e irreversibles, que deben interpretarse con las peculiaridades de la etapa vital del menor en la que aún está desarrollándose.

18ª *La intervención de los poderes públicos siempre se justifica cuando un menor sea objeto de las actividades delictivas de un grupo. Para ello debe contarse con pruebas suficientes, sin obrar por presiones o prejuicios sociales de rechazo a determinados grupos.*

Otra cuestión de interés es la intervención de los poderes públicos para sustraer a un menor de un NMR. Como ya apuntamos anteriormente, esta intervención debe estar avalada por argumentos y pruebas que determinen la calificación del grupo como ilegal por la autoridad judicial. De entre las situaciones que pueden afectar al menor están la inducción al abandono de domicilio, lesiones, abusos sexuales, falta de escolarización, etc. En estos casos será necesario intervenir en virtud de los principios de protección e interés del menor, bien a través de los padres si no están adscritos también al grupo, o bien por la acción de los poderes públicos, de acuerdo con las medidas de intervención reguladas por el ordenamiento jurídico. Medidas que abarcan desde el control o vigilancia en situaciones de riesgo, o la declaración de desamparo del menor, hasta intervenciones más drásticas como la asunción de la tutela automática sobre el menor. No obstante, recordemos que la intervención deberá basarse en las actuaciones ilegales o delictivas del grupo para evitar así la intervención pública bajo el velo de la protección del menor, simplemente, por tratarse de un grupo que se desmarca de la noción tradicional de grupo religioso.

**FUENTES BIBLIOGRÁFICAS, NORMATIVAS Y DOCUMENTALES.
RECURSOS ELECTRÓNICOS.**

BIBLIOGRAFÍA

ALÁEZ CORRAL, Benito (2003a), *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos.

- (2003b), “Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 67, enero-abril, pp. 89-125.

ALBALADEJO, Manuel (1991, 12ª ed.), *Derecho civil I. Introducción y derecho de la persona*, Barcelona: Bosch.

- (1996, 7ª ed.), *Curso de derecho civil IV. Derecho de Familia*, Barcelona: Bosch.

- (1997), “Desde el instante que nace, todo niño es persona e inscribible en el Registro” en *Revista de Derecho Privado*

- (2002, 11ª ed.), *Compendio de derecho civil*, Barcelona: Bosch.

ALCÓN YUSTAS, Mª Fuencisla (1998), “La protección de los derechos del niño en la Constitución española y en las constituciones de los Estados de nuestro entorno” En RODRIGUEZ TORRENTE, J. (ed.), *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, pp.189-208.

ALEXANDRE-BIDON, Danièle y LETT, Didier (1999), *Children in the Middle Ages. Fifth-Fifteen Centuries*, Notre Dame, Indiana: The University of Notre Dame Press.

ALONSO PÉREZ (1997), “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” en *Actualidad Civil*, nº 2, 6-12 de enero 1997, pp.17-40.

ALSTON, Philip (1989), “The unborn child and abortion under the draft Convention on the rights of the Child”, *Human Rights Quarterly*, 12, pp. 156-178.

- (1992), *Children, Rights and the Law*, Oxford: Oxford University Press.

- (1994) (ed.), *The best interest of the child*, Oxford: Unicef, Oxford University Press.

ÁLVAREZ PRIETO, Luis (2002), “Breves acotaciones a la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 2002, relativa a la negativa a las hemotransfusiones por parte de los testigos de Jehová”, en *RGDC y DEE*, nº 1.

ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a Isabel (1994), *La protección de los derechos del niño: En el marco de las Naciones Unidas y en el derecho constitucional español*, Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas.

- (2003), “La legislación autonómica de menores” en LÁZARO GONZÁLEZ, I.E. Y MAYORAL NARROS I.V. (coords.), *Jornadas sobre derecho de los Menores*, Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas.

ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a Isabel y ALCÓN YUSTAS, M^a Fuencisla (2002), “La Convención de derechos del niño de 1989” y “Legislación Estatal sobre el menor”, en LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel (coord.), *Los menores en el derecho español*, Madrid: Tecnos, pp. 74-96.

ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a Isabel y CALVO BLANCO, Elena (eds.) (1998), *Derechos del niño: ONU, conferencia de la Haya, derecho internacional humanitario, Consejo de Europa...*, Madrid: McGraw Hill.

ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina (1999), “Notas sobre el derecho a la libertad religiosa del menor” en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte* Vol. I, pp. 33-38, Valencia: Diputación de Castellón. Facultad de derecho de la Universitat Jaume I y de la Universidad de Valencia.

AMORÓS AZPILICUETA, J. J. (1989), "Libertad religiosa y libertad ideológica" en IBÁN, I.C. (Coord.) *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa*, Madrid: Revista de Derecho Privado, pp. 75-80

APILLUELO MARTÍN, Margarita (1999), *La relación de trabajo del menor de edad*, Madrid: CES.

ARECES PIÑOL, M^a Teresa (1999), "Tutela del Menor y libertad religiosa" en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte* Vol. I, pp. 39-50, Valencia: Diputación de Castellón. Facultad de derecho de la Universitat Jaume I y de la Universidad de Valencia.

ARIAS RAMOS J. y Juan Antonio ARIAS BONET, (1986) *derecho Romano* 2 vol., 18^a ed. (2^a reimpr., 1990), Madrid: Editorial Revista de derecho Privado.

ARIÉS, Philippe (1979), *Centuries of Childhood*. Harmondsworth: Penguin books.

ARIÈS, Philippe y Georges DUBY (1991) *Historia de la vida privada*, 3 vols., Barcelona: Taurus.

ARMENTEROS CHAPARRO, Juan Carlos (1997), *Objeción de conciencia a los tratamientos médicos: la cuestión de la patria potestad*, Madrid: Colex.

AZNAR GIL, Federico R. (1989), *La institución matrimonial en la hispania cristiana bajo-medieval (1215-1563)*, Salamanca, Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca.

BAINHAM, Andrew (1988), *Children, Parents and the State*, Londres: Sweet Maxwell.

BALLESTEROS, Jesús (ed.) (1992), *Derechos humanos: concepto, fundamentos, sujetos*, Madrid: Tecnos.

- (1999), "El individualismo como obstáculo a la universalidad de los derechos humanos" en *Estudios en homenaje al Prof. Javier Hervada (II)*, *Persona y derecho*, 41, pp.15-27.

BARBA LÓPEZ, D., GARCÍA OLIVA, F.J., GARCÍA-PARDO, D., MORALES MONTEOLIVA, Y. y VALENCIA BENÍTEZ, F. (1994), "La protección jurídica del individuo ante las sectas destructivas" en *Sectas y derechos humanos. III Congreso interuniversitario de derecho eclesiástico para estudiantes*, Córdoba: Universidad de Córdoba, pp.15-40.

BARCIA, L. (1987), "La dignidad como derecho del hombre y como derecho cultural de la Iglesia católica" en *Persona y Derecho*, 17, pp. 115 y ss.

BECEIRO PITA, Isabel y Ricardo CÓRDOBA DE LA LLAVE (1990) *Parentesco, poder y mentalidad. La nobleza castellana siglos XII-XV*, Madrid: CSIC.

BELLVER CAPELLA, V. (1997), "El Estatuto Jurídico del embrión y el feto no viables,. A propósito de la STC 212/1996 de 19 de diciembre" *Humana Iura*, 10, pp. 319-331.

BELTRÁN, J. (1977), "Estructura y evolución del comportamiento moral" *Revista Española de Pedagogía*, 35.

BENEYTO BERENGUER, Remigio (2001), "El régimen de visitas: restricción a causa de las creencias del padre" en *Revista General de Derecho* nº 678-679, marzo- abril 2001, pp. 1959-1977.

BERK, Laura E. (1998), *Desarrollo del niño y del adolescente*, Madrid: Prentice Hall.

BERNÁRDEZ CANTÓN, Alberto (1991, 7ª ed.), *Compendio de derecho matrimonial canónico*, Madrid: Tecnos.

BERTOLINO, Rinaldo (1990), "L'obiezione di coscienza" en VV.AA. *La objeción de conciencia en el ordenamiento español e italiano*, Murcia.

- (1994), *L'obiezione di coscienza moderna: per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione*, Torino: Giappichelli.

BEVAN, H.K. (1989) *Child Law*, London: Butterworths.

BONFANTE, Pietro (1963, reimpr.), *Corso di Diritto Romano. Vol.1, Diritto di famiglia*, Milano, Giuffrè.

BOOTHBY, Lee (2001), "Family Law and freedom to worship in the USA", en *Derecho de Familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado, Actas del IX Congreso Internacional de derecho eclesiástico del Estado*, Bilbao: Universidad del País Vasco, pp. 227-244.

BORDERIES-GUERENA, Josette (1996), "niños y niñas en familia" en BORRÁS LLOP, J.M^a (dir.), *Historia de la infancia en la España Contemporánea 1834-1936*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

BORRÁS LLOP, José María (1996), "El trabajo infantil" en BORRÁS LLOP, J.M^a (dir.), *Historia de la infancia en la España Contemporánea 1834-1936*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

BOSWELL, J.E., (1989) "*Expositio* and *oblatio*: the abandonment of children and the Ancient and Medieval family" *American Historical Review*, 89, pp. 10-33.

BOVET, P. (1928), *The child's religion*, Nueva York: Dutton.

BRIONES MARTÍNEZ, Irene, (1993), "La enseñanza de la religión en los centros públicos españoles", en *ADEE*, IX, pp. 167-206.

- (1995), "Libertad religiosa y de conciencia en la enseñanza laica" en *Humana Iura*, 5, pp. 93-117.

- (1996a), "La laicidad en la jurisprudencia francesa" en *IC*, XXXVI, pp. 259-281.

- (1996b), "Hacia un concepto de laicidad" en *Secularización y laicidad*, San Sebastián: Librería Carmelo, pp. 161-177.

- (1999), "¿Sectas o minorías religiosas? Reflexiones en torno a la jurisprudencia internacional y comparada," en *XVIII Jornadas de la*

Asociación Española de Canonistas, Salamanca: Universidad Pontificia, pp. 147-168.

- (2001), ‘Derecho a la privacidad y libertad de conciencia en el ámbito de la familia: límites al servicio de la persona’, en *Derecho de Familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado, Actas del IX Congreso Internacional de derecho eclesiástico del Estado*, Bilbao: Universidad del País Vasco, pp. 317-331.

- (2003), ‘La escuela en casa o la formación de la conciencia en casa’, en *RGDC y DEE*, nº 3.

BROMLEY, P.M. (1987), *Family Law*, London: Butterworths.

BRUNDAGE, James A. (1991), *The Crusades, Holy War and Canon Law*, Aldershot: Variorum.

BUENO ARÚS, Francisco (2001), ‘Aspectos sustantivos de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores’ en *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales (ICADE)*, nº 53, mayo-agosto.

BULL, Norman J. (1970), *Moral Judgement from childhood to adolescence*, London: Routledge and Kegan Paul.

- (1973), *Moral Education*, London: Routledge and Kegan Paul.

BUQUICCHIO-DE BOER (1988), ‘Children and the European Convention on Human Rights’ en *Protecting Human Rights: The European Dimension, Studies in honour of G.J. Köln*.

CALVO ÁLVAREZ, J. (1983), *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, Pamplona: EUNSA.

- (1994) ‘Principios Informadores de derecho eclesiástico español en las sentencias del TC’, en *Tratado de derecho eclesiástico*, Pamplona: EUNSA.

CAMPOY CERVERA, I. (1998), “Notas sobre la evolución en el reconocimiento y la protección internacional de los derechos de los niños”, *Derechos y Libertades*, febrero, año III, 6, pp. 279-327.

CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago (2003), “Las manifestaciones externas de la religiosidad en el ordenamiento jurídico español: el empleo de simbología religiosa”, en DE LA HERA, Alberto, MOTILLA, Agustín y PALOMINO, Rafael (coords.), *El ejercicio de la libertad religiosa en España. Cuestiones disputadas*, Madrid: Ministerio de Justicia. Dirección General de Asuntos Religiosos.

CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Alejandro (2003), “La cuestión de los crucifijos en los lugares públicos en Italia”, en *RGDC y DEE*, nº 3.

CANTWELL, Nigel (1992), “Introducción”, en DETRICK, Sharon (ed.) *United Nations Convention on the Rights of the Child. A guide to the "Travaux Préparatoires"*, Dordrecht: Martinus Nijhoff.

- (1993), “Monitoring the Convention through the idea of the three P’s” *Eurosocial Report*, vol. 45, pp. 121-130.

CAPITÁN DÍAZ, Alfonso (2000), *Educación en la España contemporánea*, Barcelona: Ariel.

CAPSETA CASTELLÁ, J. (1998), “La función calificadora en el registro de entidades religiosas a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo” en MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier (ed.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de derecho eclesiástico del Estado*. Granada: Comares, pp. 403-407.

CARBONELL SABARROJA, Jaume, (1997) “Aprender sin escuela”, *Cuadernos de Pedagogía*, marzo, núm. 256, pp. 41 y ss.

CARDINI, Franco y Domenico DEL NERO (1999), *La crociata dei fanciulli*, Firenze: Giunti Gruppo Editoriale.

CARP, T. (1980), “*Puer-senex* in Roman and Medieval thought” *Latomus*, 39, pp. 736 y ss.

CARRERAS, Mercedes, (1992) “Los derechos del niño: de la Declaración de 1959 a la Convención de 1989” en BALLESTEROS, Jesús (ed.), *Los derechos humanos*, Madrid: Tecnos, pp. 185-192.

CARRILLO SALCEDO, José Antonio (2001), “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea” en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 9.

CASAS, Ferrán (1998), *Infancia: perspectivas psicosociales*, Barcelona: Paidós.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, José (2003), “Interés del menor y actuación GONZÁLEZ, I.E. Y MAYORAL NARROS I.V. (coords.), *Jornadas sobre Derecho de los Menores*, Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas.

CASTÁN TOBEÑAS, José (1987, 14ª ed), *Derecho civil español, común y foral. Tomo 1, Introducción y parte general. Vol.2, Teoría de la relación jurídica la persona y los derechos de la personalidad . Las cosas. Los hechos jurídicos*, Madrid: Reus.

- (1992, 4ª ed.), *Los derechos del hombre*, Madrid: Reus.

- (1995, 10ª ed.) *Derecho civil español, común y foral*, Madrid: Reus.

CASTÁN, PUIG BRUTAU, ESPÍN CÁNOVAS (1982, 8ª ed.), *Manual de Derecho Civil Español*, VI. 1º, parte general, Madrid.

CASTELLÓ DONDERIS, Vicenta y COLÁS TURÉGANO, Asunción (2002), *La responsabilidad penal del menor de edad*, Madrid: Tecnos.

CASTRO CID, Benito (1979), *Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema*, edición de Antonio E. Pérez Luño, Sevilla: Universidad.

- (1982), *El reconocimiento de los derecho humanos*, Madrid: Tecnos.

- (1990), “La búsqueda de la fundamentación racional de los derechos humanos”, en *Persona y derecho* 22, 1990, pp. 211-234.

CASTRO JOVER, Adoración (1991), “Las asociaciones sin ánimo de lucro y las sectas” en GOTI ORDEÑANA, J. (ed.) *Aspectos Socio-jurídicos de las Sectas desde una perspectiva comparada*, Oñati: The Oñati International Institute for the Sociology of Law, pp. 185-213.

- (1996), ‘El desarrollo de la libertad religiosa a partir de la Constitución de 1978. Breves consideraciones acerca de la firma de los acuerdos con las minorías religiosas’, en *Acuerdos con confesiones religiosas minoritarias*, Madrid: pp. 523-536.

- (1998), “La libertad de conciencia y la objeción de conciencia individual en la jurisprudencia constitucional española”, en MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier (ed.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de derecho eclesiástico del Estado*. Granada: Comares, pp. 133-186.

- (1999), “Asistencia sanitaria y libertad religiosa, un supuesto: la denegación de reintegro de gastos médicos a los Testigos de Jehová”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte*, Valencia: Diputación de Castellón. Facultad de derecho de la Universitat Jaume I y de la Universidad de Valencia, pp. 211-219.

- (2000), “Apuntes críticos acerca de la denegación de la inscripción por carecer de la finalidad religiosa legalmente establecida” en *Estudios en Homenaje al profesor Martínez Valls*, Murcia, pp. 87-99.

CEBRIÁ GARCÍA, M. D. (2001-2002), “El derecho a la libertad religiosa del menor: problemática que plantea”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, 19-20, pp. 129-154.

CERDA, J.S. (1990), “The draft Convention on the Rights of the Child: New Rights”, *Human Rights Quarterly*, 12.

CIÁURRIZ, M^a José (1984a), “Libertad religiosa y concepción de los derechos fundamentales en el ordenamiento español”, en *IC*, XXIV, pp. 883-902.

- (1984b) “Los derechos individuales y colectivos reconocidos en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa”, en *DE*, I, pp. 815-852.

(1994), “El contenido del derecho fundamental de libertad religiosa”, en *Tratado de derecho eclesiástico*, Pamplona, pp. 429-468.

CODERCH MANAU, Secundino y D.S. CODERCH Y MIR (1917), *Tratado de la menor edad : estudio de la situación legal del menor mientras está sujeto a la patria potestad y a tutela, cuando ha obtenido su emancipación y al llegar a la mayor edad, así como de los derechos y deberes de sus padres de su consejo de familia, de su tutor, y de su protutor*, Barcelona: Agustín Bosch.

CODEX THEODOSIANUS.

Código sobre protección internacional de la infancia (1998), Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

COGNETTI, Carlo (1964), *Patria potestà e educazione religiosa dei figli*, Milano: Giuffrè Editore.

COHEN AMSELEM, Aarón (1996), "La mortalidad de los niños" en BORRÁS LLOP, José M^a (dir.) *Historia de la infancia en la España Contemporánea 1834-1936*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

COLÓN, Ramón (2001), *A history of children: a socio-cultural survey across millennia*, Westport, Connecticut : Greenwood.

COMBALÍA, Zoila (1993), “La salud como límite al derecho de libertad religiosa”, en *Humana Iura*, 3, pp. 47-78.

- (1994), “Los límites del derecho de libertad religiosa” en *Tratado de derecho eclesiástico*, Pamplona: EUNSA, pp. 471-510.

- (2003), “Libertad religiosa en igualdad. Los límites a su ejercicio”, en VV.AA. *Manual de derecho eclesiástico del Estado*, IUSTEL, www.iustel.com.

COMPTE, T. (1997), “Situación jurídica de los menores integrados en las sectas y posibilidades de actuación conforme a la legislación española” en *Ponencias del I Congreso Internacional de Sectas y Sociedad*.

CONSEIL DE LA COOPÉRATION CULTURELLE (1997), *Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants et rapport explicatif*, Estrasburgo: Conseil de l'Europe.

CONSEJO DE EUROPA (1993), *Derechos del niño y familia en Europa*, Madrid: Fundación Encuentro.

CONTRERAS MAZARIO, José M^a (1992), *La enseñanza de la religión en el sistema educativo*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- (1998), “La enseñanza de la religión en el sistema educativo español: especial referencia a las problemáticas de la alternatividad y evaluabilidad (comentario a la STS 31 de enero de 1997)”, en CONTRERAS MAZARIO, José M^a, LLAMAZARES CALZADILLA, M^a Cruz, CELADOR ANGÓN, Óscar, “La última jurisprudencia del Tribunal Supremo español en materia de enseñanza de la religión y dos posibles soluciones en el marco del derecho comparado”, en *Derechos y Libertades*, 6, pp.590-609.

- (2000), “*Derechos de los padres y libertades educativas*”, en *Estudios en Homenaje al profesor Martínez Valls*, Murcia, pp. 129-153.

COPPOLA, R. (1982) “La posizione e la tutela del minore nel diritto canonico” *Il diritto di famiglia e delle persone*, pp. 89-115.

- (2004), “El símbolo del crucifijo después del caso de Ofena”, en *RGDC y DEE*, nº 4.

CORPUS INSCRIPTIORUM LATINARUM (C.I.L.).

COUNCIL FOR CULTURAL CO-OPERATION (1997), *European Convention on the Exercise of Children's Rights and explanatory report*, Strasbourg : Council of Europe.

D'ORS, Álvaro (1960), *Estudios visigóticos. 2, El Código de Eurico*. Roma-Madrid: CSIC.

- (1997, 9ª ed.), *Derecho Privado Romano*, Pamplona: EUNSA.

D'ORS, Álvaro y Javier D'ORS (1988), *Lex Irnitana (texto bilingüe)*, Cuadernos Compostelanos de derecho Romano nº 1, Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela.

DAZA MARTÍNEZ, Jesús y SAIZ LÓPEZ, Victoriano (2000), "Un ejemplo ilustrativo de la interrelación tradición. Historia: Evolución del Peculium y sistema de atenuaciones del principio de unidad del patrimonio familiar", en *Estudios en homenaje al profesor Martínez Valls*, vol. II., Alicante: pp. 817-829.

DE CASTRO Y BRAVO, Francisco (1952), edición facsímil, 1989, *Derecho civil de España*, Madrid: Civitas.

DE LA HERA, Alberto y MARTÍNEZ DE CODES, Rosa Mª (coords.) (2000), *Encuentro sobre dignidad humana y libertad religiosa*, Madrid: Ministerio de Justicia. Dirección General de Asuntos Religiosos.

DEFENSOR DE PUEBLO (2003a), *La escolarización del alumnado de origen inmigrante en España: análisis descriptivo y estudio empírico*, 2 volúmenes, Madrid: Publicaciones Defensor del Pueblo.

- (2003b), *Primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Madrid: Publicaciones Defensor del Pueblo.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Françoise (1993, 2ªed.), *Les droits d l'enfant*, Paris: Presses Universitaires de France.

DEKKER, Jeroen J.H. (2000), "The century of child revisited" en *The International Journal of Children Rights*, 8, pp. 133-150.

DELGADO, Buenaventura (1998), *Historia de la infancia*, Barcelona: Ariel.

DeMAUSE, Lloyd (et. al.) (1982), *Historia de la infancia*, Madrid: Alianza.

DENARO, Maria Teresa (2000), "Diritti dei minori e libertà religiosa" en *Il Diritto Ecclesiastico*, CXI, pp. 517-530.

DETRICK, Sharon (ed.) (1992), *United Nations Convention on the Rights of the Child. A guide to the "Travaux Préparatoires"*, Dordrecht: Martinus Nijhoff.

DETRICK, Sharon y VLAARDINGERBROEK, Paul (1999) *Globalization of child law : the role of the Hague Conventions*, Londres: Martinus Nijhoff.

DÍAZ-BARRADO, Cástor M. (1991), "La Convención sobre los derechos del niño", en *Estudios Jurídicos en conmemoración del X aniversario de la Facultad de derecho*. Córdoba: Universidad de Córdoba, pp. 183-221.

DÍAZ BARRADO, Cástor M. y HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen (2001), "Protección del niño en el ámbito europeo" en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. Y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos (dir. y coord.) *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid-Ministerio de Asuntos Sociales, pp. 187-221.

DÍAZ DÍAZ, Marcelo y RUIZ GÓMEZ, Julián (2001) "La protección de los jóvenes en el derecho europeo" en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. Y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos (dir. y coord.) *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid-Ministerio de Asuntos Sociales, pp. 235-268.

Diccionario de Pedagogía Labor. Barcelona : Labor, 1964

Diccionario de sinónimos y antónimos de la Lengua Española, ed. Alfredo Ortells, 1994.

Diccionario de sinónimos y antónimos Espasa, Madrid: Espasa-Calpe, 1997.

DIEGO-LORA, Carmelo de (1989), “Régimen jurídico de los profesores de religión en los centros públicos de enseñanza. (La garantía constitucional del art. 27.3 de la Constitución española)”, en *Actualidad Laboral*, pp. 635-647.

- (1993), “La enseñanza religiosa escolar después de los Acuerdos de 1992 con federaciones religiosas no católicas”, en *IC*, XXXIII, pp. 97-122.

DÍEZ PICAZO, Luis (1982), “Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad” en *Anuario de derecho civil*, 35, I, pp. 3-20.

- (1984), *Familia y derecho*, Madrid: Civitas.

- (1997, 7ª ed.), *Sistema de derecho civil*, vol. IV, Madrid: Tecnos.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (2003, 11ª ed.), *Sistema de derecho civil*, Madrid: Tecnos.

DOGLIOTTI, Massimo (1992), “I diritti del minore e la Convenzione dell’ONU”, en *Il diritto di famiglia e delle persone*, I, pp. 301-312.

DUTU, M. (1992), “La protección y la consagración internacional de los derechos del niño”, *Relaciones Internacionales*, enero/abril, 14(53), pp. 85-92.

ECHEBARRRÍA ECHABE, Agustín (1991), “Procesos grupales y construcción de la identidad: el caso de las sectas” en GOTI ORDEÑANA, J. (ed.) *Aspectos Socio-jurídicos de las Sectas desde una perspectiva comparada*, Oñati: The Oñati International Institute for the Sociology of Law, pp. 37-54.

EEKELAAR, John (1994), “The interest of the child and the child’s wishes: the role of dynamic self-determinism” en *The best*

interest of the child. Reconciling culture and human rights. Oxford: Clarendon Press, pp. 42-61.

ELÍAS MÉNDEZ, Cristina (2002), *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

ELKIND, David (1981), *El niño y la realidad. Tres aspectos del desarrollo*, Barcelona: Paidós.

ELTON, María (1982), *El derecho de los padres a la educación de sus hijos*, Pamplona: EUNSA.

EMBID IRUJO, Antonio (1983), *Las libertades en la enseñanza*, Madrid: Tecnos.

ENRICH MAS, M. (1989), "The protection of minors under the European Convention on Human Rights Analysis of case-law", International Movement of Catholic Lawyers and Centre International des Advocats de Strasbourg Conference Law relating to minors and minor's rights. Strasburgo: Consejo de Europa.

ERASMO (Ed. 1985), *De civitate morum puerilium, De la urbanidad en las maneras de los niños*, edición bilingüe, traducción y presentación Agustín García Calvo, edición y comentario Julia Varela, Madrid: Ministerio de Educación y Ciencia.

ESCRIVÁ IVARS, Javier (1988), 'La enseñanza de la 'religión y de la moral católicas' en el sistema educativo español', en *ADEE*, IV, pp. 205-239.

Estatuto del menor: documento de trabajo (1978), Madrid: Ministerio de Cultura.

ETXEARRIA ZARRABEITIA, Xabier (2001), "Algunos aspectos de derecho sustantivo de la Ley Orgánica 5/2000, de la Responsabilidad Penal de los Menores y de su reforma en materia de terrorismo" en *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales (ICADE)*, nº 53, mayo-agosto.

EVANS, J.K. (1991), *War, women and children in Ancient Rome*, Londres - Nueva York, Routledge.

EVANS, Malcom D. (1997), *Religious liberty and international law in Europe*, Cambridge, New York: Cambridge University Press.

EYBEN, E., "Was the Roman "youth" and " adult" socially?" *L'Antiquité Classique*, L, pp. 328 - 350.

FAUBELL, V. (1979), "Notas históricas y textos acerca de los derechos del niño" en *Revista de Ciencias de la Educación* nº 99 -100, julio-diciembre, Madrid: Órgano del Instituto Calasanz de Ciencias de la Educación.

FERNÁNDEZ CORONADO, Ana (1991), "Los Acuerdos del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (F.E.R.E.D.E.) y la Federación de Entidades Israelitas (F.C.I.). (Consideraciones sobre los textos definitivos)", en *ADEE*, VII, pp. 541-575.

FERNÁNDEZ SOLA, Natividad (1994), *La protección internacional de los derechos del niño*, Zaragoza: El Justicia de Aragón, colabora Real Instituto de Estudios Europeos.

FERNÁNDEZ VARGAS Valentina y Luis LORENZO NAVARRO (1989), *El niño y el joven (siglos XVIII-XX).Aproximación teórica y cuantitativa*. Barcelona: Anthropos.

FERRER ORTIZ (1987), "Laicidad del Estado y cooperación con las confesiones", en *ADEE*, III.

- (1989), "Los principios constitucionales de derecho eclesiástico como sistema" en *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del Profesor Pedro Lombardía*, Madrid: UCM de Madrid, Universidad de Navarra, EDERSA. pp. 309-322.

- (1990) "Los acuerdos con las confesiones religiosas. (Anotaciones y comentarios a una monografía de Agustín Motilla)", en *IC*, XXX, pp. 653-676.

- (1996), “Secularización y principio de igualdad”, en *Secularización y laicidad*, San Sebastián: Librería Carmelo, pp. 111-127.

- (1998), “Los principios informadores del derecho eclesiástico del Estado”, en MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier (ed.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de derecho eclesiástico del Estado*. Granada: Comares, pp. 107-124.

FERRER ORTIZ, Javier y VILADRICH, Pedro-Juan (2002), “Los principios informadores del derecho eclesiástico español”, en VV.AA. *Manual de derecho eclesiástico del Estado*, IUSTEL, www.iustel.com.

FONT BOIX, I. (2002), “El concepto de manipulación mental en relación con las llamadas sectas”, en *IC*, XLII, pp. 331-358.

FORNÉS, Juan (1980), “La enseñanza de la religión en España”, en *IC*, XX, pp. 87-114.

- (1992) “La enseñanza de la religión en los centros públicos en España”, en *QDPE*, pp. 31-76.

- (1994), “El refuerzo de la autonomía de las confesiones en los acuerdos españoles con confesiones religiosas minoritarias”, en *IC*, XXXIV, pp. 525-551.

FOSAR BENLLOCH, Enrique (1983), “El derecho internacional de protección del menor: el Consejo de Europa y la Organización de Naciones Unidas” en *Documentación Jurídica*, 41.

FRIEDLÄNDER, Ludwig (1979) *Roman life and manners under the early empire*. Reimpr. Vol. IV, y Apéndices. Nueva York. Arno Press, traducción del original *Darstellungen aus der sittengeschichte Roms*.

FUENMAYOR, Amadeo (2002, 3ª ed.) *Comentario exegético al Código de derecho canónico.*, A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez-Ocaña (coord. y dir.), Instituto Martín de Azpilcueta, Facultad de derecho de la Universidad de Navarra, Pamplona: EUNSA.

GALÁN CORTÉS, J.C. (1997), *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Madrid: Colex.

GARCÍA JIMÉNEZ, M^a Encarna (1998), *El Convenio Europeo de derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Valencia: Tirant lo Blanch.

GARCÍA, Carmen (1994), *Génesis del sistema educativo liberal en España: del "Informe" Quintana a la "Ley Moyano" (1813-1857)*, Oviedo: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo.

GARCÍA-HERVÁS, D. Y GARCIMARTÍN MONTERO, C., (1998), "La interpretación del concepto 'finés religiosos' en la práctica administrativa y judicial española" en MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier (ed.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de derecho eclesiástico del Estado*. Granada: Comares, pp. 497-508.

GARCÍA-PARDO, David (1998), *La libertad de enseñanza en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid: McGraw Hill.

- (2000) *La protección internacional de la libertad religiosa*, Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense.

GARNSEY, Peter, (1968) "Trajan's *alimenta*: some problems", *Historia* 17, pp. 367-381.

GARNSEY, Peter y Richard SALLER, (1991) *El Imperio Romano. Economía, sociedad y cultura*, Barcelona: Crítica.

GARRIDO GENOVÉS, Vicente (2001), "Los fundamentos científicos de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor" en *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales (ICADE)*, nº 53, mayo-agosto.

GAUDEMET, Jean (1993), *El matrimonio en Occidente*, Barcelona: Taurus.

GAYO, "Instituciones", *Textos de Derecho Romano* (1999), ed. bilingüe, DOMINGO, Rafael (dir.), Madrid: Aranzadi Editorial.

GÉLIS, Jacques, (1991) "La individualización del niño" en ARIÈS y DUBY (eds.), *Historia de la vida privada*, Barcelona: Taurus.

GETE-ALONSO, Carmen (1985), *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Madrid: Civitas.

GLENDON, Mary Ann (1989), *The transformation of family law: State, law and family in the United States and Western Europe*, Chicago: University of Chicago Press.

GÓMEZ ORFANEL, Germán (1996), *Las constituciones de los estados de la Unión Europea*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

GONZÁLEZ DEL VALLE, José María (1983), "La regulación legal de la libertad religiosa como derecho de la persona", en *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, 2ª ed., Pamplona: EUNSA, pp. 263-277.

- (2002, 5ª ed.), edición actualizada por Miguel Rodríguez Blanco, *Derecho Eclesiástico Español*. Madrid: Civitas.

GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco (1990) "Los derechos humanos en la Comunidad europea" en *Persona y Derecho*, 22, 1990, pp. 37-144.

GONZÁLEZ, J. (1986), "*Lex Irnitana*", *Journal of Roman Studies* 76, pp. 147-243.

GONZÁLEZ, Stella Maris (1991), *La protección de la infancia en el marco del derecho internacional*, Madrid: Cruz Roja Española.

GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Alejandro (2003), "Régimen jurídico de los "testamentos vitales". La protección de los derechos fundamentales a través de estos documentos", en DE LA HERA, Alberto, MOTILLA, Agustín y PALOMINO, Rafael (coords.), *El ejercicio de la libertad religiosa en España. Cuestiones disputadas*, Madrid: Ministerio de Justicia. Dirección General de Asuntos Religiosos.

GORDILLO CAÑAS, Antonio (1986), *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Madrid: Tecnos.

GOTI ORDEÑANA, Juan (1991), “Concepto histórico y concepto actual de secta” en GOTI ORDEÑANA, J. (ed.) *Aspectos Socio-jurídicos de las Sectas desde una perspectiva comparada*, Oñati: The Oñati Internacional Institute for the Sociology of Law, pp. 77-101.

- (1997), “Los derechos fundamentales en la doctrina de Francisco de Vitoria” en *ADEE*, XIII, pp. 51-76, Madrid: Ministerio de Justicia-BOE.

GRANDE ARANDA, Juan Ignacio (2002), “El principio del interés superior del niño” en LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel (coord.), *Los menores en el derecho español*, Madrid: Tecnos, pp.97-121.

GULLÓN BALLESTEROS (1997), “Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor” en *La Ley*, de 8 de febrero, pp. 1-4.

GUTHRIE, R. (1992), “Los niños y el Consejo de Europa”, *Infancia y Sociedad*, 15, pp. 63-83.

HAMMARBERG, Thomas (1990), “The UN Convention on the rights of the child and how to make it work” en *Human Rights Quartely*, 12, pp. 97-105.

HARMAN, Charlotte E. (2004), “Children in New Religious Movements” en LEWIS, James R. (ed.) *The Oxford Handbook of New Religious Movements*, Oxford: Oxford University Press, pp. 386-416.

HARRIS, D.J., O’BOYLE, M. y WARBRICK, C. (1995), *Law of the European Convention on Human Rights*, London: Butterworths.

HARRIS-SHORT, Sonia (2001), “Listening to the other? The Convention on the Rights of the Child” en *Melbourne Journal of International Law*, vol. 2, pp. 304-350.

HART, Roger (1993), *La participación de los niños: de la participación simbólica a la participación auténtica*, Florencia: Ensayos Innocenti, UNICEF.

- (1996) "Interpreting the "participation articles" of the United Nations Convention on the Rights of the Child" en *La Convención de los derechos del niño. Hacia el s. XXI*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.

HERNÁNDEZ IBAÑEZ, Carmen (1998) *La situación jurídica del menor en el marco de las leyes de las Comunidades Autónomas*, Madrid: Dykinson.

HERRERO HERRERO, César (2001), "Reflexiones criminológicas sobre la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores" en *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales (ICADE)*, nº 53, mayo-agosto.

HERVADA, Javier (1984), "Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica" en *Persona y Derecho*, pp. 13-53.

- (1991) "Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana" en *Persona y Derecho, Humana Iura*, 1, pp. 345- 382.

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L.L. (1994), "Los derechos de la infancia. Razones para una ley", *Infancia y Sociedad*, 27-28, pp. 85-108.

HOPKINS, K., (1966), "On the probable age structure of the Roman population" *Population Studies* 20, pp. 245 - 264.

HUETE MORILLO, Luis y MARINA DE ORTA (2001), *La edad en la legislación*, Madrid: Dykinson.

HUSKINSON, Janet (1996), *Roman children's sarcophagi. Their decoration and social significance*, Oxford: Clarendon Press Oxford, Oxford University Press.

IGLESIAS, Juan (1993, 11ª ed.), *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona: Ariel.

IGLESIAS REDONDO, J.I. (1998), "La competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de protección de

menores”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha. Protección del menor*, marzo, 23, pp.173-212.

JIMÉNEZ FRANCO, Enmanuel (ed.) (2001, 2ª ed.), *Legislación del menor*, Madrid: Tecnos.

JOHNSON, David (1992), “Cultural and regional pluralism in the drafting of the UN Convention on the Rights of the Child” en FREEMAN, Michael y VEERMAN, Philip (eds.), *The Ideologies of Children Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.

JORDÁN VILLACAMPA, Mª Luisa (1991), *Las sectas pseudorreligiosas*, Madrid: Ministerio de Justicia.

- (1993) “El derecho de libertad religiosa en la doctrina española”, en *IC*, XXXIII, pp. 47-60.

- (1999), “La objeción de conciencia en el sistema escolar”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte*, Valencia: Diputación de Castellón. Facultad de derecho de la Universitat Jaume I y de la Univesidad de Valencia, pp. 465-472.

JORDANO FRAGA, Francisco (1984), “La capacidad general del menor” en *Revista de Derecho Privado*, pp. 883-904.

JOWELL, Jeffrey y Jonathan COOPER (eds.) (2001), *Understanding human rights principles*, Oxford and Portland, Oregon: Hart.

KAUFMANN, Arthur (1998), “La universalidad de los derechos humanos. Un ensayo de fundamentación” en *Persona y Derecho*, 38, pp 11-34.

KILKELLY, Ursula (1999), *The child and the European Convention on Human Rights*, Dartmouth: Ashgate.

KLEIJWEGT, Marc (1991), *Ancient Youth, the ambiguity of Jouth and the absence of adolescence in Greco-Roman society*. Ámsterdam: J.C. Gieben publisher.

KOHLBERG, L. (1981), *The Philosophy of moral development. Vol. I. Moral stages and the idea of Justice*, San Francisco: Harper and Row.

- (1992), *Psicología del desarrollo moral*, Bilbao: Desclée de Brouwer.

- (2002), *La educación moral según Lawrence Kohlberg*, Barcelona: Gedisa.

LABORATOIRE D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES APPLIQUÉES AU DROIT PRIVÉ (LERADP) de l'Université de Lille II ; avant-propos de Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ (1996), *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : actes des Journées d'études des 15 et 16 décembre 1994*, Paris: L.G.D.J., cop.

LAMBRECHTS, P. (1957), "L'importance de l'enfant dans les religions à mystères" *Hommages à W. Deonna, collection Latomus 28*, Bruselas, pp. 322 y ss.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo (2001), *Derecho penal de menores*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

LANGEN, Miek de (1992), "The meaning of Human Rights for children" en FREEMAN, Michael y VEERMAN, Philip (eds.), *The Ideologies of Children Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.

LASLETT, "La parenté en chiffres", Table I, *Annales ESC*, 43, pp. 5 - 25.

LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel (coord.) (2002), *Los menores en el derecho español*, Madrid: Tecnos.

LENER, Salvatore, S.I. (1977), "L'Educazione sessuale, l'osceno e i diritti dell'uomo alla Corte europea" en *Civiltà Cattolica*, II, pp. 369-379.

LENGBORN (1993), “Ellen Key” en *Perspectivas: revista trimestral de educación comparada* (París. UNESCO: Oficina Internacional de Educación), vol. XXIII, n° 3-4, 1993, pp. 873-886.

LERNER, Natan (1998), “Proselytism, Change of Religion and International Human Rights” en *Emory International Law Review*, 12, pp. 477 y ss.

- (1999-2000), “Review Essay: A secular view of Human Rights” en *Journal of Law and Religion*, volume XIV, 1, pp. 67-76.

- (2003), “Protección internacional de la diversidad cultural” en *Persona y Derecho*, 48, pp. 143-158.

LETE DEL RÍO, José M. (2000, 4ª ed.), *Derecho de la persona*, Madrid: Tecnos.

LINACERO DE LA FUENTE, María (1999), “La protección del menor en el derecho civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero” en *Actualidad Civil*, 27 de diciembre de 1999-2 de enero de 2000, 48, pp. 1573-1626.

- (2001), *Protección jurídica del menor: reconociendo que el niño, para pleno y armonioso desarrollo de su personalidad... : (Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989)*, Madrid: Montecorvo.

LLAMAZARES CALZADILLA, Mª Cruz (1998), “La presencia de símbolos religiosos en las aulas de centros públicos docentes” en MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier (ed.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de derecho eclesiástico del Estado*, Granada: Comares, pp. 559-572.

LLAMAZARES FÉRNANDEZ, Dionisio (1989), “El principio de cooperación del Estado con las confesiones religiosas: fundamentos, alcances y límites” en *ADEE*, V, pp. 69-101.

- (1991), “Sectas y derecho fundamental de libertad de conciencia”, en GOTI ORDEÑANA, J. (ed.) *Aspectos Socio-jurídicos*

de las Sectas desde una perspectiva comparada, Oñati: The Oñati International Institute for the Sociology of Law, pp. 131-147.

- (1993), “La objeción de conciencia y la construcción científica del derecho eclesiástico del Estado”, en *Objeción de conciencia. Actas del VI Congreso Internacional de derecho eclesiástico del Estado*, Valencia, pp. 11-12.

- (1995), “Principios, técnicas y modelos de relación entre Estado y grupos ideológicos religiosos (confesiones religiosas) y no religiosos”, en *Revista de Estudios Políticos*, 88, pp. 29-63.

- (1996), “Los acuerdos y el principio de igualdad: comparación con los acuerdos de la Iglesia católica y situación jurídica de las confesiones sin acuerdo” en *Acuerdos con confesiones religiosas minoritarias*, Madrid, pp. 155-206.

- (1999), “A vueltas con la laicidad” en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte*, Valencia: Diputación de Castellón. Facultad de derecho de la Universitat Jaume I y de la Univesidad de Valencia, pp. 489-496.

- (2000), “Estatuto jurídico de las confesiones religiosas de derecho común en el derecho español”, en *Estudios en Homenaje al profesor Martínez Valls*, Murcia, pp. 357-381.

- (2002, 2ª ed.), *Derecho de la libertad de conciencia I. Libertad de conciencia y laicidad*, Madrid: Civitas.

- (2003), *Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad*. Madrid: Civitas.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. y SUÁREZ PERTIERRA, G. (1980), “El fenómeno religioso en la nueva CE. Bases de su tratamiento jurídico” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, pp. 7-34.

LONGOBARDO, Tilde (1991), “La Convenzione Internazionale sui diritti del fanciullo”, en *Il diritto di famiglia e delle persone*, I, pp. 370-427.

LOPATKA, Adam (1992) "The rights of the child are universal" en *Ideologies of children rights* en FREEMAN, Michael y VEERMAN, Philip (eds.), Dordrecht, London: M. Nijhoff Publishers.

LÓPEZ-ALARCÓN, Mariano (1996), "Tutela de la libertad religiosa", en FERRER ORTIZ, Javier (coord.), *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Navarra: EUNSA.

- (1997) "Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas", en *Anales de derecho*, Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Murcia, núm. 15, pp. 323-343.

- (1998), "Contenido especial del derecho de libertad religiosa", en MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier (ed.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de derecho eclesiástico del Estado*. Granada: Comares, pp. 573-586.

LÓPEZ-ALARCÓN, Mariano y Rafael NAVARRO-VALLS (2001) *Curso de derecho matrimonial canónico y concordado*, 6ª ed, Madrid: Tecnos.

LÓPEZ MENDEL, Jesús (1979), "Naturaleza y sentido jurídico de los derechos del niño (el derecho a la educación)", *Revista de Ciencias de la Educación*.

- (1980), *Un proceso educativo: el artículo 27 de la Constitución y sus circunstancias*, Madrid.

LÓPEZ SAN LUIS, Rocío (2001), *La capacidad contractual del menor*, Madrid: Dykinson.

LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Isidoro (1998), "La constitucionalidad de la calificación de los fines religiosos" en MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier (ed.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de derecho eclesiástico del Estado*. Granada: Comares, pp. 595-600.

- (2003a), "Despido improcedente de una dependiente de grandes almacenes por llevar velo islámico. (Comentario a la resolución del

Tribunal Constitucional Federal alemán de 30 de julio de 2003 (1 BvR792/03), en *RGDC* y *DEE*, nº 3.

- (2003b), *El control estatal de las entidades religiosas a través de los registros. Estudio histórico jurídico*, Jaén: Universidad de Jaén.

LORCA MARTÍNEZ, José y Vicente HOYOS MONTERO (1999), *Código penal y minoría de edad*, Oviedo: Principado de Asturias. Consejería de Asuntos Sociales.

LORENZO VÁZQUEZ, Paloma (1997), “La «hora de la religión» en los centros públicos españoles”, en *QDPE*, pp. 219-231.

- (1998), “Religión y escuela: últimos pronunciamientos acerca de la asignatura en los centros docentes públicos”, en MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier (ed.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de derecho eclesiástico del Estado*. Granada: Comares, pp. 601-613.

- (2001), *Libertad religiosa y enseñanza en la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

LOZANO LARES, F. (2000), *La regulación del trabajo de menores y jóvenes*, Sevilla: Mergablum.

LUTHER, J. (1996), “La croce della democrazia (prime riflessioni su una controversia non risolta)” en *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, pp. 681-701.

MAALOUF, Amin (1992) *Las Cruzadas vistas por los árabes*, Madrid: Alianza.

MACCORMICK, Neil (1988), “Derechos de los niños” en *Anuario de Filosofía del derecho*, pp. 293 y ss.

MANGAS MANJARRÉS, Julio (2001), “Mujeres y niños en los procesos de adivinación: mundo occidental romano” en CALDERA, P. (ed.), *Magia y religión de la antigüedad a nuestros días. Cuadernos Emeritenses*, 18. Mérida: Museo Nacional de Arte Romano, pp. 35-51.

MANION, Maureen D. (1992), "Parental religious freedom, the rights of children and the role of the State" en *Journal of Church and State*, vol. 34, pp. 77-92.

MANSON, M. (1983), "The emergence of the small child in Rome (Third century B.C. to first century A.D.)" *History of education*, 12, pp. 149 y ss.

MANTECÓN, Joaquín (1994), "La libertad religiosa como derecho humano", en *Tratado de derecho eclesiástico*, Pamplona: EUNSA, pp. 85-140.

- (1995), "Las confesiones como partes contratantes de los acuerdos de cooperación con el Estado", en *ADEE*, XI, pp. 287-295.

- (1996), *El derecho fundamental de libertad religiosa. Textos comentarios y bibliografía*, Pamplona: EUNSA.

MANTECÓN, J. Y TIRAPU, D. (1898-1992), "La enseñanza de la religión en el sistema educativo público", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 17-20, pp. 128-144.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., DÍAZ BARRADO, Cástor M. (coord.) (1998), *Código sobre protección internacional de la infancia*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

MARROU, H.I. (1965), *Historia de la Educación en la Antigüedad*, Madrid: Akal.

MARTÍ, J. M. (1992) "El nuevo perfil de la enseñanza religiosa en la reforma del sistema educativo no universitario" en *ADEE*, VIII, pp. 43-774.

- (1995a) "La enseñanza de la religión en España tras la L.O.G.S.E." en *ADEE*, XI, pp. 537-557.

- (1995b), "La enseñanza de la religión en España y los últimos pronunciamientos judiciales y administrativos" en *QDPE*, pp. 846-852.

- (1998), “La enseñanza de la religión: régimen jurídico y perspectivas de futuro” en *ADEE*, XIV, pp. 501-536.

- (2000) “La enseñanza de la religión islámica en los centros públicos docentes” en *DE*, pp. 809-842.

MARTÍN MORÓN, M^a Teresa (1999), “ La representación legal de los hijos en la esfera personal” en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte*, Valencia: Diputación de Castellón. Facultad de derecho de la Universitat Jaume I y de la Univesidad de Valencia, pp. 559-563.

MARTÍN SÁNCHEZ, Idoro (1993), “El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español” en *IC*, XXXIII, pp. 61-96.

- (2001), “Patria potestad y libertad religiosa del menor en la jurisprudencia sobre el Convenio europeo de derechos humanos” en *Derecho de Familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado, Actas del IX Congreso Internacional de derecho eclesiástico del Estado*, Bilbao: Universidad del País Vasco, pp. 585-602.

- (2002), *La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia sobre el Convenio europeo de derechos humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*, Granada: Comares.

MARTINELL, Josep María (2001), “Relaciones paterno-filiales y libertad de conciencia” en *Derecho de Familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado, Actas del IX Congreso Internacional de derecho eclesiástico del Estado*, Bilbao: Universidad del País Vasco, pp. 81-142.

MARTÍNEZ BLANCO, Antonio (1989), “Presencia y modalidades de la enseñanza de la Religión en centros públicos” en *ADEE*, V, pp. 145-162.

- (1990), “La enseñanza de la religión en el derecho español. Antecedentes, régimen y problemas actuales” en *ADEE*, VI, pp. 157-206.

- (1991), “La enseñanza de la religión en las escuelas públicas españolas” en *Il diritto di famiglia e delle persone*, 20, pp. 1179-1219.

- (1993), “La nueva configuración del Área de religión católica en la Logse y sus disposiciones de desarrollo: consecuencias jurídicas” en *REDC*, 50, pp. 209-242.

- (1996), “Fundamento y caracteres de la enseñanza de la religión evangélica, judía e islámica en centros públicos” en *Acuerdos con confesiones religiosas minoritarias*, Madrid, pp. 723-731.

- (2000), “El derecho de los padres a elegir el tipo de educación para sus hijos” en *Estudios en Homenaje al profesor Martínez Valls*, Murcia, pp. 441-453.

MARTÍNEZ de AGUIRRE, Carlos (1992), “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad” en *Anuario de derecho civil* XLV-4, pp. 1392-1498.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. (1998), “La minoría madura” en *Actas del IV Congreso de derecho Sanitario*, Asociación Española de Derecho Sanitario.

MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier (1985), “La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano” en *ADEE*, I, 1985, pp. 444-446.

- (1986), “El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de derechos humanos” en *ADEE*, II, pp. 403-496.

- (1993) “La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea” en *ADEE*, IX, pp.53-87.

- (1994a), “La protección internacional de la libertad religiosa” en *Tratado de derecho eclesiástico*, pp. 141-237, Pamplona: EUNSA.

- (1994b), *Separatismo y cooperación en los Acuerdos del Estado con las minorías religiosas*, Granada: Comares.

- (1994c), “La libertad de proselitismo en Europa” en *QDPE*, pp. 59-71.

- (1999a), *Religión, derecho y sociedad*, Granada: Comares.

- (1999b), “La protección internacional de la libertad religiosa y de conciencia, cincuenta años después” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2, pp.63-88.

- (2000) “Los Testigos de Jehová y la cuestión de los honores a la Bandera en México” en *Gaceta de la Comisión Nacional de derechos humanos* [México], 117, pp. 7-83.

- (2001a) “Matrimonio, familia y libertad religiosa en el Convenio Europeo de derechos humanos” en *Derecho de Familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado, Actas del IX Congreso Internacional de derecho eclesiástico del Estado*, Bilbao: Universidad del País Vasco, pp. 143-162.

- (2001b) “La protección de la libertad religiosa en el sistema del Consejo de Europa” en HERA, A. de la y MARTÍNEZ DE CODES, R. M. (Coords.), *Proyección nacional e internacional de la libertad religiosa*, Madrid, pp. 89-131.

- (2001c) “Una metamorfosis incompleta. La evolución del derecho español hacia la libertad de conciencia en la jurisprudencia constitucional” en *Persona y Derecho*, nº 45, pp. 199-260.

- (2003) “Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de derechos humanos” en *RGDC y DEE*, nº 2.

MARZAL, Antonio (ed.) (1998), *Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías...y complejidad del sujeto*, Barcelona: ESADE, Facultad de derecho: Bosch.

MAYER, Hans Eberhard (2001), *Historia de las Cruzadas*, Madrid: Istmo.

MENDIZÁBAL OSES, Luis (1974), “Fundamentación del derecho de menores” en *Anuario de Filosofía del derecho*, XVII.

- (1977), *Derecho de menores: teoría general*, Madrid: Pirámide.

- (1990), “La Transformacion de la legislacion española de menores en funcion del interes juridico protegido” en *Surgam* 42, n.413, pp. 9-17, Godella (Valencia).

METZ, René (1974), “L’accesion des mineurs à la cléricature et aux bénéfiques ecclésiastiques dans le droit canonique médiéval”, *Recueil de mémoires et travaux publié par la Société d’histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit*, 9 (*Mélanges Roger Aubenas*). Montpellier. También en la recopilación de artículos del autor (1985), *La femme et l’enfant dans le droit canonique médiéval*, Londres: Variorum Reprints.

- (1976a), “L’enfant dans le droit canonique médiéval. Orientations de recherche”, *Recueils de la Société Jean Bodin* 36, Bruxelles. También en la recopilación de artículos del autor (1985), *La femme et l’enfant dans le droit canonique médiéval*, Londres: Variorum Reprints.

- (1976b), “L’entrée des mineurs dans la vie religieuse et l’autorité des parents d’après le droit classique. La réaction contre l’ancien rigorisme en faveur de la liberté des enfants”, *Studia Gratiana*, 20 (*Mélanges G. Fransen II*), Città del Vaticano. También en la recopilación de artículos del autor (1985), *La femme et l’enfant dans le droit canonique médiéval*, Londres: Variorum Reprints.

MINISTÈRE DE LA SOLIDARITÉ, DE LA SANTÉ ET DE LA PROTECTION SOCIALES, SECRÉTARIAT D` ETAT CHARGÉ DE LA FAMILLE (1990), *Les Droits de l` enfant en questions*, Paris: La documentation française.

MIRALLES SANGRO, Pedro Pablo (1991), “La ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño” en *Actualidad Civil*, 39, pp. 525-538.

MOLANO, Eduardo (1986), “La laicidad del Estado en la Constitución española”, en *ADEE*, II, pp. 239-256.

MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción (2002), “Protección penal de la guarda material sobre el menor” y “Protección penal del niño desamparado” en LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel (coord.), *Los menores en el derecho español*, Madrid: Tecnos, pp. 193-211 y pp. 375-396, respectivamente.

MONTALVO, Federico, MORENO, Javier, SANTAMARÍA, Mercedes y SIEIRA, Sara (2002), “El derecho del niño a la asistencia sanitaria como manifestación de su supervivencia”, en LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel (coord.), *Los menores en el derecho español*, Madrid: Tecnos, pp.560-599.

MONTÓN GARCÍA, Mar (2003), *Derechos y garantías de los menores en el ámbito civil, su protección procesal en la Ley orgánica 1996 de 15 de enero*, Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de derecho, Universidad Complutense de Madrid.

MONTORO BALLESTEROS, Alberto (1984) “Sobre el proceso de positivación de los derechos humanos” en *Persona y Derecho*, 11, 1984, pp, 293-343.

MORÁN, Gloria M. (1989), *La protección jurídica de la libertad religiosa en USA*, Universidad de Santiago de Compostela.

MORENO BOTELLA, Gloria (1998), “Libertad religiosa y derecho a la educación. En torno a la STC 260/1994 de 3 de octubre”, en Martínez-Torrón, J. *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de derecho eclesiástico del Estado*, Granada: Comares, pp. 687-691.

- (2001), “Libertad religiosa y neutralidad escolar a propósito del crucifijo y otros símbolos de carácter confesional”, en *REDC*, 58.

- (2002), “Las objeción de conciencia en el ámbito de las relaciones laborales. La objeción de conciencia en el ámbito educativo”, en VV.AA. *Manual de derecho eclesiástico del Estado*, IUSTEL, www.iustel.com.

- (2003), “Crucifijo y escuela en España”, en *RGDC y DEE*, nº 2.

MORENO MARTÍNEZ (1989), *El defensor judicial*, Madrid: Montecorvo.

MORENO, Juan Manuel et al., (1986), *Historia de la educación: Edades Antigua, Media y Moderna*, Madrid: Acción pedagógica contemporánea.

MORO, Alfredo Carlo (1991), *Il bambino è un cittadino. Conquista di libertà e itinerari formativi: La Convenzione dell'ONU e la sua attuazione*, Milano: Mursia.

MOTILLA, Agustín (1990), *Sectas y derecho en España. Un estudio en torno a la posición de los nuevos movimientos religiosos en el ordenamiento jurídico*, Madrid: Editorial de derecho Reunidas.

- (1991), "Reflexiones sobre el tratamiento jurídico penal de las sectas religiosas en España" en GOTI ORDEÑANA, J. (ed.) *Aspectos Socio-jurídicos de las Sectas desde una perspectiva comparada*, Oñati: The Oñati International Institute for the Sociology of Law, pp. 299-321.

- (1993), "Grupos marginales y libertad religiosa: los nuevos movimientos religiosos ante los Tribunales de Justicia", en *ADEE*, IX, pp. 89-151.

NAVARRO VALLS, Rafael, MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier y JUSDADO, Miguel Ángel (1989) "La objeción de conciencia a tratamientos médicos: derecho comparado y derecho español", en *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del Profesor Pedro Lombardía*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Universidad de Navarra, EDERSA, pp. 983-973. El mismo artículo en *Persona y derecho*, 18, pp. 163-277.

NAVARRO-VALLS, Rafael (1993), "Los Estados frente a las Iglesias" en *ADEE*, nº 9.

- (1994) *Matrimonio y Derecho*, Madrid: Real Academia de jurisprudencia y Legislación.

- (2002), "¿Parricidio o error invencible?" en *RGDC y DEE*, nº 1.

NAVARRO-VALLS, Rafael y MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier (1997), *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*, Madrid: McGraw Hill.

- (2002), “Objeción a tratamientos médicos”, en VV.AA. *Manual de derecho eclesiástico del Estado*, IUSTEL, www.iustel.com.

NAVARRO-VALLS, Rafael y PALOMINO, Rafael (1994), “Las objeciones de conciencia” en VV.AA., *Tratado de derecho eclesiástico*, Pamplona: EUNSA.

NAVAS RENEDO, Begoña (2001a), *Tratamiento jurídico de las sectas. Análisis comparativo de la situación en España y Francia*, Granada: Comares.

- (2001b) “La pertenencia a un grupo sectario y su repercusión sobre las causas modificativas de las relaciones paterno-filiales” en *Derecho de Familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado, Actas del IX Congreso Internacional de derecho eclesiástico del Estado*, Bilbao: Universidad del País Vasco, pp. 663-670.

NERAUDAU, (1984) *Etre enfant à Rome*, París: Les Belles Lettres.

NUÑEZ MUÑIZ, M.C. (1996), “Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor”, en *La Ley*, nº 4135.

OLLERO, Andrés (1993) “La crisis del positivismo jurídico. (Paradojas teóricas de una rutina práctica)” en *Persona y Derecho*, 28, pp. 209-255.

OLMOS ORTEGA, M^a Elena (1999), “La enseñanza religiosa acatólica en los centros docentes no universitarios”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte*, Valencia: Diputación de Castellón. Facultad de derecho de la Universitat Jaume I y de la Universidad de Valencia, pp. 705-712.

- (2000), “Configuración de la enseñanza religiosa en el sistema educativo”, en *Estudios en Homenaje al profesor Martínez Valls*, Murcia, pp. 521-535.

- (2002), “Sociedad, cultura y religión: nueva área de conocimiento propuesta por la Ley de Calidad de la Educación”, en *RGDC y DEE*, nº 1.

- (2003), “Sociedad, cultura y religión: Asignatura de doble configuración”, en *RGDC y DEE*, nº 3.

ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a Rosario (2003, 2^a ed), *Derecho penal de menores: comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Barcelona: Bosch.

ORTIZ DÍAZ, José (1980), *La libertad de enseñanza*, Málaga: Univesidad de Málaga.

PAJA BURGOA, José A. (1998), *La Convención de los derechos del niño*, Madrid: Tecnos.

PALACIO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, J.R. (2000), “El principio del superior interés del menor”, *Surgam*, 51, n. 466-467, p. 55-64

PALICI DI SUNI PRAT, Elisabeta, CASSELLA, Frabrizio y COMBA, Mario (eds.) (2001), *Le costituzioni dei paesi dell'Unione Europea*, Padova: CEDAM.

PALOMINO LOZANO, Rafael (1994), *Las objeciones de conciencia*, Madrid: Montecorvo.

PANCERA, Carlo (1993), *Estudios de Historia de la infancia*, Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias.

PANTOJA GARCÍA, Félix (1997), *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor y su aplicación práctica*, Madrid: Colex.

PARRA LUCÁN, M^a de los Ángeles (1993), *Orientaciones actuales del estado civil*, Barcelona: Bosch.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio (1992, 4ª ed), *Curso de derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid: Tecnos.

PECES- BARBA, Gregorio (ed.) (1989), *La fundamentación de los derechos humanos*, Madrid: Editorial Debate.

- (1995), *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel (1989), *Derecho de Familia*, Madrid: Universidad Complutense.

PÉREZ DE CASTRO, Nazareth (1988), *El menor emancipado*, Madrid: Montecorvo.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. (1995), *Los derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos.

- (2001), *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid: Tecnos.

PÉREZ VERA, Elisa (1990) “El Convenio sobre los derechos del niño” en *Garantía Internacional de los derechos sociales*, Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales.

PÉREZ-CÁRCELES, D., OSUNA, E. y LUNA, A. (2001), “El consentimiento del menor de edad” en *Libro de Ponencias II. XIII Congreso mundial sobre el derecho médico*.

PIAGET, Jean (1977), *El criterio moral en el niño*, Barcelona: Editorial Fontanella.

PIZZORNI, Reginaldo M. (1993) “Persona umana e diritti dell’ uomo” en *Persona y Derecho*, 28, 1993, pp. 85-119.

PRIETO SANCHIS, L. (1991a), “El derecho fundamental de libertad religiosa” en IBÁN, Iván C., PRIETO SANCHÍS, Luis y MOTILLA, Agustín, *Curso de derecho eclesiástico*, Madrid: Universidad Complutense. Facultad de Derecho.

- (1991b), “La objeción de conciencia” en IBÁN, Iván C., PRIETO SANCHÍS, Luis y MOTILLA, Agustín *Curso de derecho eclesiástico*, Madrid: Universidad Complutense. Facultad de Derecho.

Protección jurídica del menor, (documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley de protección jurídica del menor y de modificación parcial del Código Civil), BOCG, Congreso, Serie A, no 117-1, de 16 de mayo de 1995).

PUENTE ALCUBILLA, Verónica (2001), *Menor de edad, religión y derecho*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

PUIG BRUTAU, José (1997, 3ª ed.), act. y rev. por Carles J. Maluquer de Motes i Bernet, *Compendio de derecho civil*, Barcelona: Bosch.

QUADRATO, Maria Elena (1995), *Il minore. Tra interessi e diritti. Una lettura comparata*, Bari: Cacucci Editore.

RAMAS VARO, Mª Luisa (2001), *La protección legal de la infancia en España: orígenes y aplicación en Madrid (1900-1914)*, Madrid: Consejo Económico y Social.

RAMOS CHAPARRO, Enrique (1995a), *La persona y su capacidad civil*, Madrid: Tecnos.

- (1995b) “Niños y jóvenes en el derecho civil constitucional” en *Derecho privado y Constitución*, n.º 7, número monográfico sobre protección de menores, pp. 167-219.

RAWSON, Beryl (ed.) (1986), *The Family in Ancient Rome: New Perspectives*, Ithaca, Nueva York, Cornell University Press.

- (1991), *Marriage, Divorce, and Children in Ancient Rome*, Oxford: Clarendon Press.

RAWSON, Beryl y Paul WEAVER (eds.) (1997), *The Roman family in Italy. Status, sentiment, space*, Oxford: Clarendon Press Oxford, Oxford University Press.

REDONDO ANDRÉS, M^a José (1998), "Análisis de algunos casos de la jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre el derecho de libertad religiosa" en MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier (ed.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de derecho eclesiástico del Estado*. Granada: Comares, pp. 775-785.

REGGIANI, Anna Maria (1990), *Educazione e scuola*. Colección *Vita e costumi dei romani antichi*, 10. Museo della Civiltà romana, Roma: Edizioni Quasar.

REISEN, Mirjam Van (2002), *Invisible Children? Towards integration of Children's Rights in EU and Member States' Development Co-operation Policies*, Suecia: Save The Children Europe Group.

RELAÑO PASTOR, Eugenia M^a (2001), *Reconocimiento jurídico de las minorías religiosas en sociedades multiculturales: la perspectiva internacional de derechos humanos y de los ordenamientos americano, canadiense y español*, Tesis inédita. Facultad de derecho. Universidad de Granada.

RENTTO, Juha-Pekka (1998), "Crepúsculo en el horizonte de occidente. ¿El ocaso de los derechos humanos universales?" en *Persona y Derecho*, 38, pp. 165-186.

RICO PÉREZ, Francisco (1980), *La protección de los menores en la Constitución y en el derecho civil*, Madrid: Montecorvo.

RÍOS MARTÍN, Julián C. (2001), "La Ley de Responsabilidad Penal de los Menores, cambio de paradigma: del niño en peligro al niño peligroso" en *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales (ICADE)*, nº 53, mayo-agosto.

RIVERA FERNÁNDEZ (1996), "Anotaciones a la Ley 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor" en *RDG*, junio 1996, pp. 651-6531.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (2000a) *El interés del menor*, Madrid: Dikynson.

- (2000b), “Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos (Comentario a la STC 141/2000 de 29 de mayo), *Derecho Privado y Constitución*, nº 14, 2000, enero-diciembre, pp. 245-299.

ROBBERS, Gerhard (1998), “Religious freedom in Germany” en *Derecho de Familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado, Actas del IX Congreso Internacional de derecho eclesiástico del Estado*, Bilbao: Universidad del País Vasco, pp. 201-206.

ROCA, M^a José (1996), “La neutralidad del Estado: fundamento doctrinal y actual delimitación en la jurisprudencia” en *REDC*, 1996, nº 48.

- (2001), “Propuestas y consideraciones críticas acerca de los principios en el derecho eclesiástico” en *ADEE*, XVII, pp. 17-33.

RODRIGO LARA, M^a Belén (2001a), “La libertad religiosa y el interés del menor” en *ADEE*, XVII, pp. 409-419.

- (2001b), “La objeción de conciencia a la educación sexual” en *Derecho de Familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado, Actas del IX Congreso Internacional de derecho eclesiástico del Estado*, Bilbao: Universidad del País Vasco, pp. 761-773.

RODRÍGUEZ CHACÓN, Rafael (1992), *El factor religioso ante el Tribunal Constitucional*, Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho.

RODRÍGUEZ OCAÑA, Esteban (1996), "Una medicina para la infancia" en BORRÁS LLOP, José M^a (dir.), *Historia de la infancia en la España Contemporánea 1834-1936*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales

ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Leticia (2002), “Otros supuestos de objeción de conciencia” en VV.AA. *Manual de derecho eclesiástico del Estado*, IUSTEL, www.iustel.com.

- (2003), “El testamento vital en la legislación autonómica” en *RGDC y DEE*, nº 2.

ROMEO MALANDA, S. (2000), “El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario” en *La Ley*, nº 5185, noviembre.

ROSSELL GRANADOS, Jaime (1999) “El concepto y contenido del derecho de libertad religiosa en la doctrina científica española y su incidencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *ADEE*, XV, pp. 87-128.

- (2001) “El derecho de libertad religiosa del menor en las leyes de libertad religiosa española, italiana y portuguesa” en *Derecho de Familia... Actas del IX Congreso Internacional de derecho eclesiástico del Estado*, Bilbao: Universidad del País Vasco, pp. 787-799.

ROUSSEAU, Jean Jacques (ed. 1973), *Emilio o de la Educación*, introducción por Henry WALLON, estudio y notas por Jean Louis LECERCLE, Barcelona: Fontanella.

RUANO ALBERTOS, Sara (2001), *El trabajo de los menores de edad a la luz de la legislación internacional y comunitaria*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

RUBIO LLORENTE, Francisco y DARANAS PELÁEZ, Mariano (eds.) (1997), *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Barcelona: Ariel.

RUIZ GIMÉNEZ-CORTÉS, Joaquín (2000), “La Convención de los derechos de la infancia y de la juventud, cara al nuevo milenio: exigencias y problemas”, *Derechos y Libertades*, enero-junio, 8, pp. 485-494.

RUIZ HUIDOBRO Y DE CARLOS, José M^a (2002), “El derecho ante el menor” en LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel (coord.), *Los menores en el derecho español*, Madrid: Tecnos, pp. 33-55.

SABATER BOYLE, Elsa (1996), "La nueva Ley de Protección Jurídica del Menor" en *AJA*, año VI, nº 241, 11 de abril de 1996, pp. 1 y ss.

SALDÓN, Eutiquiano (1971), *El matrimonio misterio y signo I, desde el siglo I a S. Agustín*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A.

SALLER, Richard, (1987) "Men's age at marriage and its consequences in the Roman family", *Classical Philology* 82, pp. 21-34.

SÁNCHEZ AGESTA (1959, 6ª ed.), *Lecciones de derecho político*, Granada: Librería Prieto.

SÁNCHEZ de la TORRE, Ángel (1979), *Sociología de los derechos humanos. Vol. 2, Teoría jurídica de los derechos humanos*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- (1990), "Derecho natural y derechos humanos" en *Persona y Derecho*, 22, pp. 241-259.

- (1999), "Derechos sociales y derechos de la sociedad" en *Persona y Derecho*, 41, pp. 121-138.

SÁNCHEZ LEGIDO, Antonio, (1995) *La reforma del mecanismo de protección del Convenio Europeo de derechos humanos*, Madrid: Colex.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Francisco de Asís (2002), *La jurisdicción de menores en España: pasado, presente y futuro*, Madrid: UCM, Servicio de Publicaciones. Publicación en CD Rom de Tesis doctoral original de 1996.

SATORRAS FIORETTI, Rosa Mª (1998), *La libertad de enseñanza en la Constitución española*, Madrid: Marcial Pons.

SCHULZ, Fritz, (1942-1943) "Roman registers of births and birth certificates" en *Journal of Roman Studies*, XXXII - XXXIII.

- (1951) *Classical Roman Law*, Oxford: Clarendon Press.

SEARS, Elizabeth (1986), *The Ages of man: Medieval interpretations of the life cycle*, Princeton: Princeton University Press.

SEPÚLVEDA SÁNCHEZ, Alfredo (2001), *Las sectas destructivas: aspectos criminológicos*, Madrid: Instituto Universitario de Criminología. Universidad Complutense.

SERNA, Pedro (1999) "Dignidad de la persona: un estudio jurisprudencia" en *Persona y Derecho*, 41, pp. 139-198.

SERRANO MOLINA, Alberto (2002), "Las instituciones jurídico civiles de protección del menor de edad" en LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel (coord.), *Los menores en el derecho español*, Madrid: Tecnos, pp. 324-346.

SERRANO POSTIGO, Carmen (1983) "Libertad religiosa y minoría de edad en el ordenamiento jurídico español" en *Estudios de derecho canónico y de derecho eclesiástico del Estado en homenaje al Prof. Maldonado*, Madrid, pp. 805-828.

SEVILLA ANDRÉS, D. (1972), "El derecho de libertad religiosa en el constitucionalismo español hasta 1936" en *Anales de la Universidad de Valencia*, 128, pp. 3-35.

SEVILLA BUJALANCE, Juan Luis (2001), *Los niños expósitos y desamparados en nuestro derecho histórico*, Córdoba: Servicio de Publicaciones Universidad de Córdoba.

SHAFFER, D.R. (2000), *Psicología del desarrollo: infancia y adolescencia*, México: International Thomson.

SHAHAR, Shulamith (1990), *Childhood in the Middle Ages*, London: Routledge.

SHAW, B.D. (1987), "The age of Roman girls at marriage. Some reconsiderations" *Journal of Roman Studies* 77, pp. 30 - 47.

SIEGHART, Paul (1995), *The International Law of Human Rights*, Oxford: Clarendon Press.

SIEIRA MUCIENTES, Sara (2002), “Derecho del menor a la libertad ideológica, religiosa y de culto” en LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel (coord.), *Los menores en el derecho español*, Madrid: Tecnos, pp.630-670.

- (2003), “Menores y sectas” en Lázaro González, I.E. y Mayoral Narros I.V. (coords.), *Jornadas sobre Derecho de los Menores*, Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas.

SIMÓN LORDA, P. (2000), *El consentimiento informado*, Madrid: Triacastela.

SLAG, M. (1997), “The activities of the Council of Europe in the protection of unborn Human Life” *Humana Iura*, 10, pp.185-196.

SMITH, Anne B. (2002), “Interpreting and supporting participation rights: Contributions from sociocultural theory” en *The International Journal of Children’s Rights* 10, pp.73–88, Netherlands: Kluwer Law International.

SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis y MELGAR ADALID, Mario (1998), “La libertad religiosa y de conciencia ante la Justicia Constitucional de México”, en MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier (ed.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de derecho eclesiástico del Estado*. Granada: Comares, pp. 245-254.

SOUTO GALVÁN, Esther (2000), *El reconocimiento de la libertad religiosa en Naciones Unidas*, Madrid: Marcial Pons.

SOUTO PAZ, José Antonio (1993, 2ª ed.), *Derecho eclesiástico del Estado. El derecho de la libertad de ideas y creencias*, Madrid: Marcial Pons.

- (1999) *Comunidad política y libertad de creencias: Introducción a las libertades públicas en el derecho comparado*, Madrid: Marcial Pons.

STALFORD, H. (2000), “The citizenship status of children in the European Union” en *The International Journal of Children’s Rights* 8, pp. 101-131.

STARBUCK, W. D. (1900), *The Psychology of religion*, Nueva York: Scribner.

STARCK, CH. (1996), "The Development of the Idea of Religious Freedom in Modern Times", en *La libertad religiosa. Memoria del IX Congreso Internacional de derecho canónico*, México, pp. 4 y ss.

STEINER, H.J. y ALSTON, P. (1996), *International Human Rights in context. Law, Politics, Morals*. Oxford: Clarendon Press.

SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo (1980), "La personalidad jurídica de la Iglesia en el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos" en *REDC*, 36, pp. 469-491.

SUÁREZ SANDOMINGO, José Manuel (1999), *Historia dos dereitos da infancia*, Santiago de Compostela: Xunta de Galicia.

SUTTON, Diana and SCHUURMAN, Mieke, (2002, abril), *Children are European Citizens too, Children in the EU Treaty*, Bruselas: Euronet, The European Children's network.

TAHZIB, Bahiyyih G. (1996), *Freedom of religion or belief. Ensuring effective international legal protection*, The Hague: Martinus Nijhoff.

TAMARIT SUMALLA, Josep M^a (1991), "Las sectas y el derecho penal" en GOTI ORDEÑANA, Juan (ed.), *Aspectos socio-jurídicos de las sectas desde una perspectiva comparada*, Oñati: The Oñate International Institute for the Sociology of Law, pp. 277-298.

TOLIVAR ALAS (1991), "Aspectos jurídico-administrativos de la protección de menores" en *Revista de Administración Pública* n.º 124 (Enero-Abril), pp. 35 a 63.

TOLOSA LATOUR, Manuel de (1903), *La protección a la infancia en España: (leyes y proyectos)*, Madrid: Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé.

TOMLIN, R.S.O. (2000) "An early third-century alimentary foundation", *ZPE* 129, pp. 287-291.

TOYNBEE, M.M.C. (1934) *The Hadrianic school*, Cambridge.

TREGGIARI, Susan (1991), *Roman marriage. Iusti coniuges from the time of Cicero to the time of Ulpian*, Oxford: Clarendon paperbacks, Oxford University Press.

TRINIDAD NUÑEZ, Pilar (2002), *El niño en el derecho internacional de los derechos humanos*, Cáceres: Universidad de Extremadura. Servicio de publicaciones.

TRUYOL y SERRA, Antonio (2000, 4ª ed.), *Los derechos humanos: declaraciones y convenios internacionales*, Madrid: Tecnos.

VAN BUEREN, Geraldine (ed.) (1993), *International documents on children*, Dordrecht: Martinus Nijhoff.

- (1995), *The international law on the rights of the child*, Dordrecht: Martinus Nijhoff.

- (1996), "Protecting children's rights in Europe: a test case strategy", *European human rights law review*, 2, pp. 171-180.

VAN DIJK, P. y VAN HOOFF, G.J.H. (1990), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Davenport: Kluwer.

VARELA GARCÍA (1997), "Comentarios a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto" en *Actualidad Civil* nº 12.

VARGAS CABRERA, Bartolomé (1994), *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Granada: Comares.

VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, José Mª (1994a), "El objeto del derecho eclesiástico y las confesiones religiosas" en *IC*, XXXIV, pp. 279-290.

- (1994b) "Posición jurídica de las confesiones religiosas y de sus entes en el ordenamiento jurídico español" en *Tratado de derecho eclesiástico*, Pamplona: EUNSA, pp. 543-629.

- (1998a) "Constitución, pluralismo y dignidad humana: en torno a las cuestiones fundamentales del derecho eclesiástico español" en *DE*, II, pp. 437-449.

- (1998b) "Fines y actividades de las entidades de las confesiones religiosas. Reflexiones a propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional" en MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier (ed.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de derecho eclesiástico del Estado*. Granada: Comares, pp. 857-863.

VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, J. M., MARTÍN GARCÍA, M. DEL M. y MARÍN, M. D. (1995), *Repertorio bibliográfico de derecho eclesiástico español (1953-1993)*, Almería: Servicio de publicaciones de la Universidad de Almería, Versión electrónica en la página web: <http://www.ual.es/~canonico/inicio1.html>

VENTAS SASTRE, Rosa (2002), *Estudio de la minoría de edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica*, Madrid: Edersa: Instituto Universitario de Criminología. Universidad Complutense.

VERA URBANO, Francisco de Paula (1971), *La libertad religiosa como derecho de la persona. Estudio filosófico-jurídico*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

VERDUGO, Miguel Ángel y SOLER SALA, Víctor (eds.) (1996), *La Convención de los derechos del niño. Hacia el s. XXI*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.

VERHELLEN, E. (1992), "Los derechos del niño en Europa", *Infancia y Sociedad*, 15, pp. 39-59.

VEYNE, Paul (1958), "L'Institution alimentaire de Trajan" en *MEFR* 70, pp. 177-241.

- (1991), "El Imperio Romano" en *Historia de la vida privada 1*, ARIÈS, Philippe y DUBY, George (dir). Madrid: Taurus.

VILADRICH, Pedro-Juan (ed.) (1982, 2ª ed.), *El derecho de visita de los menores en las crisis matrimoniales: teoría y praxis*, Pamplona: Universidad de Navarra.

- (1983, 2ª ed.), “Los principios informadores del derecho eclesiástico Español” en GONZÁLEZ DEL VALLE, José Mª (coord.), *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Navarra: EUNSA.

VILADRICH, Pedro-Juan y FERRER ORTIZ, Javier (1996, 4ª ed.), “Los principios informadores del derecho eclesiástico Español” en FERRER ORTIZ, Javier (coord.), *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Navarra: EUNSA.

VV.AA. (1979), *Persona y Derecho*, 6. número monográfico sobre educación.

VV.AA. (1988), *Constitución y Acuerdos Iglesia-Estado*, Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.

VV.AA. (1994), *Acuerdos del Estado español con los judíos, musulmanes y protestantes*, Salamanca: Publicaciones Universidad Pontificia.

VV.AA. (2002), *Los derechos del niño. Estudios con motivo del X aniversario de la Convención de los derechos del niño*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

VYVER, Johan D. van der y WITTE, John (1996), *Religious human rights in global perspective. Vol II, Legal perspectives*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers.

WIEDEMANN, Th. (1989) *Adults and children in the Roman Empire*, Londres: Routledge.

WOLF, Joachim (1992), “The concept of the best’s interest in terms of the UN Convention on the Rights of the Child” en FREEMAN, Michael y VEERMAN, Philip (eds.), *The Ideologies of Children Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.

WOLFSON, Susan A. (1992), “Children’s Rights: the theoretical underpinning of the best interests of the child” en FREEMAN,

Michael y VEERMAN, Philip (eds.), *The Ideologies of Children Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.

WOOD, Diana (Ed.) (1994), "The Church and childhood" en *Studies in Church History*, 31, Oxford: Basil Blackwells.

ZABALA FERNÁNDEZ DE HEREDIA, L. M. (1998), "Criterios para la inscripción de las asociaciones religiosas en el registro de entidades religiosas", en GOTI ORDEÑANA, Juan (ed.), *Aspectos socio-jurídicos de las sectas desde una perspectiva comparada*, Oñati: The Oñate International Institute for the Sociology of Law, pp. 227-233.

ZUMAQUERO, J.M. (1984), *Los derechos educativos en la Constitución española*, Pamplona: EUNSA.

FUENTES NORMATIVAS.

DERECHO INTERNACIONAL.

Naciones Unidas.

- Declaración Universal de derechos humanos. Res. 217 A, de 10 de Diciembre de 1948.
- Declaración Universal de los derechos del niño. Res. 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959.
- Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios. Res. 1763 A (XVII), de 7 de noviembre de 1962.
- Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios. A/Res. 2018 (XX), de 1 de noviembre de 1965.

- Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos. Res. 2200 A (XXI), de 19 de diciembre de 1966.
- Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales. Res. 2200 A (XXI), de 19 de diciembre de 1966.
- Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones. Res 36/55, de 25 de noviembre de 1981.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores. Res. 40/33, de 28 de noviembre de 1985 (Reglas de Pekín).
- Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional. Res. 41/85, de 3 de diciembre de 1986.
- Convención sobre los derechos del niño. Res. 44/25 de 20 de noviembre de 1989.
- Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad). Res. 45/112, de 14 de diciembre de 1990.
- Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. Res. 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

Organización Internacional del Trabajo.

- Recomendación sobre la edad de admisión de los niños a los trabajos no industriales, de 30 de abril de 1932, Recomendación nº 52 de la OIT.
- Recomendación sobre la edad de admisión de los niños al trabajo industrial en empresas familiares, de 22 de junio de 1937, Recomendación nº 52 de la OIT.

- Convenio relativo al examen médico de aptitud para el empleo de los menores en la industria, 9 de octubre de 1946.
- Convenio relativo al examen médico de aptitud para el empleo de los menores en trabajos no industriales, de 9 de octubre de 1946
- Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo, de 26 de junio de 1973. Convenio n° 138 de la OIT.
- Recomendación sobre la edad mínima de admisión al empleo, de 26 de junio de 1973. Recomendación n° 146 de la OIT.

Consejo de Europa.

- Convenio Europeo para la Protección de los derechos humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.
- Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961 (revisada, 3 de mayo de 1997).
- Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, de 25 de enero de 1996.
- Resolución (72) 39, de 19 de septiembre de 1972, sobre la reducción de la edad de la plena capacidad jurídica (*de obrar*).
- Recomendación 874(1979), de 4 de octubre de 1979, relativa a una Carta Europea de los derechos del niño.
- Recomendación 1121 (1990), de 1 de febrero de 1990, relativa a los derechos del niño.

Parlamento Europeo.

- Resolución sobre una Carta europea de niños hospitalizados. DOCE Doc. A 2-25/86, de 13 de mayo de 1986.
- Resolución sobre el Trabajo de los menores. DOCE Doc. A 2-67/87, de 16 de junio de 1986.
- Resolución referente a la Convención sobre los derechos del niño. DOCE Doc. B3-14436/90, de 12 de julio de 1990.
- Resolución sobre una Carta Europea de derechos del niño. DOCE Doc. A3-0172/92, de 8 de julio de 1992.
- Resolución sobre la diversidad cultural y los problemas de la educación escolar de los hijos de inmigrantes en la Comunidad Europea. DOCE Doc. A3-0399/92, de 21 de enero de 1993.
- Resolución sobre sectas en Europa DOCE B4-0259, 0264, 0266, 0271 y 0274/96, de 18 de marzo de 1996.
- Resolución sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea. DOCE Doc. A4-0393/96, de 20 de enero de 1997.
- Resolución sobre los derechos del niño. DOCE Doc. B4-0954, 0968, 0980 y 0990/97, de 8 de diciembre de 1997.

Otros Instrumentos jurídicos.

- Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV), de 12 de agosto de 1949.
- Convenio sobre competencia de las Autoridades y la Ley aplicable en materia de protección de menores, de 5 de octubre de 1961.

- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), de 8 de junio de 1977.
- Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993.

DERECHO ESPAÑOL.

Acuerdos

- Acuerdos entre el Estado español y la Iglesia Católica:
 - o Acuerdo sobre asuntos jurídicos, 3 de enero de 1979.
 - o Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales, 3 de enero de 1979.
- Acuerdo entre el Estado español y las confesiones religiosas minoritarias:
 - o Acuerdo de cooperación del Estado español con la Federación de entidades religiosas evangélicas de España, 10 de noviembre de 1992.
 - o Acuerdo de cooperación del Estado español con la Federación de comunidades israelitas de España, 10 de noviembre de 1992.
 - o Acuerdo de cooperación del Estado español con la Comisión Islámica de España, 10 de noviembre de 1992.

Normativa Estatal.

- Constitución española de 1978, artículos 1-39, 43, 48, 53, 55, 93-96, 124, 148, 149, D.A. 2ª.
- Código Civil, artículos 21, 42-48, 73-75, 90-96, 103, 154-171, 175-180, 314-321, 663, 681, 992, 1246 y 1263.
- Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa.
- Ley Orgánica 1/1990 de 3 de octubre de Ordenación General del Sistema Educativo
- Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, artículo 19.
- 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.
- Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor.
- Ley Orgánica 7/2000, de reforma de la LORPM.
- Ley Orgánica 9/2000, de reforma de la LORPM.
- Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación.

Normativa autonómica.

- Andalucía:

Ley 1/1998 de 20 de abril de los derechos y la Atención al menor (BOE núm. 150, de 24 de junio).

Decreto 282/2002 de 12 de noviembre de Acogimiento familiar y adopción (BOJA núm. 135, de 19 de noviembre de 2002).

- Aragón:

Ley 12/2001 de 2 de julio de la infancia y la adolescencia (BOE núm. 189 de 8 de agosto).

- Asturias:

Ley 1/1995 de 27 de enero de protección de menores (BOE núm. 94, de 20 de abril).

- Canarias:

Ley 1/1997, de 7 de febrero de atención integral de los menores (BOE núm. 63, de 7 de febrero).

- Cantabria:

Ley 7/1999 de 28 de abril, de protección de la infancia y la adolescencia (BOE núm. 127, de 28 de mayo).

- Castilla la Mancha:

Ley 3/1999 de 31 de marzo del menor (BOE núm. 124 de 25 de mayo).

- Castilla y León:

Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León (DOCyL núm. 145, de 29 de julio). Decreto 57/1988 de 7 de abril por el que se dictan normas de protección de menores (DOCyL núm. 248, de 24 de diciembre).

- Cataluña:

Ley 8/1995 de 27 de julio de atención y protección de los niños y adolescentes y de modificación de la ley 37/1991 de 30 de diciembre sobre medidas de protección de menores desamparados y de la adopción (BOE núm. 207 de 30 de agosto).

- Ceuta y Melilla:

Decreto 416/1996 de 1 de marzo, por el que se crean comisiones de atención a la infancia de las ciudades de Ceuta y Melilla.

- Comunidad de Madrid:

Ley 6/1995 de 28 de marzo de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia (BOE núm. 183, de 2 de agosto).

Ley 8/2002 de 27 de noviembre, de Juventud de la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 289, de 5 de diciembre).

- Comunidad Foral de Navarra:

Ley Foral 14/1983, sobre servicios sociales (BOE núm. 148, de 22 de junio).

Decreto Foral 90/1986 de 25 de marzo sobre adopciones, acogimiento familiar y atención a menores (BON, núm. 44, de 7 de abril).

- Comunidad Valenciana:

Ley 7/1994 de 5 de diciembre, de la infancia (BOE núm. 21, de 25 de enero).

- Extremadura:

Ley 4/1994 de 10 de noviembre de protección y atención de menores (BOE núm. 309, de 27 de diciembre).

- Galicia:

Ley 3/1997 de 9 de junio, de la familia, la infancia y la adolescencia (BOE núm. 165, de 11 de junio).

- Islas Baleares:

Ley 7/1995 de 21 de marzo de guarda y protección de los menores desamparados (BOE núm. 43 de 8 de abril).

- La Rioja:

Ley 4/1998 de 18 de marzo, del menor (BOE núm. 79, de 2 de abril).

- Murcia:

Ley 31/ 1995, de 21 de marzo de la infancia (BOE núm. 131, de 2 de junio).

- País Vasco:

Ley 6/1982, de 20 de mayo, de servicios sociales (BOE, núm. 218, de 12 de noviembre).

FUENTES DOCUMENTALES.

Comisión de derechos humanos.

- Aplicación de la Convención sobre los derechos del niño. E/CN.4/RES/1994/91, de 9 de marzo de 1994
- Los derechos humanos en la administración de justicia, en particular de los niños y menores detenidos. E/CN.4/RES/1995/41, de 3 de marzo de 1995.
- Derechos del niño. E/CN.4/RES/1995/79, de 8 de marzo de 1995.
- Derechos del niño. E/CN.4/RES/1996/85, de 24 de abril de 1996.
- Derechos del niño. E/CN.4/RES/1997/78, de 18 de abril de 1997.
- Derechos del niño. E/CN.4/RES/1998/76, de 22 de abril de 1998.

- Derechos del niño. E/CN.4/RES/1999/80, de 28 de abril de 1999.
- Derechos del niño. E/CN.4/RES/2000/85, de 28 de abril de 2000.

Comité de los derechos del niño.

- Orientaciones generales respecto de la forma y el contenido de los informes. CRC/C/5, de 30 de octubre de 1991.
- Orientaciones generales para informes periódicos. CRC/C/58, de 20 de noviembre de 1996.
- Reservas, Declaraciones y Objeciones relativas a la Convención sobre los derechos del niño. CRC/C/2/Rev.8, de 7 de diciembre de 1999.
- Orientaciones generales sobre el alcance del derecho a la educación. CRC/GC/2001/1, de 17 de abril de 2001.

Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas.

- Los derechos del niño. A/RES/50/153, de 15 de febrero de 1996.
- La niña. A/RES/50/153, de 15 de febrero de 1996.
- Los derechos del niño. A/RES/51/77, de 20 de febrero de 1997.
- La niña. A/RES/51/77, de 20 de febrero de 1997.
- La niña. A/RES/52/106, de 11 de febrero de 1998.
- Los derechos del niño. A/RES/52/107, de 13 de febrero de 1998.

- Resolución 53/140 de la Asamblea General, de 1 de marzo de 1999, sobre eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa.
- Prácticas tradicionales o consuetudinarias que afectan a la salud de la mujer y la niña. A/RES/54/133, de 7 de febrero de 2000.
- La niña. A/RES/54/148, de 25 de febrero de 2000.
- Los derechos del niño. A/RES/54/149, de 25 de febrero de 2000.
- Resolución 55/97 de la Asamblea General, de 1 de marzo de 2001, sobre eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa.

RECURSOS ELECTRÓNICOS.

- Naciones Unidas: <http://www.un.org>
- Unesco, documentación: <http://unesdoc.unesco.org>
- Unicef: www.unicef.org
- Portal general sobre derechos humanos: <http://www.droitsdelhomme.coe.int>
- Tribunal Europeo de derechos humanos: <http://www.echr.coe.int>
- Consejo de Europa: <http://www.coe.int>
- Tratados y Convenciones del Consejo de Europa: <http://www.conventions.coe.int>
- Oficina del Alto Comisionado para los derechos humanos: <http://www.unhchr.ch>
- Diario Oficial de las Comunidades Europeas (D.O.C.E): <http://europa.eu.int/eur-lex/es/oj/index.html>
- Parlamento Europeo: <http://www.europarl.es>
- Constituciones del mundo e información geopolítica: <http://www.uni-wuerzburg.de/law/icl/index.html>

- Constituciones europeas:
<http://constitucion.rediris.es/principal/ConstitucionesEuropeas.html>
- Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, documentos constitucionales españoles desde 1812 hasta la actualidad:
<http://www.cepc.es>
- Tribunal Constitucional:
<http://www.tribunalconstitucional.es>
- derecho romano: FIRA (Fontes Iuris Romani Anteiustiniani) y Corpus Iuris Civilis:
<http://www.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/AK/Index.htm>
- Código Teodosiano (CTh):
<http://www.gmu.edu/departments/fld/CLASSICS/thed.html>
- Documentación sobre menores en la Unión Europea:
http://eurochild.gla.ac.uk/Documents/CoE/Reports/eacts/Eactes_1.htm
- Libertad religiosa:
<http://www.ual.es/~canonico/inicio1.html>
<http://www.cesnur.org>

ANEXO: CUADROS.

Estado de ratificación de la Convención sobre los derechos del niño.

Número de Estados parte a fecha 4 de noviembre de 2002: 191.

ESTADO	FIRMA	Ratificación/adhesión
Afganistán	27 Sep 1990	28 Mar 1994
Albania	26 En 1990	27 Feb 1992
Alemania	26 En 1990	6 Mar 1992
Andorra	2 Oct 1995	2 En 1996
Angola	14 Feb 1990	5 Dic 1990

Antigua y Barbuda	12 Mar 1991	5 Oct 1993
Arabia Saudí		26 En 1996
Argelia	26 En 1990	16 Abr 1993
Argentina	29 Jun 1990	4 Dic 1990
Armenia		23 Jun 1993
Australia	22 Ago 1990	17 Dic 1990
Austria	26 Ago 1990	6 Ago 1992
Azerbaijan		13 Ago 1992
Bahamas	30 Oct 1990	20 Feb 1991
Bahrein		13 Feb 1992
Bangladesh	26 En 1990	3 Ago 1990
Barbados	19 Abr 1990	9 Oct 1990
Bélgica	26 En 1990	16 Dic 1991
Belice	2 Mar 1990	2 May 1990
Benin	25 Abr 1990	3 Ago 1990
Bhutan	4 Jun 1990	1 Ago 1990
Bielorrusia	26 En 1990	1 Oct 1990
Bolivia	8 Mar 1990	26 Jun 1990
Bosnia y Herzegovina		1 Sep 1993
Botswana		14 Mar 1995
Brasil	26 En 1990	24 Sep 1990
Bulgaria	31 May 1990	3 Jun 1991

Burkina Faso	26 En 1990	31 Ago 1990
Burundi	8 May 1990	19 Oct 1990
Cabo Verde		4 Jun 1992
Camboya		15 Oct 1992
Camerún	25 Sep 1990	11 En 1993
Canadá	28 May 1990	13 Dic 1991
Chad	30 Sep 1990	2 Oct 1990
Chile	26 En 1990	13 Ago 1990
China	29 Ago 1990	2 Mar 1992
Chipre	5 Oct 1990	7 Feb 1991
Colombia	26 En 1990	28 En 1991
Comores	30 Sep 1990	22 Jun 1993
Congo		14 Oct 1993
Costa de Marfil	26 En 1990	4 Feb 1991
Costa Rica	26 En 1990	21 Ago 1990
Croacia		12 Oct 1992
Cuba	26 En 1990	21 Ago 1991
Dinamarca	26 En 1990	19 Jul 1991
Dominica	26 En 1990	13 Mar 1991
Ecuador	26 En 1990	23 Mar 1990
Egipto	5 Feb 1990	6 Jul 1990
El Salvador	26 En 1990	10 Jul 1990

Emiratos Árabes Unidos		3 En 1997
Eritrea	20 Dic 1993	3 Ago 1994
Eslovaquia		28 May 1993
Eslovenia		6 Jul 1992
España	26 En 1990	6 Dic 1990
Estados Unidos de América	16 Feb 1995	
Estonia		21 Oct 1991
Etiopía		14 May 1991
Federación Rusa	26 En 1990	16 Ago 1990
Fidji	2 Jul 1993	13 Ago 1993
Filipinas	26 En 1990	21 Ago 1990
Finlandia	26 En 1990	20 Jun 1991
Francia	26 En 1990	7 Ago 1990
Gabón	26 En 1990	9 Feb 1994
Gambia	5 Feb 1990	8 Ago 1990
Georgia		2 En 1994
Ghana	29 En 1990	5 Feb 1990
Granada	21 Feb 1990	5 Nov 1990
Grecia	26 En 1990	11 May 1993
Guatemala	26 En 1990	6 Jun 1990
Guayana	30 Sep 1990	14 En 1991
Guinea		13 Jul 1990

Guinea Ecuatorial		15 Jun 1992
Guinea-Bissau	26 En 1990	20 Ago 1990
Haití	26 En 1990	8 Jun 1995
Honduras	31 May 1990	10 Ago 1990
Hungary	14 Mar 1990	7 Oct 1991
India		11 Dic 1992
Indonesia	26 En 1990	5 Sep 1990
Irán (República Islámica de)	5 Sep 1991	13 Jul 1994
Iraq		15 Jun 1994
Irlanda	30 Sep 1990	28 Sep 1992
Islandia	26 En 1990	28 Oct 1992
Islas Cook		6 Jun 1997
Islas Marshall	14 Abr 1993	4 Oct 1993
Islas Salomón		10 Abr 1995
Israel	3 Jul 1990	3 Oct 1991
Italia	26 En 1990	5 Sep 1991
Jamaica	26 En 1990	14 May 1991
Japón	21 Sep 1990	22 Abr 1994
Jordania	29 Ago 1990	24 May 1991
Kazajstán	16 Feb 1994	12 Ago 1994
Kenya	26 En 1990	30 Jul 1990
Kirguizistán		7 Oct 1994

Kiribatí		11 Dic 1995
Kuwait	7 Jun 1990	21 Oct 1991
Lesotho	21 Ago 1990	10 Mar 1992
Letonia		14 Abr 1992
Líbano	26 En 1990	14 May 1991
Liberia	26 Abr 1990	4 Jun 1993
Libia		15 Abr 1993
Liechtenstein	30 Sep 1990	22 Dic 1995
Lituania		31 En 1992
Luxemburgo	21 Mar 1990	7 Mar 1994
Macedonia		2 Dic 1993
Madagascar	19 Abr 1990	19 Mar 1991
Malasia		17 Feb 1995
Malawi		2 En 1991
Maldivas	21 Ago 1990	11 Feb 1991
Mali	26 En 1990	20 Sep 1990
Malta	26 En 1990	30 Sep 1990
Marruecos	26 En 1990	21 Jun 1993
Mauricio		26 Jul 1990
Mauritania	26 En 1990	16 May 1991
Méjico	26 En 1990	21 Sep 1990
Micronesia (Estados Federados de)		5 May 1993

Mónaco		21 Jun 1993
Mongolia	26 En 1990	5 Jul 1990
Mozambique	30 Sep 1990	26 Abr 1994
Myanmar (Birmania)		15 Jul 1991
Namibia	26 Sep 1990	30 Sep 1990
Nauru		27 Jul 1994
Nepal	26 En 1990	14 Sep 1990
Nicaragua	6 Feb 1990	5 Oct 1990
Níger	26 En 1990	30 Sep 1990
Nigeria	26 En 1990	19 Abr 1991
Niué		20 Dic 1995
Noruega	26 En 1990	8 En 1991
Nueva Zelanda	1 Oct 1990	6 Abr 1993
Omán		9 Dic 1996
Países Bajos	26 En 1990	6 Feb 1995
Pakistán	20 Sep 1990	12 Nov 1990
Palau		4 Ago 1995
Panamá	26 En 1990	12 Dic 1990
Papúa Nueva Guinea	30 Sep 1990	2 Mar 1993
Paraguay	4 Abr 1990	25 Sep 1990
Perú	26 En 1990	4 Sep 1990
Polonia	26 En 1990	7 Jun 1991

Portugal	26 En 1990	21 Sep 1990
Qatar	8 Dic 1992	3 Abr 1995
Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	19 Abr 1990	16 Dic 1991
República Árabe de Siria	18 Sep 1990	15 Jul 1993
República Centro Africana	30 Jul 1990	23 Abr 1992
República Checa		22 Feb 1993
República de Corea	25 Sep 1990	20 Nov 1991
República de Moldavia		26 En 1993
Rep. Democrática del Congo	20 Mar 1990	27 Sep 1990
República Dominicana	8 Ago 1990	11 Jun 1991
República Popular Democrática de Corea	23 Ago 1990	21 Sep 1990
República Popular Democrática de Laos		8 May 1991
Rep. Unida de Tanzania	1 Jun 1990	10 Jun 1991
Ruanda	26 En 1990	24 En 1991
Rumanía	26 En 1990	28 Sep 1990
Saint Kitts y Nevis	26 En 1990	24 Jul 1990
Samoa	30 Sep 1990	29 Nov 1994
San Marino		25 Nov 1991
San Vicente-Granadinas	20 Sep 1993	26 Oct 1993
Santa Lucía	30 Sep 1990	16 Jun 1993
Santa Sede	20 Abr 1990	20 Abr 1990

Sao Tome y Príncipe		14 May 1991
Senegal	26 En 1990	31 Jul 1990
Seychelles		7 Sep 1990
Sierra Leona	13 Feb 1990	18 Jun 1990
Singapur		5 Oct 1995
Somalia	9 May 2002	
Sri Lanka	26 En 1990	12 Jul 1991
Sudán	24 Jul 1990	3 Ago 1990
Suecia	26 En 1990	29 Jun 1990
Suiza	1 May 1991	24 Feb 1997
Sultanato de Brunei		27 Dic 1995
Sudáfrica	29 En 1993	16 Jun 1995
Surinam	26 En 1990	1 Mar 1993
Swazilandia	22 Ago 1990	7 Sep 1995
Tadzikistán		26 Oct 1993
Tailandia		27 Mar 1992
Togo	26 En 1990	1 Ago 1990
Tonga		6 Nov 1995
Trinidad y Tobago	30 Sep 1990	5 Dic 1991
Túnez	26 Feb 1990	30 En 1992
Turkmenistán		20 Sep 1993
Turquía	14 Sep 1990	4 Abr 1995

Tuvalu		22 Sep 1995
Ucrania	21 Feb 1990	28 Ago 1991
Uganda	17 Ago 1990	17 Ago 1990
Uruguay	26 En 1990	20 Nov 1990
Uzbekistán		29 Jun 1994
Vanuatu	30 Sep 1990	7 Jul 1993
Venezuela	26 En 1990	13 Sep 1990
Vietnam	26 En 1990	28 Feb 1990
Yemen	13 Feb 1990	1 May 1991
Yibuti	30 Sep 1990	6 Dic 1990
Yugoslavia		12 Mar 2001
Zambia	30 Sep 1990	6 Dic 1991
Zimbaue	8 Mar 1990	11 Sep 1990

Fte: Oficina del Alto Comisionado para los derechos humanos.
Comité sobre los derechos del niño.

Declaraciones y reservas al artículo 14 (libertad de pensamiento, conciencia y religión) de la Convención sobre los derechos del niño.

- Afganistán

The Government of the Republic of Afghanistan reserves the right to express, upon ratifying the Convention, reservations on all provisions of the Convention that are incompatible with the laws of Islamic Shari'a and the local legislation in effect.

- Argelia

The provisions of paragraphs 1 and 2 of article 14 shall be interpreted by the Algerian Government in compliance with the basic foundations of the Algerian legal system, in particular:

- With the Constitution, which stipulates in its article 2 that Islam is the State religion and in its article 35 that "there shall be no infringement of the inviolability of the freedom of conviction and the inviolability of the freedom of opinion; - With Law No. 84-11 of 9 June 1984, comprising the Family Code, which stipulates that a child's education is to take place in accordance with the religion of its father.

- Bangladesh

[The Government of Bangladesh] ratifies the Convention with a reservation to article 14, paragraph 1.

- Bélgica

The Belgian Government declares that it interprets article 14, paragraph 1, as meaning that, in accordance with the relevant provisions of article 18 of the International Covenant on Civil and Political Rights of 19 December 1966 and article 9 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950, the right of the child to freedom of thought, conscience and religion implies also the freedom to choose his or her religion or belief.

-Sultanato de Brunei

Reservation:

[The Government of Brunei Darussalam] expresses its reservations on the provisions of the said Convention which may be contrary to the Constitution of Brunei Darussalam and to the beliefs and principles of Islam, the State, religion, and without prejudice to the generality of the said reservations, in particular expresses its reservation on articles 14, 20 and 21 of the Convention.

-Indonesia

Reservation

With reference to the provisions of articles 1, 14, 16, 17, 21, 22 and 29 of this Convention, the Government of the Republic of Indonesia declares that it will apply these articles in conformity with its Constitution.

- Iraq

Reservation:

The Government of Iraq has seen fit to accept [the Convention] ... subject to a reservation in respect to article 14, paragraph 1, concerning the child's freedom of religion, as allowing a child to change his or her religion runs counter to the provisions of the Islamic Shariah.

-Jordania

Reservation:

The Hashemite Kingdom of Jordan expresses its reservation and does not consider itself bound by articles 14, 20 and 21 of the Convention, which grant the child the right to freedom of choice of religion and concern the question of adoption, since they are at variance with the precepts of the tolerant Islamic Shariah.

- Santa Sede

[The Holy See] interprets the articles of the Convention in a way which safeguards the primary and inalienable rights of parents, in particular insofar as these rights concern education (articles 13 and 28), religion (article 14), association with others (article 15) and privacy (article 16).

-Malasia

Reservation:

The Government of Malaysia accepts the provisions of the Convention on the Rights of the Child but expresses reservations with respect to articles 1, 2, 7, 13, 14, 15, [...], 28, [paragraph 1 (a)] 37, [...] of the Convention and declares that the said provisions shall be applicable only if they are in conformity with the Constitution, national laws and national policies of the Government of Malaysia.

- Maldivas

Reservation:

The Government of the Republic of Maldives expresses its reservation to paragraph 1 of article 14 of the said Convention on the Rights of the Child, since the Constitution and the Laws of the Republic of Maldives stipulate that all Maldivians should be Muslims.

- Morocco

Reservation:

The Kingdom of Morocco, whose Constitution guarantees to all the freedom to pursue his religious affairs, makes a reservation to the provisions of article 14, which accords children freedom of religion, in view of the fact that Islam is the State religion.

- Países Bajos.

Declaration:

Article 14:

It is the understanding of the Government of the Kingdom of the Netherlands that article 14 of the Convention is in accordance with the provisions of article 18 of the International Covenant on Civil and Political Rights of 19 December 1966 and that this article shall

include the freedom of a child to have or adopt a religion or belief of his or her choice as soon as the child is capable of making such choice in view of his or her age or maturity.

- Oman

The Sultanate does not consider itself to be bound by those provisions of article 14 of the Convention that accord a child the right to choose his or her religion or those of its article 30 that allow a child belonging to a religious minority to profess his or her own religion.

- Unión de Emiratos Árabes

Article 14:

The United Arab Emirates shall be bound by the tenor of this article to the extent that it does not conflict with the principles and provisions of Islamic law.

-República Árabe Siria

The Syrian Arab Republic has reservations on the Convention's provisions which are not in conformity with the Syrian Arab legislations and with the Islamic Shariah's principles, in particular the content of article (14) related to the Right of the Child to the freedom of religion, and articles 2 and 21 concerning the adoption.

-Qatar e Irán

Manifestaron reservas generales a todo aquello que se opusiera al derecho islámico, entre lo que se incluye la libertad de opción religiosa por parte del menor de edad.

Fte: Oficina del Alto Comisionado para los derechos humanos.
Comité sobre los derechos del niño.

Tabla sobre miembros del Consejo de Europa y edades establecidas en su normativa para que el menor pueda adoptar o cambiar de religión o intervenir en la elección de su educación religiosa.

<u>ESTADO</u>	<u>EDAD</u>	<u>COMENTARIOS</u>
ALEMANIA	14	Con 12 años no es posible una educación religiosa contra el deseo del menor.
AUSTRIA	14	Desde los 12 años: no hacer cambiar de religión en contra de los deseos del menor Desde los 10 años: el menor debe ser consultado
CHIPRE	16	
FINLANDIA	15	Puede rehusar a cambiar de religión en caso de que lo hagan los padres.
	18	Puede cambiar de religión sin el consentimiento de los padres.
ISLANDIA	16	
LIECHTENSTEIN	16	La mayoría de edad está establecida en 20 años.
MOLDAVIA		Ningún menor puede ser obligado a confesar una religión en contra de sus deseos. Los padres, padres adoptivos o tutores tienen el derecho a educar al menor de acuerdo con sus propias creencias.
NORUEGA	15	De acuerdo con el grado de madurez del menor, los padres deberán tomar en cuenta sus opiniones, facilitándoles un grado de dependencia en la organización de su vida diaria. La Constitución también establece como primordial la libertad de conciencia, religión y pensamiento.

PORTUGAL	16	De acuerdo con el grado de madurez del menor, los padres deberán tomar en cuenta sus opiniones, facilitándoles un grado de dependencia en la organización de su vida diaria. La Constitución también establece como primordial la libertad de conciencia, religión y pensamiento.
SAN MARINO		Hasta la mayoría de edad, los padres deciden la educación religiosa de sus hijos. Cuando existe un desacuerdo decide el Juez y el menor debe ser oído si tiene 14 años.
SUECIA	15	
SUIZA	16	

*La tabla refleja aquellos Estados miembros que tienen regulación expresa de edades concernientes al ejercicio de la libertad religiosa por parte del menor de edad.

Fte. Consejo de Europa. Documento "Ages at which children are legally entitled to carry out a series of acts in Council of Europe member countries", Estrasburgo, 2 de Marzo de 1998.

Relación no exhaustiva de edades en el derecho español en las que el menor adquiere capacidad para realizar algunos actos.

ÁMBITO	EDAD	ACTO	NORMA
CIVIL	12	Consentimiento preceptivo para ser adoptado.	Art. 177.1 C.C.
		Audiencia preceptiva: - Para la determinación de tutela.	Art. 231 C.C.
		- Para procedimientos de separación, divorcio o nulidad	Art. 92 C.C.
		- En discrepancias en el ejercicio de la patria potestad.	Art. 156 C.C.
	14	Contratar matrimonio previa dispensa.	Art. 48 C.C.
		Capacidad para testar, salvo el ológrafo.	Art. 663 C.C.
		Ser testigos.	Art. 1246 C.C.
	16	Administrar bienes adquiridos por su trabajo y actos de administración ordinarios.	Art. 164 C.C.
		Aceptar o repudiar la herencia en documento público.	Art. 166 C.C.
		Emancipación.	Art. 317 C.C.
PENAL	14	Responsabilidad penal de menores.	Art. 1 LORPM
LABORAL	16	Edad para trabajar, con consentimiento de sus padres o persona o institución que lo tenga a su cargo.	Arts. 6 y 7 E.T.
	Menores de 16	Trabajo en espectáculos públicos que no perjudiquen su salud ni su formación y con permiso de la autoridad laboral por escrito y para actos determinados.	Art. 6 E.T.