



UNIVERSITAT
POLITÈCNICA
DE VALÈNCIA



Derechos Genéricos de la Infancia y Adolescencia en el Marco de la Carta de Derechos del Menor de la Comunidad Valenciana

**Trabajo Fin de Grado de Gestión y
Administración Pública**

Curso 2017-2018

ALUMNA: Marta Sánchez Alonso

TUTOR: Pablo Amat Llombart

Julio de 2018

Contenido

ABREVIATURAS.....	3
1. INTRODUCCIÓN	4
1.1. Objeto de Estudio y resumen	4
1.2. Objetivos y metodología.....	5
2. MARCO CONCEPTUAL Y REGIMEN JURÍDICO APLICABLE	6
2.1. Persona, personalidad jurídica y capacidad de obrar. El concepto de “menor de edad”.....	6
2.2. Concepto de infancia y adolescencia.....	8
2.3. Régimen jurídico de protección del menor de edad durante su infancia y adolescencia	10
2.3.1. Regulación a nivel internacional	10
2.3.2. Derecho comunitario	16
2.3.3. Ordenamiento jurídico español a nivel estatal	18
2.3.3. Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de responsabilidad penal de los menores.....	24
2.3.4. Legislación autonómica: el caso de la Comunidad Valenciana	25_Toc518541499
3.LA CARTA DE DERECHOS GENÉRICOS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN LA LEY 12/2008 VALENCIANA.....	32
3.1. Introducción.....	32
3.2. Sistemática de organización de los derechos	33
3.3. Ámbito de aplicación	35
4. DERECHOS GENÉRICOS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN LA LEY 12/2008.....	42
4.1. Derecho a la vida	42
4.2. Derecho de protección a la integridad física y psíquica del menor	51
4.3. Derecho a la identidad y al nombre.....	60
4.4. Derecho al conocimiento de los propios orígenes.....	66
4.5. Derecho a la libertad ideológica y de creencias	71
4.6. Derecho a la libertad de expresión y a la creación intelectual	78
4.7. Derecho a la información	82
4.8. Derecho al honor, intimidad y propia imagen	86
4.9. Derecho frente al tratamiento de datos	93

4.10. Derecho a la libre asociación	97
4.11. Derecho a la participación.....	103
4.12. Derecho de reunión.....	107
4.13. Derecho a ser oído e informado de sus intereses.....	110
4.14. Derecho a la defensa de sus intereses y a la tutela judicial efectiva..	116
4.15. Derecho a las relaciones familiares	120
Conclusiones.....	128
Bibliografía	131

ABREVIATURAS

CE: Constitución Española

CC: Código Civil

Art.: Artículo

OMS: Organización Mundial de la Salud

ONU: Organización de Naciones Unidas

ONG: Organización No Gubernamental

C.H: Convenio de la Haya

TUE: Tratado de la Unión Europea

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

LO 1/1996: Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor

LORPM: Ley Orgánica, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de Menores

Ley 7/1994: Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de la Infancia

Ley 12/2008: Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de protección de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana.

OIT: Organización Internacional del Trabajo

CDN: Convención de los Derechos del Niño

ESCI: Explotación Sexual Comercial Infantil

UNICEF: United Nations Children's Fund

LOPD: Ley Orgánica, de 13 de diciembre. De Protección de Datos Personales

TC: Tribunal Constitucional

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Objeto de estudio y resumen

El objeto del presente Trabajo de Fin de Grado lo constituye el sistema y la normativa de protección al menor de edad en la Comunidad Valenciana.

Este estudio se va a basar en la Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad Valenciana, concretamente en los derechos genéricos que constituyen el reconocimiento de los derechos fundamentales y libertades públicas del menor.

La protección social del menor, o de la infancia, figura en la Constitución encabezando el capítulo de los principios rectores de la política social y económica. Desde siempre, la protección de la infancia ha constituido uno de los sectores hacia el que se han orientado diversos ámbitos del sector público, así la sanidad, la educación, la seguridad social y los servicios sociales.

La protección de los derechos fundamentales de los menores, es necesaria debido a que se trata de un colectivo que tiene una mayor vulnerabilidad y cada uno de los derechos genéricos que aparecen en la carta de los derechos del menor en la Comunidad Valenciana son fundamentales para el desarrollo de su personalidad, la madurez del menor tiene una consideración esencial y las numerosas intromisiones ilegítimas a las que están expuestos, les hace merecedores de una especial protección, a través de diversos mecanismos que el legislador confiere a éstos.

La infancia es un periodo de desarrollo decisivo para el ser humano. Durante la infancia, se define nuestra propia identidad y la forma de relacionarnos con el mundo. Al tiempo que es una etapa crucial para la formación de la persona, es también aquella que requiere de una mayor protección. A medida que crece, el niño va ganando mayor autonomía para actuar y tomar decisiones. Sin embargo, se encuentra en una situación de fuerte dependencia en la que el entorno social más inmediato, especialmente la familia, desempeña un papel determinante para asegurar las condiciones de seguridad y bienestar que permiten su desarrollo.

La Comunidad Valenciana puede considerarse como pionera en materia de protección de menores, fue de las primeras comunidades en regular la política social de los menores ya que siempre se ha pretendido dar una importancia prioritaria al primer entorno del menor, que es la familia.

La Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana se propone la protección integral del menor en toda su extensión, esto es, abordando una regulación completa de los distintos órdenes competenciales que la Generalitat tiene en el ámbito de la protección del menor.

1.2. Objetivos y metodología

Para enmarcar correctamente los objetivos que se quieren alcanzar en el presente trabajo, resulta necesario definir, por un lado, un objetivo general que será el fin primordial que se busca con la redacción de este trabajo, y por otro unos objetivos específicos que abarcan los aspectos más determinados que se quieren alcanzar. Se pueden definir de la siguiente forma:

- Objetivo General: se pretende realizar un estudio sobre la actual legislación de la Comunidad Valenciana en materia de protección de menores.
- Objetivos específicos:
 - Conocer los derechos genéricos que regula la legislación valenciana y qué carencias pueden existir.
 - Buscar una aplicación práctica de cada uno de los derechos genéricos que se formulan en la Carta de los derechos del menor de la Comunidad Valenciana.

La metodología utilizada que se ha empleado para la realización de este TFG ha sido el estudio y análisis de los antecedentes históricos, de la bibliografía y sobre todo de la legislación existente en materia de protección del menor en el ámbito estatal. Realizando posteriormente un amplio análisis y estudio de la protección del menor en la legislación de la Comunidad Valenciana.

El método comparado ha resultado fundamental para la elaboración del presente trabajo, ya que dicho método es propio de las ciencias jurídicas.

2. MARCO CONCEPTUAL Y REGIMEN JURÍDICO APLICABLE

2.1. Persona, personalidad jurídica y capacidad de obrar. El concepto de “menor de edad”

El ordenamiento jurídico español regula la atribución de la condición de persona a los individuos en los artículos 29 a 34 del Código civil. La personalidad se considera un atributo inherente a la persona natural, adquirida por el hecho de nacer, conforme al artículo 30 del CC.

La personalidad se manifiesta en la capacidad para ser titular del conjunto de derechos y deberes atribuidos a una misma persona o ente y determina la capacidad para relacionarse jurídicamente.

En la Constitución Española, en su Capítulo II, Sección Primera titulado “Derechos Fundamentales y libertades públicas” se recogen derechos concretos que se aplican a todos los españoles, por lo que también se aplican a los menores de edad.

La Constitución Española en esta Sección reconoce los siguientes derechos fundamentales:

- Derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15).
- Libertad religiosa y de pensamiento (art. 16).
- Libertad personal (art. 17).
- Inviolabilidad del domicilio, el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18).
- Libertad de residencia y circulación (art. 19).
- Libertad de información y expresión (art. 20).
- Derecho de reunión y asociación (arts. 21 y 22).
- Derecho de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos (art. 23).
- Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24).

Estos derechos tienen una especial protección, pudiendo ser recabada su tutela por cualquier ciudadano o ciudadana ante los tribunales ordinarios por un procedimiento especial basado en los principios de preferencia y sumariedad y siendo susceptibles de amparo ante el Tribunal Constitucional. Sólo podrán ser desarrollados por Ley Orgánica, que deberá en todo caso respetar su contenido esencial.

Es por todo ello que procede distinguir el concepto de “menor” del concepto de “niño”. Esto se debe a que “menor” no es exactamente sinónimo de “niño”. Por lo general, el término “menor” se refiere a las personas que pueden ser procesadas y juzgadas en el sistema de justicia de menores, mientras que “niño”, según la mayoría de las normas jurídicas internacionales, es toda persona menor

de 18 años. La Carta Europea de los derechos del niño, afirma que se entenderá por “niño” a todo ser humano hasta los dieciocho años, salvo que este, en virtud de la legislación nacional que le sea aplicable, haya alcanzado con anterioridad la mayoría de edad. Además, señala que, a efectos penales, se considerará la edad de dieciocho años como mínima para serle exigida la responsabilidad correspondiente.

El término menor aparece en los textos internacionales en materia de derechos humanos. Las Reglas de Beijing¹, establecen que el término “menor” se puede aplicar a jóvenes de edades muy diferentes, estas edades comprenden desde los 7 hasta los 18 años o más.

En la mayoría de normas jurídicas internacionales, se considera menor toda persona menor de 18 años. Por lo que el concepto de menor se asocia a una persona que todavía no ha cumplido la mayoría de edad establecida por la ley de cada país.

Generalmente, la minoría de edad abarca toda la infancia y la adolescencia. Esta determinación dependerá de lo que se establezca en la legislación de cada país, aunque la mayor parte de los países occidentales establecen que se es menor de edad hasta los 18 o 20 años de edad, una vez alcanzados, se considerará al individuo mayor de edad. En España la mayoría de edad se fija a los 18 años, ya que así lo establece el artículo 12 de la Constitución Española, de lo que se deduce que el concepto de menor de edad abarca a todo individuo menor de 18 años, a partir de esta edad se obtiene plena capacidad para realizar actos jurídicos válidos y ser responsable de los mismos.

La minoría de edad se establece para indicar la falta de madurez que presenta un individuo para llevar a cabo acciones o actividades en su vida, tales como trabajar, casarse, vivir solo, entre otras que resultan propias de la edad adulta, además de eximir de responsabilidad de aquellos actos que no se le pueden imputar por su falta de capacidad.

El estado civil del menor de edad es una etapa de la vida de la persona en la que el individuo está bajo la dependencia o sujeción de los titulares de la patria potestad. Esto significa que a los padres se les otorga o confiere por ley un conjunto de derechos y obligaciones sobre sus hijos no emancipados, o que presenten alguna discapacidad. Así pues, los progenitores tienen la responsabilidad de protegerlos y educarlos hasta que cumplan la mayoría de edad. De manera que la patria potestad va a comprender la guarda, representación y la administración de los bienes de los hijos sometidos a ella. En todo caso, si el menor de edad no tuviera padres o estos se vieran privados de la patria potestad, se les asignaría un tutor legal que ejercerá la tutela.

¹ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, 1985.

Los menores de edad no tienen plena capacidad de obrar porque se considera que no poseen la madurez suficiente para conocer y querer todas las consecuencias de sus actos y por eso estos dependen de otra persona.

No obstante, los menores de edad, a medida que van cumpliendo años, van incrementando su poder de decisión y su capacidad de obrar. En este sentido:

- A partir de los 12 años, según los arts. 173 y 177.1 del CC el menor ha de prestar su consentimiento para ser acogido por otra familia o para ser adoptado.
- Desde los 14 años, el menor puede:
 - Según el art. 663 del CC otorgar testamento.
 - Optar por la nacionalidad española, asistido por su representante legal según los arts. 20 y 21 del CC.
 - Elegir una vecindad civil distinta a la que tiene (art. 14.3 del CC).
- A los 16 años se les permite salir de la minoría de edad y emanciparse según los arts. 317,320 y 321 del CC, así como administrar por sí mismos los bienes que hayan adquirido con su trabajo o industria, según el art. 164.3 del CC.

2.2. Concepto de infancia y adolescencia

Entendemos por regla general que la infancia es la etapa inicial de la vida de un ser humano, la cual se extiende hasta la pubertad. Una vez definido lo que es infancia, se puede construir la idea de “primera infancia”.

La UNESCO establece que la “primera infancia” es el período de vida de un niño desde que nace hasta que cumple ocho años². Se trata de una etapa crucial de crecimiento y desarrollo, porque las experiencias de la primera infancia pueden influir en todo el ciclo de vida de un individuo. Para todos los niños, la primera infancia es una importante ventana de oportunidad para preparar las bases para el aprendizaje y la participación permanentes, previniendo posibles retrasos del desarrollo y discapacidades.

Asiduamente el concepto de infancia y el de la niñez son utilizados como sinónimos, aunque presentan diferencias conceptuales. Según la Real Academia Española la niñez “es el período de la vida humana que abarca desde el nacimiento hasta la adolescencia”; en cambio la infancia, según la RAE “es el período de la vida humana desde que se nace hasta los siete años”.

Unicef indica que "la infancia es la época en la que los niños y niñas tienen que estar en la escuela y en los lugares de recreo, crecer fuertes y seguros de sí mismos y recibir el amor y el estímulo de sus familias y de una comunidad

² UNESCO: <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001163/116350so.pdf>

amplia de adultos. Es una época valiosa en la que los niños y las niñas deben vivir sin miedo, seguros frente a la violencia, protegidos contra los malos tratos y la explotación. Como tal, la infancia significa mucho más que el tiempo que transcurre entre el nacimiento y la edad adulta. Se refiere al estado y la condición de la vida de un niño, a la calidad de esos años"³.

Por su parte, la Organización Mundial de la Salud (OMS)⁴, a partir de lo señalado por Unicef, indica que "La primera infancia es el período que se extiende desde el desarrollo prenatal hasta los ocho años de edad. Se trata de una etapa crucial de crecimiento y desarrollo, porque las experiencias de la primera infancia pueden influir en todo el ciclo de vida de un individuo".

En 1989, la Asamblea general de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño⁵, que definió la infancia como "un espacio separado de la edad adulta" y reconoció que lo que resulta apropiado para los adultos puede no ser adecuado para la infancia. Además, afirmó que los niños y las niñas son titulares de sus propios derechos y, por tanto, no son receptores de caridad, sino protagonistas con la facultad para participar en su propio desarrollo.

El siguiente concepto a desarrollar es el de la adolescencia. Esta es una etapa posterior a la infancia que presenta otro tipo de desarrollo y características.

El significado del término adolescencia entraña mayores complejidades. Las definiciones son múltiples y responden a distintos enfoques disciplinarios: sociología, psicología, fisiología, economía, derecho, etc.

El concepto que se utiliza comúnmente para definir adolescencia es aquel que lo define como etapa entre la niñez y la edad adulta, que cronológicamente se inicia por los cambios puberales y que se caracteriza por profundas transformaciones biológicas, psicológicas y sociales.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la adolescencia como "el periodo de crecimiento y desarrollo humano que se produce después de la niñez y antes de la edad adulta, entre los 10 y los 19 años". Se trata de una de las etapas de transición más importantes en la vida del ser humano, que se caracteriza por un ritmo acelerado de crecimiento. En la adolescencia se consideran dos fases: la adolescencia temprana que se sitúa entre los 10 y 14 años, y la adolescencia tardía entre los 15 y 19 años. Esta fase de crecimiento y desarrollo viene condicionada por diversos procesos biológicos. El comienzo de la pubertad marca el pasaje de la niñez a la adolescencia.

³ UNICEF: <https://www.unicef.org/spanish/sowc05/childhooddefined.html>

⁴ OMS: http://www.who.int/maternal_child_adolescent/topics/child/development/es/

⁵ La Convención es el primer tratado internacional de derechos humanos que combina en un instrumento único una serie de normas universales relativas a la infancia, y el primero en considerar los derechos de la niñez como una exigencia con fuerza jurídica obligatoria.

2.3. Régimen jurídico de protección del menor de edad durante su infancia y adolescencia

2.3.1. Regulación a nivel internacional

a) Antecedentes históricos

En el marco internacional es en 1924 cuando la Asamblea de la Sociedad de Naciones⁶ adoptó la Declaración de Ginebra⁷, un texto histórico que reconoce y afirma, por primera vez, la existencia de derechos específicos para los niños y niñas, pero sobre todo la responsabilidad de los adultos hacia ellos.

En cinco de sus artículos son reconocidas las necesidades fundamentales de los niños y las niñas. El texto se centra en el bienestar del niño y reconoce su derecho al desarrollo, asistencia, socorro y a la protección.

Sin embargo, si bien este texto contiene ciertos derechos fundamentales del niño, no tiene fuerza vinculante para los Estados.

En 1934 la Asamblea General de la Sociedad de Naciones aprobó el nuevo texto de la Declaración de Ginebra. Los Estados firmantes entonces afectaron una promesa de incorporar estos principios a su legislación interna, pero dicha proclamación era jurídicamente vinculante para ellos.

No obstante, la Declaración de Ginebra sigue siendo el primer texto internacional en la historia de los Derechos Humanos que específicamente trata sobre los Derechos de la niñez.

En 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas⁸ adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual representa “un estándar común a ser alcanzado por todos los pueblos y naciones”.

Después de la aprobación por parte de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, la mejora en el ámbito de los derechos reveló ciertas deficiencias en la Declaración de Ginebra, propiciando así la modificación de dicho texto y la elaboración la segunda Declaración de los Derechos del Niño.

El 20 de noviembre de 1959 se aprobó la Declaración de los Derechos del Niño de manera unánime por los 78 Estados miembros de la ONU. Este reconocimiento supuso el primer gran consenso internacional sobre los

⁶ Institución predecesora de la Organización de las Naciones Unidas.

⁷ La iniciativa para elaborar y adoptar la Declaración de Ginebra partió de Eglantyne Jebb conocida también como fundadora de la Organización “Savet he Childrens”, ya que tras la Primera Guerra Mundial advirtió de la necesidad de proteger a los niños y niñas.

⁸ La Asamblea de la Sociedad de Naciones pasa a llamarse Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas el 24 de octubre de 1945.

principios fundamentales de los derechos del niño. Esta fue adoptada y aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su resolución 1386.

En esta Declaración se sientan las primeras bases⁹ en la materia. Incluía 10 principios, pero no eran suficientes para proteger los derechos de la infancia porque, legalmente, esta Declaración no tenía carácter obligatorio y además, carecía de los instrumentos de garantía para hacer efectivos los derechos del niño.

Cabe destacar que, debido a la coyuntura política y social que caracteriza la primera parte del siglo XX, estas Declaraciones se centran únicamente en los derechos de protección y provisión del menor, es decir, establecen un conjunto de derechos sociales para los niños en el contexto de la formación de los Estados de bienestar en los países occidentales.

Es por todo ello que en 1978 el Gobierno de Polonia presentó a la ONU la versión provisional de una Convención sobre los Derechos del Niño.

Tras más de 10 años de negociaciones con gobiernos de todo el mundo, líderes religiosos, ONG y otras instituciones, se logró aprobar el texto final de la Convención sobre los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1989, cuyo cumplimiento sería obligatorio para todos los países que la ratificasen.

b) El Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y firmó la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰, en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, la cual fue ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. Constituyó el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante en el que, de una manera global y genérica, se reconocía el conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y se establecían los mecanismos de protección al efecto. A partir de este momento comienza un importante desarrollo legislativo relativo al reconocimiento de los derechos de la infancia y la adolescencia y la protección de los mismos, puesto que fue el instrumento jurídico fundamental, inspirador del resto de legislaciones internacionales y nacionales.

La Convención, a lo largo de sus 54 artículos, define los derechos humanos básicos que disfrutaban los niños y niñas en todas partes. Reconoce el derecho del

⁹ Estas bases serán desarrolladas con posterioridad en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

¹⁰ La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada por Resolución 44/25, el 20 de noviembre de 1989, en la cuadragésima cuarta sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49. Con 140 países firmantes, y 192 partes de la misma. El depositario es el Secretario General de las Naciones Unidas.

niño a su propia identidad, a la libertad de expresión, pensamiento, conciencia y religión, así como a la intimidad y no discriminación. Junto a dichos derechos básicos, establece la obligación de los poderes públicos de asegurar a la infancia un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social; de crear las condiciones para hacer efectivo el derecho a la educación; a la salud; a la Seguridad Social y de generar mecanismos para la protección del menor en las situaciones que supongan riesgo para su integridad o desarrollo. La segunda parte del texto de la Convención da cuenta de los mecanismos para la garantía de estos derechos, incluida la creación de un Comité sobre los Derechos del Niño¹¹ que asegure el cumplimiento del texto aprobado en 1989. La novedad de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 respecto a Convenciones y Tratados anteriores, se basan en la introducción, junto a los derechos de protección y provisión de los niños, de un tercer conjunto de derechos para las personas menores de edad: los derechos de participación. Este aspecto resulta relevante en la medida en que, a partir de su aprobación, el niño puede ser considerado un sujeto jurídicamente independiente, lo cual supone que, en la protección al menor, familias y Estados habrán de tener especial consideración con el niño.

La Convención, como primera ley internacional sobre los derechos de los niños y niñas, posee carácter obligatorio para los Estados firmantes¹². Estos países informan al Comité de los Derechos del Niño sobre los pasos que han adoptado para aplicar lo establecido en la Convención. Es también obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la Convención.

Una Convención sobre los derechos del niño era necesaria porque aun cuando muchos países tenían leyes que protegían a la infancia, algunos no las respetaban. Para los niños esto significaba con frecuencia pobreza, acceso desigual a la educación, abandono. Unos problemas que afectaban tanto a los niños de los países ricos como pobres. Los dirigentes mundiales decidieron que los niños y niñas debían tener una Convención especial destinada exclusivamente a ellos, ya que los menores de 18 años precisan de cuidados y protección especial. Estos querían asegurar que el mundo reconociera que los niños y niñas tenían también derechos humanos.

En este sentido, la aceptación de la Convención por parte de un número tan elevado de países ha reforzado el reconocimiento de la dignidad humana

¹¹ El Comité de los Derechos del Niño es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por sus Estados Partes. El Comité también supervisa la aplicación de los dos protocolos facultativos de la Convención, relativos a la participación de niños en los conflictos armados y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

¹² En estos momentos no son Estados ratificantes: Estados Unidos, Somalia y Sudán del Sur. Los Estados firmantes se pueden consultar en <http://www.alaee.org/derechos/listf.html>

fundamental de la infancia, así como la necesidad de garantizar su protección y desarrollo.

La Convención sobre los Derechos del Niño se ha utilizado en todo el mundo para promover y proteger los derechos de la infancia. Desde su aprobación, en el mundo se han producido avances considerables en el cumplimiento de los derechos de la infancia, en la supervivencia, la salud y la educación, a través de la prestación de bienes y servicios esenciales, así como un reconocimiento cada vez mayor de la necesidad de establecer un entorno protector que defienda a los niños y niñas de la explotación, los malos tratos y la violencia. Prueba de ello es la entrada en vigor en 2002 de dos Protocolos Facultativos, uno relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y el relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

c) El Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional

La adopción internacional constituye un fenómeno relativamente reciente. Se fue desarrollando lentamente después de la Segunda Guerra Mundial, hasta los años 70, momento en que el número de adopciones internacionales se incrementó de manera espectacular. En los años 80 se reconoció que este fenómeno engendraba problemas jurídicos y humanos graves y complejos, y que la ausencia de instrumentos jurídicos nacionales e internacionales hacía necesario un enfoque multilateral¹³.

En este contexto se elaboró el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (de ahora en adelante C.H. de 1993), a efectos de establecer garantías para que las adopciones internacionales se produjeran en aras del interés superior del niño y respetando sus derechos fundamentales. El Convenio reconoce que para el niño crecer dentro de una familia es fundamental y esencial para su desarrollo y su salud. Reconoce también que la adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su país de origen. Al prever procedimientos claros y prohibir beneficios materiales indebidos, el Convenio ofrece a las partes en la adopción, incluidos los futuros padres adoptivos, una mayor seguridad, previsibilidad y transparencia. El Convenio instaura también un sistema de cooperación entre las autoridades del país de origen y del país de

¹³ Véase el "Informe explicativo del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional", de G. PARRA-ARANGUREN, ap. 6. Disponible en el sitio Web de la Conferencia, en la dirección < www.hcch.net >, bajo los epígrafes "Sección adopción internacional" y a continuación "Documentos explicativos".

recepción, destinado a garantizar las mejores prácticas en materia de adopción internacional y a eliminar los abusos.

Los condicionamientos sociales y jurídicos en torno a la adopción internacional, que se concretan, por un lado, en el gran número de menores que son trasladados con fines de adopción desde sus Estados de residencia hacia los estados de residencia de los adoptantes, y por otro lado, en la insuficiencia de los instrumentos jurídicos internacionales existentes hasta el momento y caracterizado por un aumento en la intervención de autoridades administrativas y judiciales, llevaron a la Decimosexta Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado a considerar la necesidad de elaborar un Convenio relativo a la adopción internacional.

El C.H. de 1993 es un Convenio *inter partes*, por lo que sólo se aplica en aquellos supuestos de adopciones constituidas en alguno de los Estados contratantes que pretende ser reconocida en otro u otros Estados parte del Convenio¹⁴.

El rápido incremento del número de adopciones internacionales ha sido uno de los factores decisivos que impulsaron este cambio de orientación. Por otra parte, la nueva consideración de la adopción como institución orientada a la protección del menor en aras de su principal interés, ha aumentado las exigencias relativas a la idoneidad de los adoptantes. Además de cumplir los requisitos de capacidad exigidos por las leyes, se requieren exámenes psicológicos y sociológicos encaminados a buscar los mejores padres para un menor necesitado de una familia. De este modo se procura conseguir el éxito de la adopción, entendiendo por tal la plena y total integración del menor en el círculo familiar y social donde deberá convivir los años siguientes a la adopción. Es en la adopción internacional donde se pueden producir mayores riesgos de inadaptación de los menores adoptados con su nueva familia, con la cual va a convivir en un entorno cultural distinto.

De esa forma, en el C.H confluyen todas las citadas concepciones. La preocupación esencial del C.H de 1993 se centra en la intervención de las Autoridades Centrales, normalmente entes de naturaleza administrativa, cuya actividad se dirige a estos dos planos: la adecuación de los sujetos de la adopción y el control de los mediadores privados en los procesos de adopción, a esto se le une la preocupación por cuestiones propias de la transnacionalidad

¹⁴ Los Estados contratantes y firmantes se pueden consultar en <http://www.hcch.net> para mantenerse actualizados. A fecha de marzo de 2018, son Estados contratantes: Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bielorrusia, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Canadá, Chile, China, Chipre, Corea, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Filipinas, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, India, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Kazajistán, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Malta, Mauricio, México, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Rusia, Serbia, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Turquía, Uruguay, Venezuela, Vietnam y Zambia.

de la adopción: salida y entrada del menor y el desplazamiento del mismo de uno a otro Estado.

Como se puede observar, son parte del mismo, tanto Estados considerados “de origen” de los menores como “Estados de recepción”. Esto supone, además de un gran éxito de ratificaciones y adhesiones, asegurar una efectiva puesta en práctica de los objetivos convencionales.

El C.H de 1993 delimita su ámbito de aplicación material en función de dos variables (art. 2 CH 1993¹⁵): 1.El desplazamiento transfronterizo de un menor entre dos Estados contratantes, y 2.La institución adoptiva. Al respecto es necesario realizar los siguientes comentarios.

A) El desplazamiento de un menor

El C.H. de 1993 se aplica cuando un menor se desplaza entre dos Estados contratantes. La finalidad de dicho desplazamiento debe estar relacionada con una adopción internacional, presente o futura:

a) Será futura cuando el menor sea desplazado hacia el Estado de recepción antes de constituir la adopción. Esta futura adopción, para que sea aplicable el C.H. de 1993, sólo puede tener lugar bien en el propio Estado de recepción o bien en el Estado de origen.

b) Será presente cuando el desplazamiento tenga lugar tras la constitución de la adopción. Sin embargo, según el tenor literal del C.H. de 1993, sólo se contempla el supuesto de desplazamiento del menor ya adoptado cuando la adopción ha sido constituida en el *Estado de origen*, no cuando el desplazamiento del menor tiene lugar tras haber sido constituida la adopción en el Estado de recepción.

B) Adopciones a las que se aplica el Convenio de La Haya de 1993.

El art. 2.2 CH 1993 establece la aplicación del Convenio a las adopciones que establecen un *vínculo de filiación*. Con esta formulación, el Convenio define a la institución adoptiva por referencia, solamente, a su efecto jurídico principal.

La aplicación del Convenio de La Haya de 1993 no conlleva, en ningún caso, la constitución de una adopción que no se adecue con el modelo de adopción imperante en los dos Estados más relacionados con el supuesto (Estado de origen y Estado de recepción). En efecto, la ratificación del C.H.de 1993, no implica para los Estados partes, la unificación de sus normas materiales ni de

¹⁵ Art. 2. CH 1993: 1 “El Convenio se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (“el Estado de origen”) ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante (“el Estado de recepción”), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen. 2. El Convenio sólo se refiere a las adopciones que establecen un vínculo de filiación”.

Derecho Internacional Privado sobre la adopción, sino que cada Estado mantiene sus propias concepciones.

2.3.2. Derecho comunitario

a) Carta Europea de los derechos del niño

El Parlamento Europeo reconoce en la Carta Europea de los derechos del niño¹⁶ la importancia que la infancia tiene como etapa de la vida de una persona, el papel de la familia en la satisfacción de las necesidades de los niños y el hecho de que tales necesidades engendran una serie de derechos para la infancia y, en consecuencia, obligaciones para la familia, el Estado y la sociedad.

Partiendo de la Convención de los Derechos del Niño, plantea que la infancia en Europa tiene unos problemas específicos, entre los que hay que tener en cuenta aquellos derivados del proceso de integración comunitaria. Por ello considera que sería necesario contar con instrumentos jurídicos propios del ámbito europeo que garanticen los derechos de la infancia. Así mismo, destaca la relevancia del papel de la figura del defensor de los derechos del niño, tanto en los Estados Miembro, como a nivel comunitario y manifiesta a la Comisión la necesidad de aprobar una Carta Europea de Derechos del Niño que contenga los 44 principios básicos sobre los cuales gira el resto del texto.

Entre estos, junto con los derechos recogidos en la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, se mencionan otros aspectos, como los relacionados con la minoría de edad penal; la atención a las necesidades de los hijos e hijas pequeños y pequeñas de reclusos/as a los que deberá garantizarse, en todo caso, la escolarización externa; la protección contra la droga; el trabajo infantil en los contextos europeos en los cuales éste es más frecuente; y la garantía de un salario en igualdad de condiciones en relación con los adultos para los/as adolescentes entre dieciséis y dieciocho años trabajadores/as.

El Consejo de la Unión Europea¹⁷ ha desarrollado igualmente instrumentos para la protección del menor; entre ellos los referidos a la escolarización de los hijos de los trabajadores migrantes (1977), la integración de los niños y jóvenes con discapacidad en los sistemas educativos ordinarios (1990), la protección de los jóvenes en el trabajo (1994), y la lucha contra la explotación sexual y los malos tratos a los niños (1997). Sin embargo, gran parte de esta legislación ha tomado forma de recomendaciones a los Estados miembros, sin tener un carácter obligatorio ni directamente aplicable en los marcos nacionales. De ahí

¹⁶ Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE nº C 241, de 21 de septiembre de 1992). Fue Aprobada por el Parlamento Europeo, en fecha 8 de julio de 1992. Es una resolución con carácter Internacional y que se encuentra en castellano. La Fuente oficial: A3-07172/92.

¹⁷ El Consejo de la Unión Europea fue creado en 1958 y su función es la de representar a los Gobiernos de los Estados miembros y adoptar la legislación.

que las propias instituciones de la Unión Europea (de ahora en adelante UE), pusieran de manifiesto la necesidad de reforzar las medidas de protección al menor en el ámbito comunitario y de los Estados. El compromiso de la UE a través de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, unido al fortalecimiento de la política común de justicia y seguridad, darán lugar a un impulso a la política comunitaria en materia de infancia.

b) La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Fue formalmente proclamada en Niza en diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. Fue enmendada y proclamada por segunda vez en diciembre de 2007, y en diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, adquirió el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados. La Carta de los Derechos Fundamentales reconoce una serie de derechos personales, civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos y residentes de la UE, consagrándolos en la legislación comunitaria¹⁸.

La Carta dedica su artículo 24 a los derechos del menor: “1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Esta 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”.

c) Tratado de la Unión Europea, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y Directrices de la Unión Europea sobre los derechos del menor

Los niños son titulares de derechos, no simples sujetos objeto de protección. Disfrutan de todos los derechos humanos y todos los derechos fundamentales y están sujetos a una regulación especial, debido a sus características específicas.

El Tratado de la UE (en adelante TUE) reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE de 7 de diciembre de 2000. Así pues los Estados miembros deben cumplir cada uno de ellos incluidos los de los niños, que como se ha mencionado anteriormente vienen detallados en el artículo 24 de dicha Carta.

¹⁸ ALEMÁN BRANCHO, C. (2014), “Políticas públicas y marco de protección jurídica del menor en España”. UNED. *Revista de Derecho Político*. Núm. 90, págs. 97-134.

En cuanto al Tratado de funcionamiento de la UE (en adelante TFUE), el artículo 10 establece que la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Así como adoptar acciones adecuadas para que esto no suceda.

Finalmente, las Directrices tienen como objetivo establecer un marco para la UE con el fin de garantizar que los derechos del menor se tengan en cuenta en todas sus políticas y acciones exteriores. Refuerzan las actividades de la UE para la promoción y protección de los derechos del menor en sus relaciones exteriores y favorecen un enfoque global y estratégico de estas cuestiones. Complementan, asimismo, las directrices de la UE relativas a los niños y los conflictos armados y la Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño.

Las actuaciones generales para aplicar estas Directrices incluyen:

- Animar a los países de fuera de la UE a adherirse a los instrumentos y las normas internacionales y a cooperar con organismos como las Naciones Unidas y el Consejo de Europa.
- Fomentar el refuerzo de la protección de los derechos del menor en países de fuera de la UE, mediante la elaboración de estrategias y el refuerzo de los mecanismos existentes.
- Mejorar los procesos y las estructuras de seguimiento (como las bases de datos).
- Ofrecer más recursos para la promoción y protección de los derechos del menor.
- Luchar contra la violación de los derechos del menor y poner fin a la impunidad existente.
- Fomentar la participación de los niños en la toma de decisiones y la aplicación de las políticas que los conciernen.
- Aumentar la capacidad de la familia y de los demás responsables de los niños para que cumplan su función por lo que se refiere a la protección de los derechos del menor.
- Fomentar los programas de sensibilización respecto a los derechos del menor mediante la promoción de campañas de integración de los derechos del menor en los programas escolares.

2.3.3. Ordenamiento jurídico español a nivel estatal

a) Introducción

El Código Civil es el cuerpo legal que regula sustancialmente las materias jurídicas civiles de carácter común en España. Además, es la primera norma

legal en España donde se regulan algunos de los derechos y deberes de los menores de edad.

La primera referencia que se hace al menor en el Código Civil, es la relativa a la personalidad y capacidad (artículos 29, 30, 31, 46 y 48). De estos preceptos se desprende que el nacimiento determina la personalidad, por lo que el niño ya es titular de derechos y deberes. La segunda referencia se encuentra en los artículos 90 al 96, y es la relativa a los efectos que producen los procedimientos de nulidad, separación y divorcio en los hijos, así como las medidas provisionales referentes a estos. La tercera referencia es a la paternidad y filiación, regulación de la que se deduce que los padres están obligados a velar por los hijos menores de edad, así como a proporcionarles alimentos. Además también se indican los deberes que los hijos tienen con sus padres (artículo 155). También se regula la adopción y otras formas de protección de menores (artículos 172 a 180), así como la tutela y guarda de menores, referidas a una protección estable del menor (artículos 215 a 285). Y finalmente se habla de la mayoría de edad y de la emancipación.

Con la aprobación de la Constitución Española de 1978, se pone de manifiesto el deber de los poderes públicos de protección del menor y salvaguarda de su bienestar, el cual aparece recogido en ella en el art. 39. Dicho artículo establece: 1) La obligación de los poderes públicos de asegurar la «protección social, económica y jurídica de la familia»; 2) La protección integral de los hijos, en situación de igualdad con independencia de su filiación y el estado civil de la madre; 3) El deber de asistencia de los padres a los hijos; y 4) El desarrollo de los instrumentos jurídicos y medidas para hacer efectivos los acuerdos internacionales que velan por los derechos del niño. Pero ahí no acaba la atención que presta nuestro texto constitucional a la infancia. Existen referencias que de forma explícita o implícita recogen el deber de protección y bienestar a este sector, entre ellas, el art. 20.4, que señala como límite a la libertad de expresión la «protección de la juventud y de la infancia». Y referencias implícitas, como el artículo 27, sobre el derecho al desarrollo de la personalidad a través de la educación, así como otros preceptos que garantizan diversos aspectos del bienestar del niño (arts. 43, 45, 47 y 49).

Así, la Constitución española reconoce el estatus jurídico del menor en tanto que ciudadano y en tanto que hijo. Por ello, a partir del reconocimiento constitucional, se inicia un periodo legislativo dirigido a regular y a establecer los derechos de la infancia como conjunto de garantías sociales, civiles y políticas para todos los menores españoles. Entre las iniciativas jurídicas más relevantes, se encuentra sin duda, la reforma de 1987, concretamente la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil en materia de adopción, acogimiento familiar y otras formas de protección y, sobre todo, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996.

Con anterioridad a la actual etapa democrática, la protección al menor había sido regulada a través del Decreto de 2 de julio de 1948, por el que se refundió la legislación en materia de protección de menores. Una vez iniciado el nuevo periodo, se aplicaron sobre dicho texto numerosas modificaciones parciales y multiplicidad de medidas legales. Así, la Ley de 13 de mayo de 1981 abordará el establecimiento de un trato igualitario de derechos y deberes entre los hijos; la Ley de 24 de octubre de 1983, llevará igualmente a una reforma del Código Civil en el tratamiento de la materia de tutela y guarda de menores. Posteriormente se regulará sobre materias como el exhibicionismo y provocación sexual en relación con los menores (1992) o el respeto a los derechos del niño en el ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (1994). Mayor importancia tuvo la Ley 21/1987, de 11 de noviembre. Su texto sustituye el concepto de abandono por el de desamparo, agilizando los procedimientos de protección al menor. Introduce asimismo la consideración de la adopción como un elemento de plena integración familiar y da entrada en nuestro ordenamiento jurídico al acogimiento familiar. Por todo ello, la aportación fundamental reside en la introducción de un nuevo modelo de protección a la infancia.

b) La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor

En el ordenamiento jurídico español rige la protección de menores en cumplimiento del mandato constitucional dirigido a los poderes públicos encargados de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, en especial de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, destacando la Convención de los Derechos del Niño de 1989, que marca el inicio de una nueva concepción del menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad.

Para dar cumplimiento a dicho mandato y a los acuerdos internacionales que proclaman los derechos de los niños y las niñas, el legislador estatal, en el marco de sus competencias, ha regulado las instituciones jurídico-públicas y privadas sobre las que se asienta la protección del menor. En consecuencia, en los últimos años se ha llevado a cabo un importante proceso de renovación del ordenamiento jurídico, y poco a poco han ido incorporándose diferentes leyes en materia de menores para dotar al sistema de protección de mayor eficacia y garantías en atención al desarrollo integral de los menores.

El resultado, cuyo máximo exponente es la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (de ahora en adelante LO 1/1996), es un marco regulador que garantiza a los menores una protección uniforme en todo el territorio, y que ha servido de referencia a la legislación que las Comunidades Autónomas han sido aprobadas de acuerdo con su competencia en materia de asistencia social, servicios sociales y protección pública de menores.

Es esta Ley la que introdujo importantes modificaciones en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta Ley reconoce la necesidad de dar solidez a los derechos de la infancia, gestados en torno a las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad. Considera a los menores como sujetos de derechos «activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social, de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás» (Exposición de motivos).

La LO 1/1996, replantea la situación del menor desamparado en el Derecho privado común. Dicha ley integra dentro de sus instituciones, figuras y entidades ya reguladas con detalle en la legislación administrativa autonómica; en concreto, los servicios sociales del menor.

La LO 1/1996, de 15 de enero, nace para solucionar determinadas carencias y problemas que nuestra legislación planteaba en torno a la tutela y guarda de los menores por las Entidades Públicas y a la adopción internacional. Posteriormente, su alcance se extendió hacia una regulación general de los derechos del menor y otros aspectos como la limitación de su capacidad y los principios de actuación de los poderes públicos en relación con ésta, para así dar respuesta a las nuevas necesidades y demandas de la sociedad.

Las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño, y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción de los derechos humanos de la infancia.

El ámbito de aplicación de la Ley son “los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español” (art. 1). La declaración de la minoría de edad a los sujetos que nunca tengan los 18 años no es algo inusual, ya que las leyes de nuestro país así la establecen para aquellos sujetos que no tengan 18 años cumplidos, como así determina, a “contrario sensu” el art. 12 de la Constitución de 1978 y el art. 315 del CC.

La LO 1/1996 refleja una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos. Establece una serie de obligaciones de los ciudadanos y un deber de reserva en cuanto al trato de los menores.

En la exposición de motivos de la norma se indican los problemas y circunstancias de la nueva ley, entre las que destacan: I. La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, introdujo cambios sustanciales en el ámbito de la protección del menor, reformó nuestra legislación civil en materia de adopción y de acogimiento, sobre todo en cuanto a la agilidad, tipos y garantías del procedimiento. Esta Ley supuso un gran avance, pero su aplicación puso de manifiesto determinadas lagunas. II. La necesidad de una Ley general que ofreciera una regulación dirigida al “reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de

edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos”. **III.** La regulación de unos “principios generales de actuación frente a situaciones de desprotección social” no sólo de los poderes públicos sino también de toda persona que detectare una situación de riesgo o de desamparo. Situaciones estas diferentes que suponen un distinto nivel de actuación por parte de los poderes públicos y una separación o no del menor del núcleo familiar. **IV.** Entra también la Ley en la adopción internacional de niños extranjeros por adoptantes españoles, fenómeno en auge, de forma que trata de garantizar la idoneidad de los adoptantes españoles mediante la intervención de nuestro Estado, a través de las funciones de una serie de entidades públicas competentes, procurando también que las agencias privadas que la ofrecen guarden una serie de requisitos.

Señala la norma que toda persona o autoridad y especialmente aquellos que por su profesión o función detecten una situación de maltrato, de riesgo o de posible desamparo de un menor, lo deben comunicar a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise el menor.

Es más, la ley llega a proteger en este sentido no sólo la situación de maltrato, riesgo o desamparo, sino también otras obligaciones existentes respecto a los menores, como es el hecho de la escolarización. De esta manera indica la ley que 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, debe ponerlo en conocimiento de las autoridades públicas competentes para que estas adopten las medidas necesarias para su escolarización.

Además de las obligaciones ya mencionadas relativas a la protección jurídica del menor, de denunciar las situaciones de maltrato, riesgo y desamparo de un menor, o la de falta de escolarización, existe otra obligación relacionada con la libertad e indemnidad sexual, la trata de seres humanos o la explotación de menores.

Toda persona que tuviera noticia, a través de cualquier fuente de información, de un hecho que pudiera constituir un delito contra la libertad e indemnidad sexual, de trata de seres humanos, o de explotación de menores, tendrá la obligación de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación procesal penal.

En cuanto a la obligación de reserva, señala la ley que las autoridades y las personas que por su profesión o función conozcan el caso, deben actuar con la debida reserva.

Esto significa que en las actuaciones se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor.

Esta ley señala que es requisito para el acceso y ejercicio a las profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores, el no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual, que incluye la agresión y abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores, así como por trata de seres humanos.

Para verificar este requisito, quien pretenda el acceso a tales profesiones, oficios o actividades deberá acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales, que hasta que esté operativo en toda España, podrá ser sustituido por una certificación negativa del Registro Central de Antecedentes Penales.

La LO 1/1996 sufre modificaciones en el año 2015. Esta reforma nace con el objetivo básico de adaptar la legislación en materia de protección de menores a los cambios sociales y constituir una referencia para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia, haciendo efectivo el art. 39 CE y los instrumentos internacionales ratificados por España, reforma que estaba siendo reclamada desde diferentes entidades (Fiscalía General del Estado, Defensor del Menor, etc.).

La reforma está integrada por dos normas, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, y la Ley Orgánica 8/2015 que introduce los cambios necesarios en aquéllos ámbitos considerados como materia orgánica, al incidir en ciertos derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidos en la Constitución.

Las modificaciones más importantes afectan a la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, al Código Civil, a la Ley de Adopción Internacional y a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, aunque en realidad quedan afectadas por la reforma un total de 21 normas.

Entre las modificaciones o aportaciones de la reforma, destacan las siguientes:

- Se concreta el concepto jurídico indeterminado de “interés superior del menor”.
- Se introduce un capítulo muy esperado sobre los «Deberes del menor», en el que se reconoce a los menores como titulares, no solo de derechos, sino también de deberes. En este sentido, se regulan los deberes de los menores en general y en los ámbitos familiar, escolar y social en particular.
- Se refuerza la posición del menor frente a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata de seres humanos y explotación de los menores, estableciendo el deber de toda persona que tuviera noticia de un hecho que pudiera constituir un delito de este tipo de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. Se establece, además, como requisito para poder

acceder a una profesión que implique contacto habitual con menores, no haber sido condenado por uno de aquellos delitos.

- Se refuerza la protección de los menores en casos de violencia de género hacia sus progenitores, aun cuando no hayan tenido la condición expresa de víctimas.
- Se lleva a cabo una reforma de las instituciones de protección a la infancia bajo el principio rector de prioridad a las medidas estables frente a las temporales, a las familiares frente a las residenciales y a las consensuadas frente a las impuestas.
- Se definen a nivel estatal las situaciones de riesgo y desamparo, se simplifica la constitución del acogimiento familiar, de forma que no será preceptiva la intervención de un juez y se establece la obligación de la Administración de preparar para la vida independiente a los jóvenes ex tutelados.

2.3.3. Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de responsabilidad penal de los menores

La característica más significativa del Derecho Penal de menores es la de ser un sector del ordenamiento jurídico que no se dirige a la totalidad de los ciudadanos, sino únicamente a los menores de edad de catorce a diecisiete años. Aunque comparte el mismo presupuesto que el Derecho penal adulto, es decir, que para ser aplicado se haya cometido un delito, difiere en la consecuencia jurídica, dado que, atendiendo al periodo evolutivo en el que se encuentra el menor, no se le impondrán penas sino medidas educativas caracterizadas por la flexibilidad en su imposición y posterior ejecución y ello en base al principio que guía todo el proceso, el interés superior del menor.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (de ahora en adelante LORPM) supone la efectiva asunción por nuestro ordenamiento de unos principios básicos en materia de responsabilidad penal asociada a la delincuencia juvenil. Se parte de la consideración del menor como un sujeto en proceso de formación, lo que determina que la respuesta frente al delito cometido no pueda ser la misma que la de un adulto, sino que deba estar orientada a la educación y formación del menor, así como a la efectiva reinserción.

La LORPM se encuentra en vigor desde el 13 de enero de 2001. Esta ley constituía una necesidad impuesta por lo establecido en la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores

Se elaboró para exigir la responsabilidad penal de aquellos menores con edades comprendidas entre los 14 y 18 años que hubieran cometido algún delito o falta tipificados como es tal en el Código Penal y en las restantes leyes penales especiales.

Desde su entrada en vigor ha sido objeto de varias reformas, siendo la última la producida mediante Ley Orgánica 8/2006, que ha tenido como objeto político-criminal endurecer la respuesta penal a los menores de edad entre 14 y 18 años. Esta reforma ha eliminado la aplicación de la ley a los mayores de 18 y menores de 21 años, así como se ha posibilitado que, a partir de la mayoría de edad, el cumplimiento de las medidas se efectúe en Centros Penitenciarios destinados a personas adultas.

Esta Ley fue elaborada siguiendo unos principios generales que son los siguientes: naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los menores de edad; reconocimiento expreso de todas las medidas aplicables a los menores de edad; reconocimiento de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del menor; diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores en la categoría de infractores menores de edad y flexibilidad en la adopción.

Esta Ley se distingue de la aplicada a los adultos fundamentalmente en el carácter primordial de la intervención educativa.

Tras 5 años desde su publicación en 2005, se aconsejó la modificación de la Ley basándose en un balance que revela un aumento de los delitos especialmente graves (homicidios o agresiones sexuales) cometidos por menores, que causan una preocupación social. A la vista de estos datos el Gobierno decidió promover una serie de mejoras en la Ley. Sin embargo, en la exposición de motivos se afirma que "se reconoce que no han aumentado significativamente los delitos de carácter violento, aunque los recientemente acontecidos han tenido un fuerte impacto social". Se puede deducir, por tanto, que las modificaciones fueron promovidas más por la presión social que por la necesidad real.

2.3.4. Legislación autonómica: el caso de la Comunidad Valenciana

a) Antecedentes históricos

En la Comunidad Valenciana la protección del menor tiene una larga trayectoria histórica. En la Edad Media aparece la figura del "Jutge i Pare d'Orfes", como institución en materia de tutela de menores más importante creada por Pedro IV "El Ceremonios" de Aragón, en Valencia. En efecto, el 6 de marzo de 1337 mediante el Privilegio "Aureum Opus" dado a Valencia, se establece el oficio de curador de huérfanos. Con la creación de esta figura se pretendía que los "orfes" estuvieran protegidos y se procurase, en cierta medida, una forma de reinserción.

Esta institución se encarga de recoger a los niños vagabundos, huérfanos o abandonados que se encontraban por las calles para ingresarlos en la llamada "Casa Común", un lugar donde recibían formación para aprender un oficio y poder ganarse la vida. Para llevar a cabo su labor, un encargado recorría las calles de la ciudad recogiendo a los "orfes" y llevándolos a la "casa común". Si tenían padres y se veía conveniente, se les devolvía, advirtiendo a los progenitores que de no cumplir bien su misión educativa perderían la patria potestad de los hijos y serían expulsados del Reino.

En consecuencia, esta institución perseguía la extinción de la mendicidad, desempeñando el cargo dos personas que, nombradas por el "Justicia en lo civil" por un año, debían ocuparse de la esfera personal de los huérfanos aun cuando tuviesen parientes y por más que éstos se opusieran.

El "Pare d'Orfes" a partir de 1383 se ocupaba también de los bienes de los huérfanos. Finalmente, sería en 1447 cuando definitivamente queda constituido el Tribunal del Curador, Padre y Juez de Huérfanos de la ciudad de Valencia, produciendo notables beneficios a los acogidos.

Esta figura subsistió pese a las transformaciones políticas que se sucedieron en los siglos siguientes, siendo confirmada a través de los distintos Privilegios. Incluso llegó a pasar por algunas etapas en las que pierde un cierto prestigio, debido a la especulación y comercio del cargo.

Esta institución, considerada el primer Tribunal Tutelar, perduró durante cuatro siglos, hasta que Carlos IV, el 11 de diciembre de 1793 expide una Real Orden por la que se extingue el Tribunal del Padre de Huérfanos, transfiriendo sus competencias y entregando sus archivos al Director de la Real Casa de la Misericordia.

b) El "Libro Blanco del menor" y primera regulación autonómica

Ya en tiempos modernos, y en el actual Estado autonómico, en 1987 la Generalidad Valenciana publica el denominado "Libro Blanco del menor" que recoge los principios inspiradores de su política social en el ámbito de la infancia y de la juventud y marca las pautas a seguir en los distintos programas de prevención, defensa, y en su caso, reinserción del menor. En este sentido, cabe destacar que la tarea a desarrollar por parte de los poderes públicos no solo ha de ser meramente subsidiaria, sino que, por el mandato constitucional, también ha de complementar la labor llevada a cabo en el seno de la familia, respetando siempre la autonomía de la misma. Todo ello concretado al supuesto de hecho y aplicando el principio del supremo interés del menor. Desde este punto de vista, las medidas a adoptar por parte de los poderes públicos deben ser, en primer lugar, complementarias de la familia, dirigiéndose a consolidar los vínculos afectivos del menor en el seno de aquélla. Cuando estas medidas se agoten

cabrá un planteamiento sustitutivo de la familia, con el fin de crear al menor, de forma transitoria, un ambiente familiar apropiado¹⁹.

La primera normativa en la que se plasman estos principios es la Orden de 20 de marzo de 1986, que estableció el recurso de familias educadoras, previsto cuando el trastorno familiar responda a circunstancias de estricta transitoriedad, en tanto en cuanto se abordan las circunstancias que generaron la separación.

Posteriormente, el Decreto 23/1988, de 8 de febrero, sobre medidas de protección de menores en situación de desamparo, señala como principios inspiradores de su regulación los siguientes:

1. El principio de integración familiar proyectado sobre la concepción de las medidas tutelares.
2. El beneficio e interés del niño.
3. La situación de las medidas en el interior de los sistemas de protección social.

c) La Comunidad Valenciana como pionera en la regulación de la materia de menores: la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de la Infancia

La Comunidad Valenciana ha sido pionera en la búsqueda de soluciones a la problemática de los menores. La competencia en materia de menores está presente en el Título IV, art. 49 del Estatuto de Autonomía de 1982²⁰. En la Comunidad Valenciana hacía falta una ley que tuviera por objeto regular de forma integral la actuación de las instituciones públicas valencianas, los agentes sociales y los ciudadanos, en orden a procurar la atención e integración de los niños y niñas en todos los ámbitos de convivencia, lo que se consigue con la entrada en vigor de la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de la Infancia (de ahora en adelante Ley 7/1994).

Esta Ley llenó un vacío en el ámbito de la intervención del menor, que hasta ese momento se estaba cubriendo mediante decretos puntuales para realizar programas de actuación en relación con los menores, pero sin que estos decretos ofrecieran una perspectiva real de lo que estaba sucediendo en nuestra Comunidad Valenciana en materia de menores.

¹⁹ MARÍN GARCÍA, T. (2008) "La protección de los menores en la Comunidad autónoma valenciana". *Revista de derecho civil valenciano*. <http://derechocivilvalenciano.com/estudios/derecho-de-la-persona-y-la-familia/item/187-proteccion-de-los-menores-en-la-comunitat-valenciana-por-teresa-marin-garcia-de-leonardo>

²⁰ El Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana aprobado en 1982, tuvo su última reforma en el año 2006.

En ese momento la situación legal de los menores era muy ambigua. Esta situación se daba porque la antigua legislación, que se remonta a 1948²¹, había quedado inactiva. Desde la reforma del Código Civil sobre el enjuiciamiento civil en materia de adopción, no había ningún texto legal que articulara mínimamente la protección de la infancia a nivel estatal. Además, la Ley 4/1992 sobre competencias y procedimientos de los Juzgados de Menores había modificado procedimientos de actuación judicial en materia de menores de dieciséis años, y el cumplimiento de los acuerdos del Juez quedaba encomendado a las entidades públicas, pero sin especificar cómo.

Es por ello que la Comunidad Valenciana fue una de las primeras Comunidades Autónomas que reguló la protección social del menor mediante la Ley 7/1994, cuando fueron transferidas las competencias en este ámbito, a partir de la modificación de determinados artículos del Código Civil la Ley 21/1987, de 11 de noviembre.

La Ley 7/1994 tiene un ámbito de aplicación más amplio, en el sentido de que abarcados niveles fundamentales: el nivel primario de carácter general, que se dirige a toda la población infantil, y el nivel especializado, de alto contenido técnico y profesional, que se dirige a los niños con necesidades sociales y familiares específicas. Esta tiene por objeto la política integradora, preventiva, compensadora y de sensibilización social a través de los mecanismos de planificación, programación y evaluación conjunta entre todas las administraciones públicas y las instituciones sociales, que tenía como eje el Plan de Atención a la Infancia. Por lo que, los dispositivos de atención a la infancia en situación de riesgo, desamparo e inadaptación han de responder a una triple demanda: a) Atender a las transformaciones de los riesgos que pesan sobre la condición de niño; b) Garantizar una oferta de calidad y una promoción de oportunidades para la infancia desfavorecida; y c) Configurar una ordenación integrada y coherente de los diferentes sistemas administrativos que se ocupan del niño.

La Ley fija los distintos niveles de intervención mediante un diseño de las responsabilidades de cada administración pública. Se propone así identificar las competencias de cada administración atendiendo a criterios de responsabilidad

Podemos afirmar que la Ley 7/1994 tiene dos partes fundamentales. El preámbulo y el título preliminar pueden considerarse el cuerpo básico doctrinal. En esta primera parte aparecen los grandes principios que justifican la aparición de la Ley y que definen el alcance de la misma. Además, se matizan conceptos clave (situación de riesgo, de desamparo e inadaptación), y se definen y precisan quiénes son los agentes de atención a la infancia. También se incluye un nivel más institucional, pues regula las funciones de la Generalitat Valenciana, las

²¹ Decreto de 11 de junio de 1948: «Texto refundido sobre la legislación de Tribunales Tutelares de Menores»

Corporaciones Locales, las Unidades de Convivencia, las Instituciones de Integración Familiar, y la misma Infancia. El título primero presenta el Plan Integral de Atención a la Infancia (P.I.A.I). Se trata de un proceso de planificación interdepartamental conjunto que comprende los ámbitos sociales, culturales sanitarios y de preparación al mundo laboral. Este Plan es lo más novedoso de la Ley.

La segunda parte está compuesta por los títulos segundo y tercero. En el título segundo con el fin de implantar las medidas de prevención y defensa, asistencia y rehabilitación, y resocialización e inserción se estructuran los distintos tipos de programas de atención al niño que podrán dar cuerpo al PIAI, y que son: información, accesibilidad, cooperación, convivencia y reinserción. Y para finalizar en el título tercero se hace una breve referencia a la necesidad de evaluación y control de los programas.

La Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de protección de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana, deroga esta normativa, siendo su pretensión no solo actualizadora y armonizadora, sino que aspira a plasmar en la misma la dilatada experiencia existente en nuestra Comunidad en materia de protección al menor de edad.

d) La legislación vigente: la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de protección de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana

Como sabemos la Comunidad Valenciana fue una de las primeras en contar con una moderna Ley autonómica en materia de protección social del menor, como fue la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de la Infancia. Pero la sociedad cambia y las leyes se han de adaptar a ella. Es por ello, que la Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de protección integral de infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana (de ahora en adelante Ley 12/2008) deroga la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de la Infancia.

La Ley 12/2008 se propone la protección integral del menor en toda su extensión, esto es, abordando una regulación completa de los distintos órdenes competenciales que la Generalitat tiene en el ámbito de la protección del menor.

Esta Ley se publica en el DOCV del 10 de julio de 2008 y tiene como finalidad regular la protección integral de la infancia y la adolescencia, la promoción y el desarrollo de los derechos básicos del menor, regulando de manera integral y sistemática el reconocimiento, la promoción y el desarrollo de las modernas tendencias y orientaciones sobre la protección de la infancia y la adolescencia.

La Ley 12/2008, contiene un marco normativo que fija las políticas y actuaciones administrativas. Los “principios rectores” de las mismas son: **I.** El interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo concurrente. **II.** No discriminación por razón de nacimiento, sexo, nacionalidad, etnia, religión,

lengua, cultura, opinión, discapacidad física, psíquica o sensorial, condiciones personales, familiares, económicas o sociales, tanto propias del menor como de su familia. **III.** Integración social del menor en todas las medidas de prevención y protección que se adopten en relación con él, las cuales deberán contar con la colaboración del menor, su familia y las instituciones públicas y privadas. **IV.** Permanencia o reagrupación familiar, procurando, en la medida de lo posible, la unidad familiar.

Las “líneas de actuación” establecidas en la citada ley son: **I.** La promoción y defensa de los derechos individuales y colectivos reconocidos a los menores en la Constitución, Tratados y acuerdos internacionales ratificados por el Estado español, la Carta de Derechos del Menor de la Comunidad Valenciana y demás normas que componen el ordenamiento jurídico. **II.** El desarrollo de políticas familiares de apoyo y asistencia, para que la familia pueda asumir plenamente sus responsabilidades respecto a los menores. **III.** La intervención de carácter educativo, social y terapéutico en la actuación con menores. **IV.** La educación de los menores en los valores de solidaridad, tolerancia, igualdad y respeto a los principios democráticos y de convivencia. **V.** El desarrollo de políticas de prevención y la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten la formación y el desarrollo integral de los menores. **VI.** El impulso de la iniciativa privada y la participación social en las actuaciones que desarrollen las Administraciones Públicas. **VII.** La coordinación de las distintas Administraciones Públicas de la Comunidad Valenciana en el ámbito de la defensa y protección del menor.

La Ley tiene como objeto el reconocimiento y la protección de los derechos básicos del menor, especialmente los contenidos en la «Carta de Derechos del Menor de la Comunidad Valenciana», concibiendo a los menores como sujetos activos de derechos; el establecimiento del conjunto de medidas, estructuras, recursos y procedimientos para la efectividad de la protección social y jurídica del menor en situación de riesgo o de desamparo y para la efectividad de la aplicación de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores; las medidas de coordinación y colaboración de las distintas administraciones públicas y entidades colaboradoras, en el ámbito de la protección integral del menor y de la familia.

El deseo del legislador, como se aprecia en el artículo 6 de la Ley, es que las líneas de actuación se articulen mediante políticas integrales con la necesaria actuación coordinada de todos los sectores públicos implicados directa o indirectamente en la protección del menor.

Se trata en definitiva, de hacer efectivos los derechos y libertades del menor. Por ello establece la ley que la protección comprende el conjunto de acciones que debe realizar la Generalitat, las Administraciones Locales y las entidades públicas y privadas colaboradoras para prevenir, evitar y atender las situaciones

de riesgo y de desamparo en que se encuentre el menor, garantizando, en todo caso, su desarrollo personal y su integración social.

Téngase en cuenta que ya ha sido aprobada por el gobierno valenciano en enero de 2018 el proyecto de Ley de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana. Esta futura Ley vendrá a sustituir la presente Ley 12/2008 en esta materia.

El nuevo texto tiene como objetivo ir más allá de la función protectora que las administraciones públicas y la sociedad en general tiene sobre la infancia y avanzar en la garantía e implantación de sus derechos.

Entre las principales novedades introducidas por esta reforma figuran la regulación de la situación de riesgo y su declaración, se elimina el límite de edad para que se escuche la opinión de los niños y niñas antes de dar el consentimiento informado en los tratamientos médicos y se fija la obligación de los padres, madres o tutores a escuchar y respetar sus opiniones en referencia a la libertad de ideología, conciencia o religión.

Asimismo, se reconoce por primera vez el derecho a la identidad y a la expresión de género y en la esfera pública se garantiza que las administraciones tendrán que consultar la opinión de la infancia y la adolescencia en aspectos que les afecten como las políticas de ocio educativo o el diseño urbano de los municipios, adoptando las consultas públicas para que puedan participar.

3.LA CARTA DE DERECHOS GENÉRICOS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN LA LEY 12/2008 VALENCIANA

3.1. Introducción

La Carta de Derechos Genéricos de la Infancia y la Adolescencia se integra por dos tipos de derechos. Por una parte, los derechos genéricos y por otra los derechos específicos. En cuanto a los derechos genéricos estamos ante un elenco de derechos cerrados. Ello se debe a que se produce un reconocimiento genérico de los derechos fundamentales y libertades públicas que aparecen en el Título I de la CE, que se denomina “De los derechos y deberes fundamentales” pero en esta Ley aplicados a los menores de edad, concibiendo a los menores de edad como sujetos activos de derechos.

En cuanto a los derechos específicos podemos señalar que son un elenco de derechos abiertos, debido a que este tipo de derechos se pueden ampliar según la evolución de la sociedad en la que se vive, por lo que es posible la incorporación de nuevos derechos específicos en las posibles modificaciones de la Ley o en futuras leyes que traten sobre los derechos de los menores.

El art. 7 de la Ley indica que los niños y adolescentes gozarán de los derechos de los Tratados Internacionales que han sido ratificados por España. Se reconoce a las personas por el mero hecho de serlo y, en especial, los derechos reconocidos en la Convención de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, por lo que se realiza una remisión a las normas internacionales que ya se han citado en el capítulo anterior.

Además en este artículo también se indica que en cuanto a los derechos y garantías de los menores se atenderá a la norma que en cada momento rija la materia. Se alude así a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Leyes orgánicas de ordenación de derechos específicos y Leyes básicas, ya analizadas en el capítulo II.

La Ley 12/2008, de 3 de junio, de la Generalitat, de Protección de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad Valenciana, se compone de un preámbulo, ocho títulos, a su vez divididos en diferentes capítulos, además de disposiciones adicionales, derogatorias y finales.

En esta Ley se establece la obligación de velar por el respeto efectivo de los derechos de la infancia y la adolescencia reconocidos en la Constitución, en los Tratados Internacionales, en esta Ley y en el resto del ordenamiento jurídico. Se trata de una responsabilidad de toda la ciudadanía y, muy particularmente, de los poderes públicos, que también tienen la obligación de defenderlos y promoverlos.

En este sentido, las Administraciones Públicas garantizarán la promoción y defensa de los derechos individuales y colectivos de las personas menores reconocidos en la Ley y en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de las competencias de otros organismos e instituciones públicas.

3.2. Sistemática de organización de los derechos

a. Derechos genéricos

Los derechos genéricos constituyen el reconocimiento de los derechos fundamentales y libertades públicas del menor. Son, por tanto, como se ha comentado anteriormente la concreción de algunos de los derechos que aparecen en el Título I de la CE.

En este caso, en el Título II, Capítulo II denominado “Derechos Genéricos de la Infancia y la Adolescencia” aparecen recogidos derechos y libertades de la persona física (como el derecho a la vida, derecho de protección a la integridad física y psíquica y derecho a la identidad y al nombre), derechos y libertades de la persona intelectual y moral (como el derecho al conocimiento de los propios orígenes, derecho a la libertad ideológica y de creencias, derecho a la libertad de expresión y la creación intelectual, derecho a la información, derecho al honor e intimidad y propia imagen) y derechos colectivos o cívico-políticos (como el derecho a la libre asociación, derecho de participación y derecho de reunión), además del derecho a la defensa de sus intereses y a la tutela efectiva.

Sobre los derechos genéricos se tratará en el siguiente capítulo detenidamente, ya que estos derechos constituyen el eje central del trabajo.

b. Derechos específicos

Los derechos específicos son aquellos que no aparecen como fundamentales en la CE. En la Ley valenciana los derechos específicos aparecen desarrollados en el Título I, del Capítulo III al Capítulo XII.

El Capítulo III hace referencia al derecho a la educación y a la atención educativa. En él se desarrolla el derecho a la enseñanza según el cual el menor tiene derecho a recibir una enseñanza integral, plural, adecuada a su formación y de calidad en cuanto a sus contenidos, que contribuya al pleno desarrollo de su personalidad y a la adquisición de conocimientos que le capaciten para el ejercicio futuro de actividades laborales y profesionales.

Además se establecen distintos programas sobre esta materia, como el de ayuda para los estudios, educativos, de integración social del alumnado, de prevención de la agresividad y la violencia en centros docentes y de resolución

de conflictos en los centros docentes, así como la regulación en materia de educación de los menores en situación de acogimiento residencial o familiar y los menores internados en centros de reeducación. Finalmente, también se regula y se vela por el cumplimiento de la escolarización, el absentismo y el abandono escolar.

El Capítulo IV regula el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria. Todos los menores tienen derecho a la promoción de la salud, a la prevención de la enfermedad, así como a la atención sanitaria integral. Además se establecen programas para la detección, tratamiento y atención integral de las enfermedades y dolencias graves que puedan sufrir preferentemente niños y adolescentes, así como la promoción y adopción de medidas de promoción de la salud, prevención, diagnóstico precoz y tratamiento integral en relación al consumo de alcohol, tabaco, drogas y otras conductas adictivas. Finalmente, se indica que los menores hospitalizados gozarán del reconocimiento de los derechos contenidos en la Carta Europea de los Derechos de los Niños Hospitalizados, del Parlamento Europeo y los que expresamente se establecen en la legislación sobre derechos del paciente.

El Capítulo V regula el derecho a un medio ambiente saludable, a una vivienda digna y la adecuación del espacio urbano, por lo que los niños y adolescentes tienen derecho a desarrollarse en un medio ambiente saludable y en un entorno ambiental que tenga en cuenta sus características propias, así como derecho a crecer y desarrollarse en una vivienda digna.

El Capítulo VI se refiere al derecho a la cultura, tiempo libre, juego y deporte. Los niños y adolescentes tienen derecho a participar plenamente en la vida cultural y artística de la comunidad, al descanso y esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas y deportivas propias de su edad, como elementos esenciales para su educación y desarrollo. Por ello las administraciones públicas de la Comunidad Valenciana deberán promover iniciativas sociales que fomenten el interés en los menores por la cultura y faciliten su participación activa en la vida cultural y artística de la comunidad.

El Capítulo VII trata de la atención integral de menores enfermos o con discapacidad. Al respecto, las entidades públicas promoverán las acciones y medidas necesarias para facilitar a los menores enfermos o con discapacidad su integración en el ámbito familiar, escolar, social y laboral.

El Capítulo VIII aborda la atención especial de menores con conductas inadaptadas. Se consideran “menores con conductas inadaptadas” aquellos que, sin prevalecer una enfermedad mental o una discapacidad psíquica, presentan una conducta que altera de forma grave las pautas de convivencia y comportamiento generalmente aceptadas o que provocan un riesgo evidente para sí o para terceras personas. Además, también se apuesta por la creación de unidades educativo-terapéuticas.

El Capítulo IX trata de la integración social del menor. Se afirma que la Generalitat velará por la integración social plena, activa y efectiva de los menores, así como por el acceso al sistema público de acción social, en especial de aquéllos que por cualquier circunstancia o condición encuentren dificultades para ello o puedan ser objeto de trato discriminatorio. También se fomentará el respeto y la integración de las minorías culturales, así como los menores extranjeros que se encuentren en la Comunidad Valenciana.

El Capítulo X regula el derecho al empleo y contra la explotación económica y laboral. Se garantizará por la Conselleria competente en materia de empleo y formación profesional, la formación y capacitación más adecuadas que posibiliten la inserción laboral en las mejores condiciones de los menores en edad laboral, especialmente de los colectivos de menores más desfavorecidos. Es por ello que se prohíbe en toda la Comunidad Valenciana la explotación económica y laboral infantil, debiendo adoptar los organismos públicos competentes las medidas sancionadoras que correspondan.

El Capítulo XI establece la protección contra la explotación sexual y el tráfico de menores. Al respecto la Generalitat adoptará todas las medidas necesarias para proteger a los menores contra cualquier forma de explotación de su sexualidad, de prostitución infantil y contra la pornografía de niños y adolescentes.

Finalmente, el Capítulo XII está dedicado a las ventas y conductas prohibidas a menores y la especial protección del menor frente a los medios de comunicación y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Es decir, las prohibiciones y limitaciones contenidas en este capítulo y las actuaciones específicas que se recogen en el mismo, constituyen acciones de protección de carácter general orientadas a evitar los efectos perjudiciales que para el desarrollo de los menores pudieran tener determinadas actividades lúdicas, medios audiovisuales y la utilización de productos y servicios informáticos, telemáticos y videojuegos.

3.3. Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación de esta Ley como indica su art. 2, abarca a los menores de dieciocho años que residan o se encuentren transitoriamente en la Comunidad Valenciana, salvo que en virtud de su Ley personal hayan alcanzado antes la mayoría de edad.

Entendemos por “residencia” la de aquellos menores de 18 años que fijen su lugar de residencia habitual y estén empadronados en un municipio perteneciente a la Comunidad Valenciana.

Se entiende como menores de dieciocho años que se encuentren transitoriamente en la Comunidad Valenciana, los menores que se encuentren en alguna de las siguientes circunstancias:

- De paso: es decir cuando una persona está circulando por el territorio de la Comunidad Valenciana para llegar a su destino. Como sería el caso de un menor de edad procedente de Francia que circula junto a sus padres para coger un ferri en el puerto de Valencia para dirigirse hacia su lugar de origen en Marruecos.
- De vacaciones: un menor de edad que se encuentra junto a sus padres de vacaciones en algún municipio perteneciente a la Comunidad Valenciana.
- Por tratamiento de enfermedades: es el caso de los menores de edad que se encuentren hospitalizados para el tratamiento de una enfermedad en cualquier hospital del territorio de la Comunidad Valenciana.
- Por derecho al asilo: es decir, cuando un menor de edad solicita protección en la Comunidad Valenciana por huir de un conflicto o de una persecución que pone su vida en peligro por causa de su raza, religión, género, orientación sexual, grupo social, nacionalidad u opinión política.

Además, excepcionalmente, podrá ser de aplicación a mayores de edad cuando así se prevea expresamente o cuando, antes de alcanzar la mayoría de edad, hayan sido objeto de alguna de las medidas administrativas o judiciales que contempla el ordenamiento jurídico.

Dentro de estas situaciones encontramos los menores internos en centros de internamiento y los menores bajo patria potestad prorrogada a los que aun habiendo alcanzado la mayoría de edad les resulta de aplicación la Ley 12/2008.

En cuanto a los menores de edad internos en centros de internamiento, son aquellos que han cometido un delito grave siendo menores.

Las medidas de internamiento responden a una mayor peligrosidad, manifestada en la naturaleza peculiarmente grave de los hechos cometidos, caracterizados en los casos más destacados por la violencia, la intimidación o el peligro para las personas.

El objetivo prioritario de la medida es disponer de un ambiente que provea de las condiciones educativas adecuadas para que el menor pueda reorientar aquellas disposiciones o deficiencias que han caracterizado su comportamiento antisocial, cuando para ello sea necesario, al menos de manera temporal, asegurar la estancia del infractor en un régimen físicamente restrictivo de su libertad.

La mayor o menor intensidad de tal restricción da lugar a los diversos tipos o regímenes de internamiento. A tal efecto, la Ley Orgánica 5/2000 distingue los siguientes regímenes:

- Internamiento en régimen cerrado. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.

El internamiento en régimen cerrado pretende la adquisición por parte del menor de los suficientes recursos de competencia social para permitir un comportamiento responsable en la comunidad, mediante una gestión de control en un ambiente restrictivo y progresivamente autónomo. La medida de internamiento en régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando en la descripción y calificación jurídica de los hechos se establezca que en su comisión se ha empleado violencia o intimidación en las personas o actuado con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.

- Internamiento en régimen semiabierto. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro, pero realizarán fuera de las mismas actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.

El internamiento en régimen semiabierto implica la existencia de un proyecto educativo en donde desde el principio los objetivos sustanciales se realizan en contacto con personas e instituciones de la comunidad, teniendo el menor su residencia en el centro, sujeto al programa y régimen interno del mismo.

- Internamiento en régimen abierto. Las personas sometidas a esta medida llevarán a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo.
- Internamiento terapéutico. En los centros de esta naturaleza se realizará una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en la Ley Orgánica. Cuando el interesado rechace un tratamiento de

deshabitación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias²².

Por otra parte, el art. 171 del CC regula dos formas de patria potestad prorrogada, que son la propiamente prorrogada o subsistente sobre hijos incapacitados que alcanzan la mayoría de edad, y la rehabilitada que se ejerce sobre hijos mayores solteros que, viviendo en su compañía, son declarados incapaces.

El art. 171 CC prevé ex lege la prórroga de la patria potestad cuando un hijo es incapacitado antes de alcanzar la mayoría de edad, en cuyo caso la potestad se prorroga al llegar aquél a la mayoría de edad a favor de quien correspondiera si el hijo fuera menor de edad, ejerciéndose sin solución de continuidad. Por tanto, la patria potestad propiamente dicha se sustenta en la minoría de edad del hijo.

En este sentido, advierte la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 6 de junio de 2000 que el fundamento de esta institución reside en que, siendo la patria potestad el poder tuitivo por excelencia, resulta lógico que cuando se llega a la mayoría de edad, en caso de incapacidad, si viviere el titular de la patria potestad, sea éste y ningún otro quien, en base al mismo título que se prorroga, siga encargado de la guarda y custodia del incapacitado, su representación legal y la administración de sus bienes e intereses

En cambio la rehabilitación de la patria potestad está prevista en el art. 171 CC para el supuesto de que el hijo sea incapacitado una vez alcanzada la mayoría de edad y, por tanto, se encuentra extinguida la patria potestad ordinaria por emancipación del hijo y renace a causa de su incapacidad.

Por tanto, los requisitos para que se acuerde la rehabilitación de la patria potestad son:

1º Que el hijo esté soltero.

2º Que el hijo conviva con los padres o con alguno de ellos.

3º Que el hijo esté incurso en causa de incapacidad de los artículos 200 y 201 del CC.

Además, dentro del ámbito de aplicación debemos tener en cuenta a los menores emancipados. La emancipación permite que el mayor de 16 y menor de 18 años pueda disponer de su persona y de sus bienes como si fuera mayor de edad (art. 323 CC).

²² Generalitat Valenciana: <http://www.inclusio.gva.es/es/web/menor/medidas-judiciales-de-internamientobd4>

Como excepción se dispone que hasta que el emancipado no alcance la mayoría de edad, no podrá pedir préstamos, gravar o transmitir bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales ni bienes de extraordinario valor (como joyas) sin el consentimiento de sus padres, o en caso de que falten ambos, del tutor que le haya sido nombrado.

El menor de edad puede adquirir la condición de emancipado cuando:

- Se concede este beneficio por las personas que ostentan sobre él la patria potestad. En estos casos, es necesario que el menor haya cumplido los 16 años de edad y que esté conforme con que le sea concedida la emancipación. Se otorga mediante escritura pública ante Notario y debe ser inscrita en el Registro Civil. Una vez concedida, la emancipación no puede ser revocada. Se considera que el hijo está emancipado cuando siendo mayor de 16 años y con consentimiento de sus padres, vive de forma independiente. En los casos en los que el menor está sujeto a tutela alcanza la emancipación por la concesión judicial del “beneficio de la mayor edad”.
- Por matrimonio.
- Por concesión judicial: un juez puede conceder la emancipación cuando lo solicite el menor que ya cuente con más de 16 años de edad, en los siguientes casos:
 - Quien ejerce la patria potestad se ha casado otra vez o convive de hecho con otra persona.
 - Cuando los padres vivan separados.
 - Cuando concurra alguna causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad.

La emancipación permite al menor regir tanto su persona como sus bienes como si fuese mayor de edad, pero necesitará el consentimiento de sus padres o tutor para:

- Pedir préstamos, gravar o vender bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales.
- Disponer de bienes de extraordinario valor (como joyas). Ser defensor de los bienes de un desaparecido o representante del declarado ausente. Otorgar testamento “ológrafo” (de puño y letra).
- Aceptar por sí mismo una herencia sin beneficio de inventario (ya que no puede disponer libremente de sus bienes).
- Pedir la partición de una herencia, ni repartir con los demás coherederos.
- Tampoco podrá ser tutor o curador, ya que su capacidad de obrar no es completa.

En el caso de los emancipados por matrimonio, para realizar todas estas actuaciones, si su cónyuge es mayor de edad, bastará con que ambos consientan.

Finalmente también se han de tener en cuenta los indocumentados, personas que no disponen de los documentos legales de identificación personal necesarios para acreditar su identidad, por lo que no se puede determinar su edad.

La determinación de la edad de los extranjeros indocumentados es un aspecto de especial interés dentro del fenómeno de la inmigración irregular y de los menores inmigrantes.

Desde hace algún tiempo se ha constatado, no sin preocupación, el aumento de la inmigración infantil, es decir, de aquella protagonizada por jóvenes extranjeros que, aun siendo menores de edad, emprenden un proyecto migratorio propio e independiente de sus familias. En nuestro entorno cultural se les conoce como menores extranjeros no acompañados²³.

El régimen de los extranjeros menores ha de estar inspirado en el principio de protección del interés superior del menor, que impide su expulsión del territorio, sanción en la que, por otra parte, se concreta el tratamiento jurídico que de ordinario se brinda al extranjero irregular cuando es adulto. La idea es que la cláusula social del Estado de Derecho ha consagrado un tratamiento universal de protección a la infancia que ha de desplazar, en el ámbito de la extranjería, a cualquier tratamiento normativo basado en el control de los flujos migratorios.

Para dar respuesta a este objetivo, el art. 35 de la Ley de extranjería (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) prevé dos posibles soluciones para el fenómeno de la inmigración infantil. La primera consiste en la repatriación del menor para reagruparlo con su familia, y sólo cuando esto no sea posible, como segunda y última alternativa, se permite la residencia del menor en España, que sería regular hasta que adquiriera la mayoría de edad.

En este contexto, la edad, más en concreto, la mayoría o minoría de edad, condiciona la aplicación de un régimen jurídico u otro. Como consecuencia de las expectativas que genera el régimen de los menores extranjeros, sobre todo en la medida que se considere prohibida su expulsión, es lógico sospechar que existan personas que aleguen ser menores cuando en realidad no lo son, para de esta manera huir de la aplicación del régimen general de extranjería. Cuando no se pueda comprobar la verdadera edad del extranjero porque carece de documentos o porque los que posee son falsos, se impone arbitrar instrumentos

²³ Se adopta la definición del art. 1 de la Resolución del Consejo de Europa de 26 de junio de 1997, DOCE de 19 de julio de 1997, C 221, págs. 23 a 26.

que permitan determinar la edad y delimitar así el régimen jurídico que deviene aplicable²⁴.

Para determinar la edad, los forenses proponen que se realice en primer lugar un examen radiológico del carpio, que sin duda es la región anatómica más estudiada para el diagnóstico de edad. En segundo lugar, otro odontológico. La determinación de la edad dental mediante la valoración de los diferentes estadios de mineralización de los dientes puede ser utilizada para estimar la edad cronológica de una persona. No obstante, la precisión que puede obtenerse a la hora de realizar una estimación de edad dental no es uniforme desde el nacimiento a la madurez, alcanzándose un nivel superior de precisión cuando un número elevado de dientes se encuentran en formación y el crecimiento del individuo es rápido, tal como sucede durante los primeros años de la vida. Y finalmente un estudio de la clavícula. En la actualidad el método recomendado para la cuantificación de los cambios de osificación en la clavícula es el método de Schmeling que cuantifica los cambios de fusión epifisaria de la epífisis proximal de la clavícula. El sistema incluye la diferenciación en cinco estadios de la fusión epifisaria a diferencia de otros métodos tradicionales que diferencian cuatro estadios²⁵.

²⁴ RUIZ LEGAZPI, A. (2014), “La determinación de la edad de los extranjeros indocumentados “. *Revista de Derecho Político*. Núm. 61, págs. 141-172.

²⁵ Defensor del pueblo de España. “¿Menores o adultos? Procedimiento para la determinación de la edad”, págs. 35-68. <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2011-09-Menores-o-Adultos-Procedimientos-para-la-determinaci%C3%B3n-de-la-edad1.pdf>

4. DERECHOS GENÉRICOS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN LA LEY 12/2008

En el presente trabajo pretendemos analizar los Derechos Genéricos de la Infancia y la Adolescencia y no tanto a los derechos más específicos. Tal elección obedece a distintas razones. La primera es por la gran extensión del contenido de los derechos específicos, ya que como se ha comentado en el anterior capítulo cada uno de ellos comporta a su vez un amplio desarrollo. La segunda es porque el interés principal del TFG es abordar las particularidades de cada uno de los derechos genéricos aplicados a los menores de edad.

4.1. Derecho a la vida

a) Concepto

El derecho a la vida parece en el art. 8 de la Ley valenciana. Según el mismo la Generalitat garantizará y protegerá el derecho a la vida de los menores cuando exista una situación real de riesgo o amenaza, mediante políticas preventivas, así como mediante la adopción de las medidas administrativas que estime pertinentes o instando las medidas judiciales oportunas, con el fin de garantizar la protección real y efectiva de la vida del menor.

Además la Generalitat garantizará y protegerá el derecho a la vida en formación, protegiendo a las madres gestantes que estén decididas a tener su hijo, poniendo los medios necesarios de carácter social, educativo, sanitario, adecuados para los dos.

El derecho a la vida es reconocido en el art. 15 de la CE. Este derecho junto al derecho a la integridad física y moral, constituyen los derechos más básicos y primarios de todos los reconocidos en el texto constitucional. Resulta evidente que el derecho a la vida es el antecedente o supuesto ontológico sin el cual los restantes derechos no tendrían existencia ni ejercicio posible.

Las explicaciones y comentarios en torno a este derecho suelen partir de su concepción como un derecho distinto a los demás, y en cierto modo superior a ellos, puesto que determina la existencia del sujeto de los mismos. Así, TORRES DEL MORAL afirma que la vida, más que un derecho, es “el presupuesto o soporte físico de todos los derechos, que sin ella carecerían de sujeto y, por lo tanto de entidad. No puede haber derechos subjetivos sin sujeto”. En parecidos términos, BUSTOS PUECHE entiende que la vida es “el primero y más fundamental bien de la personalidad”, sobre el cual “se apoyan, ontológica e intelectualmente los demás”. Por su parte, el profesor GARCÍA CUADRADO se refiere a “la vida corporal” como “el mayor bien de naturaleza física que tiene la

persona”, cuya protección y defensa asumen las Constituciones al proclamar el “derecho a la vida”²⁶.

Este concepto es difícil de definir con cierta exactitud, ya que si revisamos cualquier manual de derecho constitucional constataremos que no aparece una definición unívoca de qué es o qué significa el derecho a la vida.

Es por ello que se puede sostener de forma general que el derecho a la vida es un derecho universal, es decir que le corresponde a todo ser humano. Es un derecho necesario para poder concretar todos los demás derechos universales. El derecho a la vida significa tener la oportunidad de vivir nuestra propia vida. Si no hay vida, no tiene sentido que existan los demás derechos fundamentales.

Para los niños el derecho a la vida es la oportunidad de vivir su infancia y poder crecer, desarrollarse y llegar a la edad adulta. Está compuesto por dos derechos fundamentales: el derecho inherente a la vida y el derecho a la supervivencia y al desarrollo.

El derecho inherente del niño a la vida significa que el derecho a la vida está vinculado al carácter humano y a la dignidad de las personas. De forma análoga, todo ser humano, sin excepción, merece el respeto incondicional por el simple hecho de existir y estar vivo. Por lo tanto, desde su nacimiento, todos los niños tienen derecho a una vida protegida.

El derecho a la vida significa, por tanto, el derecho a no ser matado. Constituye la prohibición formal de causar intencionadamente la muerte a una persona. Para los niños, este derecho implica no sólo que los países no apliquen la pena de muerte sobre aquellos que cometen delitos, sino que también protejan eficazmente su vida para luchar y condenar los actos infanticidas.

En cuanto al derecho a la supervivencia y al desarrollo del niño implica el hecho de asegurarles la posibilidad de crecer y desarrollarse en un ambiente favorable. Es indispensable, por tanto, que puedan beneficiarse de servicios médicos adecuados, de una alimentación equilibrada, de una educación de buena calidad, así como de un ambiente saludable.

Asegurar que los niños tengan la posibilidad de desarrollarse de una forma sana y natural en cualquier tipo de situación (paz, guerra, catástrofe natural, etc.) constituye no solo una obligación de los Estados sino también una responsabilidad de los padres²⁷.

²⁶ ALEGRE MARTÍNEZ, M. (2002), “Apuntes sobre el derecho a la vida en España: constitución, jurisprudencia y realidad”. *Revista de derecho político*. Núm. 53, págs. 337-358.

²⁷ Humanium: <https://www.humanium.org/es/derecho-vida/>

b) Alcance subjetivo

El derecho a la vida presenta una problemática en relación con los sujetos titulares de los mismos. El art. 15 de la CE reconoce el citado derecho con la expresión de que “todos” tienen derecho a la vida. Este término fue empleado con deliberada ambigüedad para poder llegar a un consenso durante la redacción de la CE, para no excluir ninguna interpretación en relación con la protección del nasciturus. Por lo que, podemos entender que “todos” comprende a los no nacidos. Con ello, se está queriendo dejar claro que “nadie” queda excluido de este derecho; y, por tanto, que “nadie” puede dar muerte a “ningún” ser humano.

De acuerdo con la noción tradicional del derecho civil español, el art. 30 del CC dispone que “la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con la vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”. La expresión constitucional, al utilizar un término indeterminado como el de “todos”, sin mencionar el de “persona”, dejaba la puerta abierta a un entendimiento amplio de los sujetos titulares del derecho que incluyera al nasciturus. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en su STC 53/85 (relativa a la reforma del Código Penal sobre despenalización del aborto en determinados casos) declaró que, de acuerdo con un criterio interpretativo semántico, el término “todos” era equivalente al de “todas las personas” empleado en otros preceptos constitucionales y que, en consecuencia, el nasciturus no resultaba ser sujeto titular del derecho a la vida²⁸.

De esto se deduce que el derecho a la vida es aplicable a todas las personas desde el momento de su nacimiento, exceptuando a los nasciturus, ya que este concepto se aplica al concebido, pero no nacido, al que se encuentra en el seno materno.

c) Contenido

Como indica el art. 8 de la Ley, la Generalitat deberá garantizar el derecho a la vida mediante diferentes políticas preventivas, así como mediante la adopción de las medidas administrativas que estime pertinentes o instando las medidas judiciales oportunas.

Se consideran medidas de protección de menores aquellas actuaciones encaminadas a prevenir o erradicar situaciones de riesgo y desamparo y a garantizar el desarrollo integral del menor. Estas medidas se establecen, por ejemplo, en el Decreto 93/2001, de 22 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el

²⁸ ALCÓN YUSTAS, M.F., ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I., ASTARLOA HUARTE, I., CORREA SOSA, I., MACÍAS JARA, M., MÉNDEZ LÓPEZ, J.L., DE MOTALVO y F. RIPOLLÉS SERRANO, M.R. (2016), *Lecciones de Derecho Constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 191-197.

que se aprueba el Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunidad Valenciana.

En este caso, para poder hacer efectivo el derecho a la vida, la Generalitat debe establecer las siguientes medidas: 1. Ayuda o apoyo familiar en situaciones de riesgo para las madres gestantes que estén decididas a tener su hijo, poniendo los medios necesarios de carácter social, educativo, sanitario, adecuados para los dos. 2. La asunción de la tutela por ministerio de la Ley, previa declaración de la situación de desamparo del menor, cuando la vida del menor corra riesgo de muerte. 3. La protección de las madres y de los menores de edad cuando la vida de estos corra peligro de muerte por violencia de género. 4. Cualesquiera otras que redunden en interés del menor, atendidas sus circunstancias personales, familiares y sociales.

También es necesario que la Administración autonómica y, en su caso, la local, en ejercicio de las funciones en materia de protección de menores, cumplirán las siguientes obligaciones:

a) Prestar una atención inmediata al menor que lo necesitare, actuando si corresponde a su ámbito de competencias o dando traslado, en otro caso, al órgano competente, así como poner los hechos en conocimiento de sus representantes legales o, cuando sea necesario, del Ministerio Fiscal o de los órganos judiciales.

b) Verificar la situación denunciada, adoptando las medidas necesarias en función de aquella actuación.

c) Promover la participación y solidaridad de los ciudadanos, así como la sensibilización social ante situaciones de indefensión del menor.

d) Fomentar las actuaciones tendentes a disminuir los factores de riesgo, desamparo y marginación de los menores.

e) La coordinación de las actuaciones con cuantos organismos e instituciones públicas y privadas actúen en el ámbito de la atención de menores.

El derecho a la vida implica distintas concepciones en cuanto a los diferentes actos contra la vida que puedan producirse. Se van a analizar cuestiones tales como el aborto, el suicidio, la eutanasia y la pena de muerte, así como las implicaciones que cada uno de ellos tiene respecto al derecho a la vida.

Podemos definir el aborto como la interrupción y finalización prematura del embarazo de forma natural o voluntaria. El Tribunal Constitucional mediante la STC 53/85 despenalizó el aborto de forma voluntaria en tres supuestos: que hubiera riesgo para la vida o salud de la embarazada, que existan graves anomalías en el feto o que se detecten anomalías incompatibles con la vida.

En la actualidad, se aplica en este ámbito la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Esta garantiza la interrupción voluntaria del embarazo siempre y cuando se realice por un médico/a especialista, ya sea en un centro sanitario público o uno privado acreditado. El aborto voluntario permite a la mujer interrumpir el embarazo libremente en las 14 primeras semanas de gestación. Este plazo se extiende hasta la semana 22 en caso de que exista "grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada" o "riesgo de graves anomalías para el feto". Más allá de las 22 semanas, se podrá abortar cuando se detecten "anomalías fetales incompatibles con la vida" o cuando se diagnostique una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité médico.

Además, dicha ley antes de la reforma del 2015²⁹ permitía a las menores de 16 a 18 años someterse al aborto con su único consentimiento, aunque el artículo 13 establece que "al menos" uno de los padres, tutores o representantes legales de la gestante "deberá ser informado de la decisión de la mujer". No obstante, "se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo". Con la nueva reforma ha cambiado por completo la situación de las menores que desean abortar. Actualmente, las menores de 18 años necesitan el consentimiento de sus progenitores o representantes legales para poder abortar. Esto significa que las menores deben ir acompañadas a la clínica con ellos y formalizar su voluntad de abortar junto con el consentimiento firmado de sus padres. Si existe conflicto entre la menor y sus padres sobre el consentimiento firmado para que la menor pueda abortar, se deberá resolver judicialmente según determina el Código Civil.

Por lo que afecta al suicidio puede definirse como la acción autoinflingida encaminada a poner fin a la vida propia. Jurídicamente no se reconoce a las personas el derecho a poner fin a su propia vida. Por razones de política criminal no se sancionan dichas conductas, pero sí que están penadas las formas de participación indirecta, como pueden ser la inducción al suicidio o la ayuda al suicidio, cualquier forma de cooperación o de participación en la ayuda a la muerte se sanciona jurídicamente en nuestro ordenamiento jurídico³⁰.

En cuanto a la eutanasia, en la actualidad está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico y la legislación penal sanciona tipos delictivos como el auxilio o la inducción.

²⁹ Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, de reforma de la Ley del aborto para reforzar la protección de los menores.

³⁰ DE BARTOLOME CENZANO, J.C. (2003). *Derechos fundamentales y libertades públicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 111-126.

La protección constitucional a la vida dificulta la admisibilidad de la eutanasia propiamente dicha. Esta se puede definir como el auxilio activo para el individuo que desee poner fin a su vida.

Respecto a la participación o intervención de terceros, la obligación constitucional de proteger la vida humana hace difícil que el Estado pueda aceptar la cooperación al suicidio en cualquiera de sus formas, si bien, el Estado puede modular sus respuestas en función de las circunstancias concurrentes³¹.

La CE excluye la pena de muerte, con la sola excepción de “lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”, aunque esta última mención también quedó abolida por la LO 11/1995, de Abolición de la Pena de Muerte en Tiempos de Guerra.

d) Ámbito de aplicación práctica

Para vislumbrar la aplicación práctica del derecho a la vida, se va a analizar detenidamente la STC 154/2002, de 18 de julio, que versa sobre la colisión de la libertad religiosa y el derecho a la vida. Trata sobre el fallecimiento de un niño de trece años, testigo de jehová, por negarse a una transfusión de sangre.

Los hechos que dan lugar a este recurso de amparo ante el TC son los siguientes: Marcos, de 13 años de edad, sufrió una caída en bicicleta, aparentemente leve, el 3 de septiembre de 1994, en la localidad de Ballobar (Huesca). La lesión se agravó, días más tarde, con una hemorragia nasal, por lo que fue necesario llevar al accidentado al Policlínico de Fraga (Huesca) donde aconsejaron su traslado al hospital de Arnau de Lérida. Tras ser practicadas las pruebas pertinentes, se apreció una pérdida hemorrágica aguda que necesitaba de transfusión sanguínea. Los padres del paciente, D. Pedro A. T. y D^a. Lina V. R., manifestaron que su religión no les permitía aceptar la transfusión de sangre, por ser Testigos de Jehová, y pidieron que fuese aplicado a su hijo un tratamiento alternativo. Ante la imposibilidad de otro tratamiento que fuese efectivo, los padres solicitaron el alta voluntaria, a lo que se negó el centro hospitalario. Éste solicitó autorización al Juzgado de Guardia para practicar la transfusión; autorización que fue concedida si se daba el caso de urgencia vital. Ante esto, D. Pedro y D^a. Lina cesaron en su oposición y se sometieron a la decisión judicial. Sin embargo, cuando se procedió a transfundir, Marcos, el paciente menor de edad, reaccionó violentamente y se opuso "con auténtico terror", por lo que los médicos desistieron al considerar la posibilidad de que sobreviniese una hemorragia cerebral; pese a ello, no dejaron de intentar convencer tanto al menor para que consintiera ser transfundido, como a sus padres para que lo disuadieran

³¹ ALCÓN YUSTAS, M.F., ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I., ASTARLOA HUARTE, I., CORREA SOSA, I., MACÍAS JARA, M., MÉNDEZ LÓPEZ, J.L., DE MOTALVO, F. y RIPOLLÉS SERRANO, M.R., (2016) *Lecciones de Derecho Constitucional*. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 191-197.

de su oposición. La repetida negativa de Marcos a recibir sangre y la de sus progenitores a convencerlo de lo contrario, hicieron que los facultativos descartaran la transfusión con ayuda de medios anestésicos (por no considerarlo ni ético ni médicamente correcto) y concedieran el alta voluntaria para el traslado a otro centro, a sabiendas de la inexistencia de un tratamiento alternativo. El menor fue llevado a diversos hospitales como el Universitario Materno-Infantil de Vall D'Hebrón (Barcelona) y el General de Cataluña (centro privado cuyos servicios fueron sufragados por los progenitores del niño). Ante la imposibilidad de administrar efectivamente otro tratamiento, el paciente fue conducido a su domicilio. De aquí, cuando se encontraba en un estado previo al coma, fue trasladado al Hospital de Barbastro (por orden judicial) al que llegó en coma profundo y donde se procedió a la transfusión autorizada por el juez (segunda autorización), sin que los padres de Marcos intentaran impedirlo, acatando de nuevo la decisión judicial otorgada el 14 de septiembre. Finalmente, el niño fue trasladado al Hospital Miguel Servet, donde falleció, el 15 de septiembre de 1994.

Los facultativos argumentaron que "si el menor hubiera recibido a tiempo las transfusiones que precisaba habría tenido a corto y medio plazo una alta posibilidad de supervivencia y, a largo plazo, tal cosa dependía ya de la concreta enfermedad que el mismo padecía, que no pudo ser diagnosticada, pudiendo llegar a tener, con el pertinente tratamiento apoyado por varias transfusiones sucesivas, una esperanza de curación definitiva de entre el sesenta al ochenta por ciento, si la enfermedad sufrida era una leucemia linfoblástica, que es la enfermedad que, con más probabilidad, padecía el hijo de los acusados, pero sólo a título de probabilidad pues, al no hacerse en su momento las transfusiones, ni siquiera hubo ocasión para acometer las pruebas pertinentes para diagnosticar la concreta enfermedad padecida por poder, aunque con menor probabilidad, también podía tratarse de una leucemia aguda en la que, a largo plazo, el pronóstico era más sombrío".

Acusados D. Pedro A. T. y D^a. Lina V. R., padres de Marcos, de un delito de homicidio por omisión y una vez instruido el sumario ordinario por el Juzgado de Fraga, fueron absueltos por sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, el 20 de noviembre de 1996.

Dicha sentencia fue recurrida en casación ante la Sala de lo Penal del TS, que estableció que "correspondía a los padres, en el ejercicio de sus atribuciones como titulares de la patria potestad, la salvaguardia de la salud del menor, de la cual eran garantes". Según aquélla, tenían el deber legal y moral de hacer todo lo que fuere preciso para evitar cualquier situación que pudiese poner en peligro la salud o la vida de Marcos, "estando obligados a proporcionar a su hijo la asistencia médica que hubiere precisado". La Sala Segunda del TS estimó el recurso, anuló la sentencia impugnada y dictó otra en la que se condenaba a los acusados a la pena de 2 años y 6 meses de prisión, como responsables de un

delito de homicidio, con la atenuante muy cualificada de obcecación o estado pasional.

Ambas sentencias son recurridas en amparo ante el TC. El recurso se fundamenta en la violación de los derechos fundamentales a la libertad religiosa y a la integridad física y moral, protegidos por los arts. 16.1 y 15 de la Constitución.

En la demanda de amparo se cuestionan las bases que sustentan la condena impuesta a los padres del fallecido: "En primer lugar, la irrelevancia del consentimiento u oposición de un niño de 13 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".

La parte recurrente hace mención de la Convención de los derechos del niño y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección del menor. Conforme a éstas, Marcos tenía derecho a la libertad ideológica, de conciencia y de creencias e, igualmente, a ser oído en el ámbito familiar, en los procedimientos administrativos o judiciales en los que estuviese directamente implicado y que condujesen a una decisión que afectase a su esfera personal. Además, el menor tenía suficiente juicio y los padres estaban obligados, no a hacerle desistir de sus ideas, sino a prestarle asistencia en el ejercicio personal y legítimo de sus propios derechos constitucionales de libertad de conciencia y religión, a la integridad física y moral y al rechazo a la tortura.

Por su parte, el Ministerio Fiscal, a la tesis de los recurrentes de que Marcos estuviese ejercitando su libertad de decisión en el ejercicio de una libertad religiosa que ellos no podían coartar, opone la incapacidad legal del menor para tomar una decisión acerca de su vida -o en este caso, de su muerte-, por lo que, como titulares de la patria potestad, esa decisión correspondía a ellos adoptarla. Igualmente, afirma la Fiscalía que "ante un eventual conflicto entre los derechos a la vida y a la libertad religiosa, únicamente cabe dar respuesta en cada caso concreto, pues no podría ser ésta la misma en el supuesto de personas mayores de edad y con plena capacidad de decisión que en el de un menor sobre el que existe vigente la patria potestad de sus padres".

Finalmente, el Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado por vulneración del derecho de libertad religiosa de los progenitores de Marcos, y anula las Sentencias de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1997. Fundamenta la absolución de los padres de Marcos en el derecho de libertad religiosa, unida a la conducta diligente de aquéllos para la salvación de su hijo, ya que en todo momento, ellos mostraron un profundo interés por el bienestar de su hijo buscando centros hospitalarios que pudieran tratarlo, pero evitando el uso de sangre.

De acuerdo a la Constitución española, al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales y al Pacto internacional de derechos civiles y políticos, Marcos también era titular del derecho a la libertad religiosa, ideológica, de conciencia y de creencias. La sentencia del Tribunal Constitucional español 154/2002 considera a Marcos con la suficiente capacidad natural y madurez como para decidir en conciencia sobre aspectos serios que afecten a su vida. Hasta ahí el sentido básico de la sentencia.

El núcleo del conflicto se plantea entre el derecho de los padres a la libertad religiosa y su deber de velar por la vida de su hijo. El TC entiende que ese deber queda cumplido desde el momento en que facilitan que el niño reciba en todo momento la atención médica que necesite. No se les debe exigir que autoricen prácticas que vayan contra sus convicciones religiosas, ni tampoco que persuadan a su hijo a hacer algo contrario a las enseñanzas religiosas que le dieron. El TC no ve un conflicto entre un derecho y un deber fundamental de los padres, que deba resolverse dando preferencia a uno y sacrificando el otro. Más bien, considera que se trata de una situación dramática en la que resulta especialmente difícil discernir el límite preciso tanto del deber como del derecho.

El TC reconoce que los menores son titulares del derecho a la libertad religiosa, pero también que el ejercicio de esos derechos se puede limitar. En este caso, el TC se inclina por esta opción, al considerar que según la CE la vida de un menor prevalece sobre su derecho a la libertad religiosa. Pero no ofrece una justificación sólida de esta decisión que explique el trato diferenciado de la CE ante la negativa a un tratamiento vital en un adulto y en un menor.

Esa decisión del TC se entiende que sólo puede ser conforme a la CE si se basa en la presunción *iuris et de iure* de la imposibilidad de saber con total seguridad que un menor tiene la madurez de juicio para valorar el significado y alcance de su negativa a un tratamiento vital.

Sobre si la condición de garantes, atribuida a los padres de Marcos, puede resultar afectado por el derecho a la libertad religiosa de éstos:

- “Es claro que en el presente caso la efectividad de ese preponderante derecho a la vida del menor no quedaba impedida por la actitud de sus padres, visto que éstos se aquietaron desde el primer momento a la decisión judicial que autorizó la transfusión. Por lo demás, no queda acreditada ni la probable eficacia de la actuación disuasoria de los padres ni que, con independencia del comportamiento de éstos, no hubiese otras alternativas menos gravosas que permitiesen la práctica de la transfusión”.
- “Los padres llevaron al hijo a los hospitales, lo sometieron a cuidados médicos, no se opusieron nunca a la actuación de los poderes públicos

para salvaguardar su vida e incluso, acataron, desde el primer momento, la decisión judicial que autorizaba la transfusión”.

Por todo ello, el Tribunal Constitucional otorga el amparo solicitado por vulneración del derecho de libertad religiosa de los progenitores de Marcos.

Sin embargo, también habría que decir que son muchos los juristas que disienten profundamente de esta sentencia, sobre todo los que sienten que el derecho a la vida debería prevalecer sobre el derecho a la libertad religiosa.

4.2. Derecho de protección a la integridad física y psíquica del menor

a) Concepto

En el art. 10 de la Ley Valenciana, se indica que la Generalitat adoptará las medidas pertinentes para proteger la integridad física y psíquica del menor frente a situaciones de maltrato, abuso, violencia, amenaza, mutilación genital, explotación sexual, laboral o económica, manipulación, utilización instrumental y acción degradante y humillante, en todo tipo de conductas, ya sean intencionales por acción u omisión como imprudentes.

Las entidades públicas deberán disponer de mecanismos de coordinación institucional ágiles, a través de comisiones y protocolos de actuación, especialmente en los ámbitos de educación, sanidad, policía y acción social, para prestar un auxilio inmediato ante situaciones de desprotección y maltrato.

El art. 15 de la CE, además de aludir a la vida, también habla de que “todos” tienen derecho a la integridad física y moral, “sin que en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos degradantes”.

Por tanto, “todos” deben quedar protegidos frente a cualquier ataque contra la integridad física y moral y a las torturas, o tratos inhumanos degradantes.

Desde el punto de vista teórico, no hay ninguna duda en poder afirmar que se trata de una prolongación del derecho fundamental a la vida, que no se puede entender sin el derecho a la integridad física y moral. Hay por tanto una vinculación muy directa entre ambos derechos. El derecho a la vida no es solo el derecho a respirar, a un mínimo vital, es algo más que el derecho a la mera subsistencia física.

El derecho a la vida también se manifiesta en este derecho, que podríamos calificarlo como un derecho a una vida con plenitud, con todas las potencialidades que se derivan de la dignidad. Dentro de esta calidad de vida, deben quedar absolutamente prohibidas las medidas que impliquen torturas o tratos degradantes, tanto de carácter físico como psíquico.

Según el penalista RODRÍGUEZ MOURULLO, el derecho a la integridad física y moral es el derecho a no ser privado de ningún miembro vital o corporal, el derecho a la salud física y mental, el derecho al bienestar corporal y físico y a la propia apariencia personal.

En cuanto al derecho a la integridad psíquica, es el derecho a la conservación de las habilidades motrices, emocionales e intelectuales.

El trato inhumano o degradante no solo se encuentra recogido en el artículo 15 de la CE, sino que también se halla desarrollado en diversos textos de Naciones Unidas contra la Tortura u otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes de Nueva York en el año 1984, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos, de Roma de 1950, así como la jurisprudencia dimanante del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en su interpretación y aplicación del mismo³².

b) Contenido

El derecho a la protección de la integridad física y psíquica del menor implica la protección frente a distintas formas de atentar contra él. Es por ello que se van analizar conceptos como la tortura y los tratos inhumanos y degradantes, el maltrato infantil, el abuso infantil, la mutilación genital, la explotación sexual, laboral y económica infantil, así como la manipulación infantil.

Ante todo, la CE prohíbe de forma taxativa la tortura y los tratos inhumanos y degradantes. Esto supone la obligación de los poderes públicos de velar porque se reciba un trato acorde con la dignidad humana a todas las personas, y en especial aquéllas que dependan de ellos por cualquier razón, tanto de manera ocasional o transitoria, como de manera más permanente, como los sujetos privados de libertad en cumplimiento de sanción penal, los menores a su cargo o los enfermos hospitalizados, los cuales dependen de instituciones públicas para su asistencia.

Se entenderá por tortura y tratos inhumanos o degradantes los padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente.

El Tribunal Constitucional en su STC 120/90, caso *Grapo I*, ha señalado que tortura y tratos inhumanos o degradantes “son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueran los fines, de padecimientos físicos o psíquicos e

³² Citado por CANOSA USEA, R. (2017), “La protección de la integridad personal”. *Revista de Derecho Político*. Núm. 100, págs. 257-310.

infligidos de modo vejatorio para quien lo sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente”³³.

En segundo lugar, podemos definir el maltrato infantil como los abusos y la desatención de que son objeto los menores de 18 años, e incluye todos los tipos de maltrato físico o psicológico, abuso sexual, desatención, negligencia y explotación comercial o de otro tipo que causen o puedan causar un daño a la salud, desarrollo o dignidad del niño, o poner en peligro su supervivencia, en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder. La exposición a la violencia de pareja también se incluye a veces entre las formas de maltrato infantil.

El abuso infantil es uno de los tipos de maltrato que implica mayores dificultades a la hora de estudiar. Consiste en aquellas relaciones sexuales que mantiene un niño o una niña (menor de 18 años) con un adulto o con un niño de más edad, para las que no está preparado evolutivamente y en las cuales se establece una relación de sometimiento, poder y autoridad sobre la víctima.

Las formas más comunes de abuso sexual son: el incesto, la violación, la vejación y la explotación sexual. También incluye la solicitud indecente sin contacto físico o seducción verbal explícita, la realización de acto sexual o masturbación en presencia de un niño y la exposición de órganos sexuales a un niño. El maltratador habitualmente es un hombre (padre, padrastro, otro familiar, compañero sentimental de la madre u otro varón conocido de la familia); raramente es la madre, cuidadora u otra mujer conocida por el niño.

En relación con la definición de mutilación genital femenina, el consenso internacional se explicita a través de una declaración conjunta de diversas instituciones internacionales, realizada en 1997 y revisada en 2008 (Organización Mundial de la Salud, 2008)³⁴, que “establece que el concepto de “mutilación genital femenina” comprende todos los procedimientos que, de forma intencional y por motivos no médicos, alteran o lesionan los órganos genitales femeninos” y distingue cuatro modalidades distintas relacionadas con la misma:

- Tipo 1: este procedimiento, denominado a menudo clitoridectomía consiste en la resección parcial o total del clítoris (órgano pequeño, sensible y eréctil de los genitales femeninos) y, en casos muy infrecuentes, solo del prepucio (pliegue de piel que rodea el clítoris).

³³ ALCÓN YUSTAS, M.F., ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I., ASTARLOA HUARTE, I., CORREA SOSA, I., MACÍAS JARA, M., MÉNDEZ LÓPEZ, J.L., DE MOTALVO, F. y RIPOLLÉS SERRANO, M.R. (2016) *Lecciones de Derecho Constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 193-194.

³⁴ A fin de fortalecer el compromiso internacional en la lucha para eliminar esa práctica, la OMS coordinó la revisión de la Declaración Conjunta OMS/UNFPA/UNICEF sobre mutilación genital femenina formulada en 1997. Presentada oficialmente en febrero de 2008 durante el 52º periodo de sesiones de la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

- Tipo 2: este procedimiento, denominado a menudo escisión, consiste en la resección parcial o total del clítoris y los labios menores (pliegues internos de la vulva), con o sin excisión de los labios mayores (pliegues cutáneos externos de la vulva).
- Tipo 3: este procedimiento, denominado a menudo infibulación, consiste en el estrechamiento de la abertura vaginal, que se sella procediendo a cortar y recolocar los labios menores o mayores, a veces cosiéndolos, con o sin resección del clítoris (clitoridectomía).
- Tipo 4: todos los demás procedimientos lesivos de los genitales externos con fines no médicos, tales como la perforación, incisión, raspado o cauterización de la zona genital.

La Organización Mundial de la Salud estima que entre 100 y 140 millones de niñas y mujeres de todo el mundo han sido sometidas a uno de los tres primeros tipos de mutilación genital femenina (UNICEF, 2005). Las estimaciones basadas en los datos más recientes sobre prevalencia indican que 91,5 millones de mujeres y niñas mayores de 9 años en África padecen actualmente las consecuencias de la mutilación genital femenina. Se estima que en África 3 millones de niñas corren el riesgo de ser sometidas a la mutilación genital femenina cada año.

Según el “Protocolo Común para la actuación sanitaria ante la Mutilación Genital Femenina” del Ministerio de Sanidad de 2015, se practica en 29 países³⁵, si bien, ésta es una práctica vinculada a determinadas costumbres, tradiciones y creencias, que tiene más que ver con etnias que con países (entre las etnias practicantes se encuentran la Sarahule, Djola, Mandinga, Fulbé, Soninke, Bámbara, Dogon, Edos, Urhobo, Awusa y Fante).

España es un país de inmigración y emigración, y entre la población inmigrante existe una alta proporción que procede de los países y etnias antes referidos. Según el Mapa de la Mutilación Genital Femenina en España 2012 existían en ese año 16.869 niñas entre 0 y 14 años procedentes de aquellos países y, por tanto, en riesgo de ser mutiladas. En concreto, en Madrid habría 2.059 niñas y en Cataluña, 6.182.

Con independencia de las cifras, se trata de una realidad que ha sido calificada como un problema global. En ese sentido, Unicef (2005) ha declarado que: “La práctica de la mutilación genital femenina no está limitada a los países en que se ha practicado tradicionalmente. La emigración africana a los países industrializados es una característica presente desde el final de la segunda

³⁵ Países donde se realiza la mutilación genital femenina: Benin, Burkina Faso, Camerún, Chad, Côte d'Ivoire, Djibouti, Egipto, Etiopía, Eritrea, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea-Bissau, Kenya, Liberia, Malí, Mauritania, Níger, Nigeria, República Centroafricana, República Democrática del Congo, República Unida de Tanzania, Senegal, Sierra Leona, Somalia, Sudán, Togo, Uganda y Zambia.

guerra mundial y muchas de las emigrantes provienen de países que la practican. Más allá de los patrones migratorios, con frecuencia reflejan los lazos establecidos en el pasado colonial”.

El legislador español incorporó de forma explícita a nuestro ordenamiento jurídico, mediante la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, como delito autónomo y específico, la mutilación genital o ablación con su tipificación en el artículo 149 párrafo 2 del Código Penal.

No cabe duda de que resulta loable la tipificación de este tipo de conductas aberrantes que menoscaban seriamente la dignidad de la persona, en pretexto de un ritual iniciático, relegando a la mujer a un puro instrumento del hombre cuando mantiene relaciones sexuales³⁶.

Por otra parte, la mutilación genital masculina, conocida como circuncisión es la práctica de cortar quirúrgicamente una parte del prepucio de un hombre y se realiza más comúnmente en niños.

A menudo realizada por motivos religiosos, la circuncisión es recomendada por la Organización Mundial de la Salud, pues reduce en un 60 % la tasa de contagio de enfermedades de transmisión sexual entre hombres y mujeres durante las relaciones sexuales.

A pesar de sus beneficios, la circuncisión sigue siendo polémica, puesto que constituye una mutilación física irreversible efectuada en niños sin su consentimiento y es posible que interfiera negativamente en su desarrollo emocional y bienestar³⁷.

Pasando al ámbito de la explotación sexual infantil, también conocida como la explotación sexual comercial de la infancia (ESCI), constituye una forma de coerción y de violencia contra ésta y representa, junto con el trabajo infantil, una de las peores formas contemporáneas de esclavitud, en la que el menor es “tratado como un objeto comercial y sexual”³⁸. Además de tratarse de una de las peores formas de violencia que afecta a millones de niños y niñas en todo el mundo, la explotación sexual infantil se ha convertido en las últimas décadas en uno de los negocios que generan mayores ingresos. La explotación sexual infantil se ha convertido en los últimos años en un problema de escala internacional, y afecta tanto a los países en vía de desarrollo como a los países desarrollados. A pesar de las dificultades existentes para obtener cifras fiables, los últimos cálculos registrados indican que hasta dos millones de niños y niñas

³⁶ GARCÍA SEDANO, T. (2017), “Mutilación genital”, *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*. Núm. 13, págs. 293-206.

³⁷ Humanium: <https://www.humanium.org/es/mutilacion-genital/>

³⁸ Declaración y Agenda para la Acción del I Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de la Infancia. Estocolmo (1966).

son víctimas todos los años de la explotación sexual comercial (tráfico de niños con fines sexuales, prostitución y pornografía).

Así, el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)³⁹ la incluye entre las peores formas de trabajo infantil, por ser una violación fundamental de los derechos de la niñez y la adolescencia, exponiendo a los niños, niñas y adolescentes al inicio temprano y forzado de su vida sexual y al fin comercial de la misma.

En 1989, con la adopción de la Convención de los Derechos del Niño (CDN), se reconoce por primera vez de forma explícita el derecho de los niños y niñas a estar protegidos contra todas las formas de explotación y abusos sexuales. Por ello se insta a los Estados Partes a que tomen todas las medidas necesarias para impedir: a) la incitación o coacción para que un niño se dedique cualquier actividad sexual ilegal; b) la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; y c) la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos⁴⁰.

Es en el Primer Congreso Mundial Contra la Explotación Sexual Comercial infantil, celebrado en Estocolmo en 1996, cuando se proporciona por primera vez una definición de la ESCI, quedando definida en su Declaración y Programa de Acción del siguiente modo: “La explotación sexual comercial es una violación fundamental de los derechos de la niñez. Esta comprende el abuso sexual por adultos y la remuneración en metálico o en especie al niño o niña y a una tercera persona o varias. El niño o niña es tratado como un objeto sexual y una mercancía. La explotación sexual comercial de la niñez constituye una forma de coerción y violencia contra los niños y niñas, que puede implicar el trabajo forzoso y formas contemporáneas de esclavitud”⁴¹.

En cambio, el trabajo infantil según UNICEF⁴² es un concepto más limitado que se refiere a los niños que trabajan en contravención de las normas de la OIT que aparecen en las Convenciones 138 y 182. Esto incluye a todos los niños menores de 12 años que trabajan en cualquier actividad económica, así como a los que tienen de 12 a 14 años y trabajan en un trabajo más que ligero, y a los niños y las niñas sometidos a las peores formas de trabajo infantil.

Por tanto, podemos definir que el trabajo infantil se refiere a cualquier trabajo o actividad que priva a los niños de su infancia. En efecto, se trata de actividades

³⁹ Convenio nº 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación. 87ª Reunión de Ginebra, junio de 1999.

⁴⁰ Art. 34 de la Convención sobre Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de la ONU mediante Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989. Ratificada por el Estado Español el 30 de noviembre de 1990.

⁴¹ RODRÍGUEZ MESA, Mª. J. (2012), “El Código Penal y la Explotación Sexual Comercial Infantil”, *Estudios Penales y criminológicos*. Núm. 32, págs. 197-246.

⁴² UNICEF: www.unicef.es

que son perjudiciales para su salud física y mental, por lo cual impiden su adecuado desarrollo.

El trabajo infantil incluye:

- Trabajo infantil antes de la edad legal mínima: la edad legal mínima en la que los niños están autorizados a trabajar es de 15 años (14 en los países en desarrollo). Para trabajos ligeros (sólo unas horas de vez en cuando) el límite mínimo de edad es de 13 a 15 años (12 a 14 en los países en desarrollo). Finalmente, para realizar trabajos arduos el límite asciende a los 18 años (16 años bajo ciertas condiciones en los países en desarrollo).
- Las peores formas de trabajo infantil: consisten en todas las formas de esclavitud o prácticas similares, como el trabajo forzoso, la trata, la esclavitud por deudas o la servidumbre. Esto también incluye actividades ilícitas y/o actividades que puedan poner en peligro la seguridad, la salud y la moral de los niños, como la prostitución, la pornografía, el reclutamiento obligatorio o forzoso debido a conflictos armados, el tráfico de drogas, etc.
- Trabajo forzoso: comprende tareas domésticas realizadas durante largas horas en un medio insalubre, en lugares peligrosos que requieran el uso de materiales o herramientas peligrosas o que fuercen al niño a cargar objetos que son demasiado pesados.

Ciertas actividades no son consideradas como trabajo o explotación. Las actividades que implican simplemente ayudar a los padres a completar las tareas diarias de la familia, a las que los niños pueden dedicar unas pocas horas a la semana y que les permite ganar un poco de dinero para sus gastos, no son consideradas como explotación infantil, ya que no perjudican su bienestar.

La manipulación infantil normalmente se da cuando los padres se separan o divorcian. En una situación donde los padres discuten, se separan o divorcian, los más afectados son siempre los niños. Aún más cuando alguno de los padres provoca en ellos sentimientos de odio contra el otro progenitor; cuando esto sucede es lo que se conoce como Síndrome de Alienación Parental (en adelante SAP).

El SAP constituye un conjunto de síntomas que se produce en los hijos cuando un progenitor, mediante distintas estrategias, transforma la conciencia de los niños con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor.

El SAP puede ocurrir cuando el hijo es influenciado por un progenitor (progenitor A) para rechazar al otro progenitor (progenitor B). Por ejemplo, el progenitor A puede decirle al hijo que el progenitor B no quiere visitarle, cuando, en realidad, el progenitor B está trabajando.

El SAP no está reconocido por las más prestigiosas organizaciones científicas, como la Asociación Americana de Psiquiatría (APA) o la Organización Mundial de la Salud (OMS). No está incluido en ninguna edición del “Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales” de la APA, ni tampoco en la “Clasificación internacional de enfermedades” de la OMS, por lo tanto, al no considerarlo como entidad médica ni clínica, se pide que no sea utilizado en los juzgados si no está reconocido.

Sin embargo, son varios los psicólogos y juristas en España que lo defienden, así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, e incluso el Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos de España emitió hace unos años un comunicado en el que lo validaban.

Además el derecho a la integridad física y moral hasta el momento de la muerte de una persona incluye el derecho a decidir sobre el tratamiento médico, de tal forma que la persona pueda rechazarlo cuando lo estime necesario por causarle un sufrimiento excesivo o desproporcionado, o por alargar artificialmente su propia existencia en condiciones penosas o simplemente por no desear recibir el tratamiento. Así pues, el derecho a la integridad física comprende el derecho general a decidir sobre los tratamientos médicos, con independencia de que esté o no en juego la vida de un paciente; así, no puede imponerse a una persona un tratamiento médico determinado. El Tribunal Constitucional en su STC 37/2011, caso *Tratamiento médico y consentimiento informado*, así lo ha declarado.

En caso de que el afectado sea incapaz de decidir por sí mismo y no conste cuál fue su voluntad, habría que estar a la de sus parientes próximos, con la debida intervención médica y, en su caso, judicial. En tales supuestos, el tratamiento médico en contra de la voluntad del sujeto supuestamente beneficiado, pero incapacitado por su estado de salud para oponerse al mismo, incurre en un tratamiento inhumano o degradante, puesto que la enfermedad no es consecuencia directa del comportamiento del propio sujeto y el tratamiento no ofrece un resultado que compense el sufrimiento ocasionado⁴³.

El legislador español ha plasmado estos principios en 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, exigiendo la necesidad del consentimiento informado del paciente para todo tratamiento médico, que ha de ser por escrito en los de mayor relevancia, y reconociendo el derecho a interrumpir cualquier tratamiento.

⁴³ ALCÓN YUSTAS, M.F., ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I., ASTARLOA HUARTE, I., CORREA SOSA, I., MACÍAS JARA, M., MÉNDEZ LÓPEZ, J.L., DE MOTALVO, F. y RIPOLLÉS SERRANO, M.R., (2016), *Lecciones de Derecho Constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 195.

c) Ámbito de aplicación práctica

Podemos observar la aplicación de este derecho, mediante el análisis de una sentencia sobre mutilación genital a menores en concreto la STC 2026/2014, de 13 de mayo.

Esta STC plantea en sus antecedentes cómo Patricia e Ignacio, mayores de edad, y nacionales de Gambia, son padres de dos niñas, Cecilia y Miriam. En fecha no concreta, pero comprendida entre los días 5 de julio de 2010 y el día 20 de enero de 2011, extirparon el clítoris a ambas menores, motivados por sus creencias culturales y religiosas, siendo conocedores ambos procesados de la prohibición de tal práctica en su país de residencia, y sin que durante dicho periodo de tiempo las mencionadas menores hayan salido del territorio nacional.

Como consecuencia de estos hechos, ambas menores resultaron con lesiones, consistentes en ausencia del glande del clítoris, no imposibilitando la relación sexual pero sí alterando el placer sexual.

Mediante Resolución de fecha 14 de diciembre de 2012, dictada por el Servei d'atenció a la Infancia i l'Adolescència de Barcelona, se declaró con carácter cautelar la situación de desamparo de las menores, con la asunción inmediata de las funciones tutelares.

Por ello, la Audiencia de instancia dictó que se debía condenar a los acusados como autores cada uno de ellos de dos delitos de mutilación genital femenina (extirpación del clítoris) a la pena de seis años de prisión para cada uno de ellos, por cada uno de los delitos por el que han sido acusados y condenados.

En este caso, el derecho a la integridad física está por encima del derecho a la libertad ideológica y de creencias. Además se constata que estos padres vivían en nuestro país desde hacía mucho tiempo, en el caso de la madre desde el año 1998, mientras que el padre desde hace 22 años, por lo que son conocedores de nuestras leyes, y conocían la prohibición de dicha práctica en nuestro país, ya que habían sido informados con anterioridad de la transcendencia penal de las ablaciones a menores.

Podemos concretar que las razones que explican esta conducta son culturales más que religiosas y están relacionadas con las costumbres sobre sexualidad y reproducción: en algunos casos, la ablación es considerada como un símbolo de limpieza e higiene porque elimina la carne impura; en otros, es un medio para realzar la feminidad y evitar que el clítoris pueda crecer como un pene, dañando al varón o al bebé en el momento del parto; en ocasiones es un rito de iniciación que posibilita la aceptación por la comunidad y la integración en el grupo; se cree también que la mutilación consigue la docilidad de la mujer, mitigando su deseo sexual y reduciendo la posibilidad de ser infiel al esposo.

Por ello en el ámbito internacional la movilización para condenar y erradicar tal práctica ha sido unánime, ya que ninguna costumbre, tradición o religión puede justificar una lesión de derechos tan básicos y esenciales.

En suma, la Convención de los Derechos del Niño obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas necesarias para abolir las prácticas tradicionales que puedan perjudicar la salud de los niños (art. 24.3).

4.3. Derecho a la identidad y al nombre

a) Concepto

La Ley de la Generalitat Valenciana indica en su art. 11 que todo menor tiene derecho a una identidad, a un nombre digno y a una nacionalidad.

A tal efecto, en los centros sanitarios y hospitalarios donde se verifiquen nacimientos deberán establecerse las garantías suficientes para la inequívoca identificación de los recién nacidos.

Cuando se tenga un conocimiento efectivo de que quienes se hallen obligados a promover la inscripción del nacimiento del menor en el Registro Civil no lo efectúen, o cuando se trate de un menor abandonado y de filiación indeterminada del que se haga cargo la Generalitat, se adoptarán, por parte de la Conselleria competente en materia de protección de menores, las medidas necesarias para efectuar dicha inscripción en el Registro Civil competente, de conformidad con lo previsto en la legislación civil.

b) Contenido

Desde el momento de su nacimiento, toda persona tiene derecho a obtener una identidad. La identidad incluye el nombre, el apellido, la fecha de nacimiento, el sexo y la nacionalidad. Es la prueba de la existencia de una persona como parte de una sociedad, como individuo que forma parte de un todo; es lo que la caracteriza y la diferencia de las demás.

El Convenio nº 19, de la Comisión Interministerial del Estado Civil (CIEC), relativo a la Ley aplicable a los nombres y apellidos, hecho en Munich el 5 de septiembre de 1980, más conocido como el Tratado de Munich, indica que “Los nombres y apellidos de una persona se determinarán por la ley del Estado del cual dicha persona sea nacional”.

En España la Ley 20/20011, de 21 de julio, del Registro Civil dedica, el Título VI, capítulo primero a la inscripción de nacimientos. Indicando en su artículo 44 que “son inscribibles los nacimientos e las personas, conforme a lo previsto en

el artículo 30 del Código Civil”. Así pues, el art. 30 del CC establece: “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”.

Por otro lado, la Ley 20/2011, de 21 de julio de Registro Civil, en su art. 50 indica que toda persona tiene derecho a un nombre desde su nacimiento. Todas las personas son identificadas por su nombre y apellidos.

Además el art. 51 de esta Ley indica que el nombre propio será elegido libremente y sólo quedará sujeto a las siguientes limitaciones, que se interpretarán restrictivamente:

1. No podrán consignarse más de dos nombres simples o uno compuesto.
2. No podrán imponerse nombres que sean contrarios a la dignidad de la persona ni los que hagan confusa la identificación.
3. No podrá imponerse al nacido nombre que ostente uno de sus hermanos con idénticos apellidos, a no ser que hubiera fallecido.

Todo niño debe ser registrado inmediatamente después de su nacimiento en el registro civil, ya que los padres tienen la obligación de informar el nombre, el apellido y la fecha de nacimiento del recién nacido.

Esta acción supone el reconocimiento inmediato por parte del Estado de la existencia del niño, y la formalización de su nacimiento ante la ley. Además, su registro permitirá al niño preservar sus orígenes, es decir, las relaciones de parentesco que lo unen a sus padres biológicos.

Es por ello, que el art. 45 de la Ley de Registro Civil indica que “están obligados a promover la inscripción de nacimiento: 1. La dirección de hospitales, clínicas y establecimientos sanitarios. 2. El personal médico o sanitario que haya atendido el parto, cuando este haya tenido lugar fuera de establecimiento sanitario. 3. El padre. 4. La madre. 5. El pariente más próximo o, en su defecto, cualquier persona mayor de edad presente en el lugar del alumbramiento al tiempo de producirse”.

Además el art. 46 establece: “La dirección de hospitales, clínicas y establecimientos sanitarios comunicará en el plazo de veinticuatro horas a la Oficina del Registro Civil que corresponda cada uno de los nacimientos que hayan tenido lugar en su centro sanitario. El personal sanitario que asista al nacimiento deberá adoptar las cautelas necesarias para asegurar la identificación del recién nacido y efectuará las comprobaciones que se determinen reglamentariamente para establecer su filiación”.

En cuanto a los menores abandonados y menores no inscritos “las entidades públicas de las Comunidades Autónomas competentes en materia de protección de menores deberán promover sin demora la inscripción de menores en situación de desamparo por abandono, sea o no conocida su filiación, así como la

inscripción de la tutela administrativa que, en su caso, asuman, sin perjuicio de la anotación de la guarda que deban asumir” (art. 47 de la Ley).

Por otra parte, desde su nacimiento, un niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad. Según las circunstancias en que se adquiriera la nacionalidad puede ser de dos tipos:

- Nacionalidad originaria o de sangre: el niño adquiere la nacionalidad de sus padres desde el momento de su nacimiento.
- Nacionalidad por residencia: aunque sus padres posean otra nacionalidad, el niño adquiere la nacionalidad del territorio en el que nace.

La nacionalidad se obtiene al registrarse en el Registro Civil. Es un elemento muy importante, ya que, en primer lugar, supone el vínculo entre la persona y la ciudadanía, y en segundo lugar, constituye la pertenencia de una persona a una nación.

La inscripción en el Registro Civil y la concesión de la nacionalidad le proporcionará al recién nacido la capacidad jurídica. Es decir, será reconocido como miembro de la sociedad, por lo que tendrá una serie de derechos y obligaciones. Además, tendrá acceso a los diferentes servicios necesarios para desarrollarse y construir su vida y su porvenir, como la educación y la sanidad entre otros.

La identidad permite a los menores beneficiarse de la protección legal, al ser amparados por sus padres y el Estado. Podrán beneficiarse del régimen de protección de menores vigente en el país, que se encargará de protegerlos contra o diferentes tipos de maltrato y explotación.

Todo menor que no haya sido inscrito en el Registro Civil carecerá de nacionalidad, por lo que será considerado un apátrida. Esto significa que el niño perdería su identidad oficial y su nacionalidad, por lo que sería invisible ante los ojos de la sociedad.

Existen dos tipos de apátridas:

- Los apátridas de iure (jurídicamente): cuando en el ámbito internacional los diferentes países no reconocen el derecho a la identidad de un determinado Estado y los habitantes del mismo. Es el caso, por ejemplo, de Palestina.
- Los apátridas de facto (son apátridas en la práctica, pero no según la ley): cuando un determinado Estado le niega la nacionalidad a una persona debido a la falta de documentos de carácter legal (como, la partida de nacimiento), problemas económicos o tensiones internas.

Para los menores, las causas de la condición de apátrida son muy diversas. Cabe mencionar la condición de refugiados de sus progenitores, la pérdida de la partida de nacimiento o pertenecer a alguna minoría étnica o indígena.

Sin embargo, la principal causa de la condición apátrida entre los menores es el hecho de no haber sido inscritos en el Registro Civil cuando nacieron. La inexistencia de una cédula de identidad personal se debe a factores muy diversos: las dificultades económicas del Estado en el que residen o que este se encuentre inmerso en un conflicto armado, por lo que la actualización de los libros del Estado Civil pasa a un segundo plano. En muchas ocasiones en las oficinas del Registro Civil se producen fallos debido a la ausencia de personal calificado y de informes, ya que suelen resultar complejos y costosos. En algunos países los padres no son conscientes de que su deber de inscribir a sus hijos no es una mera formalidad legal, sino que es de suma importancia para los menores. En ocasiones, la situación de pobreza y las creencias culturales alientan a los padres a que abandonen a sus hijos o los vendan.

Por último, otra de las causas de la condición de apátrida es el nomadismo, ya que los niños nómadas por norma general no son inscritos al nacer.

Los menores que no figuran en ningún documento o registro oficial, son conocidos como “invisibles”, ya que no hay constancia legal de su existencia. Estos menores, tienen que enfrentarse a la exclusión y a la discriminación, circunstancias desfavorables que los acompañarán el resto de su vida.

Asimismo, aquellos niños cuya identidad no sea reconocida de manera oficial, no dispondrán de documento nacional de identidad.

En España el Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónico, establece que todos los españoles tendrán derecho a que se les expida el Documento Nacional de Identidad (DNI), siendo obligatorio para los mayores de 14 residentes en España y para los de igual edad, residiendo en el extranjero, que se trasladen a España por un tiempo superior a seis meses. Los menores de 14 años podrán obtener el DNI con carácter voluntario.

El DNI es un documento público, oficial, personal e intransferible emitido por el Ministerio del Interior, que goza de la protección que a los documentos públicos y oficiales otorgan las leyes. Su titular estará obligado a mantenerlo en vigor y conservarlo y custodiarlo con la debida diligencia.

Dicho documento tiene suficiente valor, por sí solo, para acreditar la identidad, la titularidad y los datos de su titular que en él se consignen, así como la nacionalidad española del mismo.

Con carácter general, el Documento Nacional de Identidad tendrá un período de validez, a contar desde la fecha de la expedición o de cada una de sus renovaciones, de:

- Dos años, cuando el solicitante no haya cumplido los cinco años de edad.
- Cinco años, cuando el titular haya cumplido los cinco años de edad y no haya alcanzado los treinta en el momento de la expedición o renovación.
- Diez años, cuando el titular haya cumplido los treinta y no haya alcanzado los setenta.
- Permanente, cuando el titular haya cumplido los setenta años.
De forma excepcional, se podrá otorgar validez distinta al Documento Nacional de Identidad en los siguientes supuestos de expedición y renovación:
 - Permanente, a personas mayores de treinta años que acrediten la condición de gran inválido.
 - Por un año, en casos especiales, como en los supuestos en que, por circunstancias ajenas al solicitante, no pudiera ser presentado alguno de los documentos, y siempre que se acrediten por otros medios, suficientes a juicio del responsable del órgano encargado de la expedición; o en los supuestos de variación de los datos que se recogen en el Documento Nacional de Identidad, siempre que no se puedan aportar los documentos justificativos que acrediten dicha variación⁴⁴.

c) Ámbito de aplicación práctica

Como ejemplo de la aplicación práctica de este derecho se va a estudiar el caso del niño al que sus padres querían llamarle “Lobo”.

En este caso, Ignacio y María habían escogido para su hijo, nacido el 22 de julio de 2016, el nombre de “Lobo” por lo que decidieron inscribir al niño con este nombre en el Registro Civil de Fuenlabrada, lugar de nacimiento del niño.

La sorpresa de estos padres fue cuando recibieron un comunicado por parte del Registro Civil de Fuenlabrada donde se les notificaba que no podrían llamar al recién nacido por el nombre escogido, “Lobo”, ya que este podría resultar ofensivo o perjudicial para el pequeño. Por esta razón el padre días después acudió personalmente al Registro Civil, donde recibió una segunda negativa, esta vez bajo el argumento de que Lobo era usado como un apellido común en España y que, por tanto, no podía asignarse como nombre propio. Por lo que se comunicó a los padres que debían cambiar el nombre de “Lobo” por otro nombre propio y que, si estos no lo hacían, el propio funcionario inscribiría al niño con el nombre que el mismo quisiera.

⁴⁴ Portal del DNI electrónico: <https://www.dnielectronico.es>

Al negarse los progenitores a inscribir a su hijo con otro nombre propio, la empleada pública indicó que el caso pasaría a un juez. Es por ello, que un auto judicial determinó que Lobo, el nombre que los padres habían escogido para su hijo, no era válido, por lo que en un principio sería el juez quien determinará cómo se llamaría el bebé.

Finalmente, el Ministerio de Justicia, a través del Director General de los Registros y del Notariado, Javier Gómez Gállego, anunció que se iba admitir "Lobo" como nombre propio, por lo que, el niño finalmente fue registrado bajo el nombre de "Lobo".

Todo esto se debió a que, según una resolución de 2005, no se puede poner como nombre un apellido, con lo que, el responsable del Registro de Fuenlabrada no habría actuado mal, sino que habría seguido el criterio establecido por la propia Dirección General.

Este caso produjo que los criterios respecto a este nombre cambiasen, ya que los usos sociales estaban convirtiendo el nombre de Lobo como propio y mucha gente lo había puesto de segundo para evitar la prohibición que existía. Por lo que a partir del momento en que la Dirección General lo admitiera como nombre ya lo aceptarían como tal los distintos registros civiles.

El caso de Lobo es parecido al que ocurrió con Vega, que se rechazó en un principio como nombre porque era un apellido. Sin embargo, la Dirección General decidió también cambiar el criterio, porque, según su responsable, "en la práctica y realidad social eso ha cambiado, y Vega es un nombre".

La normativa del Registro Civil, data de 1957, pero ha sufrido sucesivas reformas, la última en 2011. No se pueden poner nombres contrarios a la dignidad de las personas, ni se pueden poner más de dos nombres (salvo la Familia Real que tiene una excepción), ni los que hagan confusa la identificación. Tampoco los que induzcan a error en cuanto al sexo, aunque sí los nombres neutros, como Mar o Trinidad. No se puede imponer además al bebé un nombre que tenga uno de sus hermanos, a no ser que hubiera fallecido. A partir de esta normativa, cuyo principio general es la libertad de elección, el juez encargado del Registro Civil correspondiente es quien valora en primera instancia si un determinado nombre puede inscribirse. Si deniega esta posibilidad, los progenitores pueden plantear un recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. En la práctica, por tanto, es la decisión de esta Dirección, dependiente del Ministerio de Justicia, la que prevalece, aunque contra su resolución, cabe a su vez la posibilidad de recurrir ante la jurisdicción civil en un procedimiento declarativo ordinario.

En España cada año hay cerca de 400.000 nacimientos y la Dirección General resuelve de distinta forma una media de unos mil recursos, con lo que el porcentaje es pequeño.

La Dirección confirma en gran medida los criterios de los jueces de los Registros Civiles, porque actúan conforme a la ley y la doctrina establecida por la misma.

4.4. Derecho al conocimiento de los propios orígenes.

a) Concepto

El art. 11 de la Ley Valenciana establece que la Generalitat garantizará el derecho de los menores que hayan sido adoptados a conocer sus propios orígenes, en los términos establecidos en la legislación específica que regula esta materia.

El derecho a conocer los orígenes biológicos ha sido considerado de la suficiente importancia como para ser constitutivo de un derecho humano, ya que se considera un elemento esencial del bienestar psíquico de las personas el conocer su procedencia. Este derecho a conocer es una de las dimensiones de un derecho más amplio, como es el derecho a la identidad.

La Convención de las Naciones Unidas (ONU) sobre los Derechos del Niño, reconoce en su art. 7 el derecho del niño/a a conocer y a ser cuidado por sus padres. Ese derecho a conocer los padres debe ser interpretado en sentido amplio, incluyendo los padres sociales y los biológicos. La interpretación de este artículo es variada. Por ello, los Estados que suscribieron la Convención introdujeron una matización importante: se trataba de un derecho a conocer los orígenes, “en la medida de lo posible”, lo que permite limitaciones nacionales en algunos casos.

En el ámbito de la Unión Europea, la Carta Europea de los Derechos del Niño reconoce de una forma explícita el derecho a la identidad en la esfera relativa al conocimiento de los orígenes. En dicho sentido, el art. 8.10, dispone: “Todo niño tiene derecho a la protección de su identidad, y, en su caso, deberá poder conocer ciertas circunstancias relativas a sus orígenes biológicos, con las limitaciones que impongan las legislaciones nacionales para la protección de los derechos de terceras personas. Se deberán determinar las condiciones bajo las que se dará al niño las informaciones relativas a sus orígenes biológicos, así como las condiciones necesarias para proteger al niño de la divulgación de dichas informaciones por terceros”.

El derecho a la identidad en su manifestación como derecho de toda persona a conocer su origen biológico encuadrable en la categoría de los derechos fundamentales puede invocarse a partir de algunos de los derechos, valores o principios consagrados en la Norma Fundamental, y que son esencialmente los siguientes:

- El art. 10 de la CE, que reconoce la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad. En dicho sentido, la consagración en el texto constitucional de “la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad”, permite el reconocimiento de derechos fundamentales, que tradicionalmente no habían sido recogidos por la doctrina científica y los tribunales, como sería el derecho a la identidad en su manifestación principal, es decir, el derecho de toda persona a conocer su origen biológico⁴⁵.
- El art. 14 CE, que garantiza la igualdad de todos los españoles ante la ley, sin discriminación por razón de su nacimiento... o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.
- El art. 15 CE, que consagra el derecho a la integridad física y moral.
- El art. 20.1.4) CE, que reconoce el derecho a la información.
- El art. 39.2 CE, ubicado en el Cap. III, Sección II “Principios rectores de la política social y económica”, que dispone la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y, de las madres, cualquiera que sea su estado civil, así como la libre investigación de la paternidad.

El derecho al conocimiento de los propios orígenes es, por tanto, aquel derecho que tienen las personas adoptadas o nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida de conocer la procedencia de su existencia, ya que esto se engloba dentro del derecho a la identidad.

b) Alcance subjetivo

El derecho al conocimiento de los propios orígenes implica a dos tipos de personas. De una parte, las personas que han sido adoptadas y por otra las personas que han nacido mediante técnicas de reproducción humana asistida y de donación de gametos.

El derecho del adoptado a conocer sus orígenes carece de un reconocimiento expreso en el Derecho común español, aunque se ha querido ver en el art. 180.4 del CC “un caso de verosímil permisibilidad de investigación del origen biológico del adoptado, es decir, la posibilidad de buscar, investigar quiénes son sus progenitores, sin que ello afecte a su filiación jurídica, la adoptiva”.

Sin embargo, podemos entender que dicho derecho, a pesar de su falta de regulación expresa, es como se ha dicho anteriormente un derecho de la

⁴⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L. (2004), *Elementos de Derecho civil I, parte General. Volumen segundo. Personas*. Madrid: OYKINSON, pág. 51.

personalidad que debe considerarse vigente en el ordenamiento jurídico español⁴⁶.

En España el derecho al conocimiento de los propios orígenes de las personas que han nacido mediante técnicas de reproducción humana asistida, solamente se da excepcionalmente, como dice el art. 5 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida “Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes”⁴⁷.

c) Contenido

El derecho a conocer los orígenes se encuentra comprendido dentro del derecho humano a la identidad. Se puede definir “identidad” como el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad; es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro. Esto pone énfasis en que la identidad no finaliza con la información que se obtiene de la faz estática, sino que continúa y se construye con el conjunto de valores espirituales que conforman la personalidad de cada persona.

En todo caso, este derecho incluye dos facetas: por un lado, el origen de la relación de generación (madre / padre por naturaleza o biológicos), y por otro lado, el origen genético de los rasgos de los progenitores, que son cosas diferentes. El origen de la relación biológica abarca datos genéticos y otros aspectos que tienen vinculación con la familia, como el conocimiento de los abuelos, hermanos, etc. En cambio, el origen genético les permitiría saber qué características de sus familiares biológicos directos –especialmente progenitores- se les ha transmitido.

Hay que tener presente la idea de que la voluntad de querer conocer sus orígenes no lleva implícito el querer tener contacto con su familia biológica sino que puede darse el caso y, de hecho es lo más común, de que el adoptado pretenda únicamente tener información para llenar un “vacío vital”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha encargado de destacar la importancia del conocimiento de los orígenes, consolidando el conocimiento

⁴⁶ GARCÍA VILLALUENGA, L. y LINCERO DE LA FUENTE, M. (2006), *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el derecho comparado*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. <http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/docs/derechoAdoptadoConocer2006.pdf>

⁴⁷ IGAREDA GONZALEZ, N. (2014), “El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos”. *Revista Derechos y Libertades*. Núm. 31, págs. 227-249.

como un derecho esencial para desarrollar la propia identidad que forma parte del derecho a la vida privada familiar reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Entendemos que el secreto y el anonimato son intereses en conflicto. El anonimato depende de la revelación del secreto, pues si el mismo se mantiene, el anonimato no puede siquiera plantearse. Podría decirse que existe una relación género-especie, en donde el secreto comprende no sólo el modo de concepción, sino también la identidad del donante. El secreto priva al niño de la oportunidad de preguntarse acerca de sus orígenes, pues existe una relación directa entre la revelación del secreto y la posibilidad de cuestionar el anonimato. Este último consiste en la reserva respecto de la identidad del donante. Éste es recíproco, tanto del donante como de los receptores de cualquier información relativa a su identidad. El anonimato se extiende a la imposibilidad de que estos datos los conozcan terceras personas, ajenas a las instituciones sanitarias o de conservación de gametos, lo que incluye a los nacidos a resultas de la donación.

El ejercicio del derecho a conocer los orígenes exige un proceso previo mediante el cual se toma conocimiento acerca de cómo fue la concepción y que el legislador debe facilitar. Este mecanismo previo pone en evidencia el conflicto entre el derecho a conocer del hijo y el derecho a la intimidad personal de sus progenitores o del donante. Esta puja de derechos, que en principio parecerían encontrarse en igualdad, nos obliga a observar detenidamente cómo se afectan mutuamente. Ello nos lleva a concluir que la parte más vulnerable de estas relaciones humanas es la persona nacida mediante el uso de las TRHA, quien puede verse privada, por voluntad de otros, de uno de los elementos constitutivos de su identidad. El derecho al conocimiento es inherente al principio de autonomía y el derecho de libertad. Nadie puede suplantar la decisión o el deseo de una persona a conocer sus orígenes, sean genéticos o biológicos, fundado en el derecho a decidir cómo criar a los hijos o a la intimidad personal.

Revelar el secreto en torno a la concepción de ningún modo implica la necesidad de ir más allá del hecho de tener acceso a una información médica que pueda ser relevante en un futuro para la salud de la persona. Sin embargo, no genera la necesidad de conocer la identidad de los donantes de gametos que han hecho posible su existencia. La pretensión que busca extender el derecho a conocer hasta el punto de la identificación de los donantes debe encontrar justas razones, pues entra en conflicto directo con la intimidad personal del donante. Contrario sensu, la limitación y resguardo de la identidad, el anonimato, debe guardar una justificación razonable, pues entra en conflicto con el derecho a conocer los orígenes de la persona nacida a través de la reproducción asistida.

Se puede decir, que el reconocimiento del derecho a conocer los orígenes como derecho de la personalidad debe tener como límite el respeto a los

derechos de los demás, y, especialmente, el derecho a la intimidad de las partes (art. 18 CE).

Asimismo, debe subrayarse, la necesaria confidencialidad y reserva en las actuaciones de las Administraciones Públicas dirigidas al acceso a la información de los datos sobre la filiación biológica.

La cuestión que se plantea aquí es si el derecho a conocer los orígenes tiene prevalencia sobre el derecho a la intimidad de los padres biológicos. Si se reconoce el derecho a conocer los orígenes, en principio, este tendría prioridad frente al derecho a la intimidad de los padres biológicos, en el sentido de que no se podría negar la información a la persona que solicite los datos sobre su filiación natural. Cuestión distinta es la necesaria reserva y el respeto de los derechos legítimos de terceros⁴⁸.

d) Ámbito de aplicación práctica

Según datos de la Sociedad Española de Fertilidad, 6.787 niños nacieron en España en 2011 a través de inseminación artificial con semen de donante. El número de mujeres que han decidido ser madres con este método de reproducción asistida ha crecido exponencialmente. Ello, irremediablemente, conllevará que el número de personas desconocedoras de su origen biológico sea mayor, con lo que el legislador deberá plantearse la adaptación de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida a la nueva realidad social.

Como se ha comentado anteriormente, el artículo 5.5 de la LTRA garantiza la confidencialidad de la identidad de los donantes de gametos, existiendo únicamente una posibilidad de conocer el origen biológico en supuestos de peligro sobre la vida o la salud del hijo o en supuestos requeridos por la legislación procesal penal. No es una novedad el debate jurídico sobre el derecho al conocimiento de la identidad del progenitor del hijo nacido mediante estas técnicas versus el derecho al anonimato del donante. Un amplio sector de la doctrina se inclina sobre la superioridad de los derechos del hijo en base, principalmente al artículo 39.2 de la Constitución Española, que protege el derecho a la investigación de la paternidad y la Convención Internacional de Derechos del Niño, que en sus artículos 3, 7 y especialmente el artículo 8, que incide en el derecho del menor a conocer su identidad, así como el Convenio de La Haya de 1993 sobre protección del niño y cooperación en materia internacional que en el artículo 30 obliga a los Estados a conservar la información sobre la identidad de los padres, entre otras cuestiones.

⁴⁸ GARCÍA VILLALUENGA, L. y LINCERO DE LA FUENTE, M. (2006), *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el derecho comparado*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. <http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/docs/derechoAdoptadoConocer2006.pdf>

En el ámbito europeo, la Carta Europea de los derechos del niño de 1992 regula en su artículo 8.10 que “todo niño tiene derecho a la protección de su identidad y, dado el caso, deberá poder conocer ciertas circunstancias relativas a sus orígenes biológicos, con las limitaciones que impongan las legislaciones nacionales para la protección del derecho de terceras personas”.

Los argumentos a favor del anonimato del donante se centran, principalmente, en los derechos de los padres, y del aportador del material genético. En el caso de los padres a ocultar al hijo la incapacidad biológica para la concepción, y en relación al donante, la protección del derecho a su intimidad personal y familiar.

La STC 116/1999 de 17 de junio de 1999, que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad formulada contra la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988, en el examen de la colisión de la norma cuestionada con el artículo 39.2 de la CE, lo resuelve indicando que, en el supuesto de que no se protegiera la identidad del donante, las posibilidades de obtener material genético disminuirían, privando a la ley de su espíritu, esto es, la resolución de problemas de esterilidad.

En términos de Derecho Comparado se observa cómo muchas legislaciones sobre reproducción asistida que, en un inicio, contemplaban la primacía del derecho al anonimato del donante, han modificado este aspecto para otorgar mayor protección al derecho de las personas a conocer sus orígenes biológicos y, por tanto, su identidad. Así, en Suecia, Suiza, Austria, Islandia, Finlandia, Noruega, Países Bajos, Reino Unido, Bélgica o Nueva Zelanda no se permite el anonimato de los donantes, mientras que en España, Francia y Grecia tiene mayor peso este último aspecto.

4.5. Derecho a la libertad ideológica y de creencias.

a) Concepto

La libertad ideológica y la religiosa constituyen libertades diferenciadas. La CE las contempla conjuntamente en su artículo 16, otorgándoles el mismo tratamiento.

La libertad religiosa es una libertad clásica en la historia del constitucionalismo. El reconocimiento expreso de la libertad ideológica representa una innovación de la CE.

Ambas libertades pueden considerarse manifestación de una genérica libertad de pensamiento. La libertad de pensamiento sería el derecho de toda persona a mantener con libertad sus propias ideas y convicciones y a manifestarlas

externamente mediante la palabra o sus propios actos. Dentro de esta libertad de pensamiento, la libertad ideológica puede definirse como el derecho a mantener las ideas y convicciones de cualquier tipo sobre la sociedad y la comunidad política. La libertad religiosa, por su parte, consiste en el derecho a mantener las ideas y convicciones propias sobre el origen del hombre, sobre la existencia de un ser (o varios) superior al hombre y creador de todo lo existente, o sobre concepciones análogas sobre el origen y sentido de todo el universo.

El menor tendrá garantizado en la Comunidad Valenciana, según el artículo 12 de la Ley, el pleno reconocimiento de los derechos derivados de la libertad de ideología, conciencia y religión, así como su ejercicio, por sí mismo o bajo la orientación de sus padres o representantes legales, siempre que contribuya a su desarrollo y según la evolución de sus facultades, pero dentro, en todo caso, del respeto al derecho a la vida y a la integridad física o psíquica, así como a los derechos de los demás.

La libertad ideológica es entendida como el derecho individual a tener unas determinadas ideas, creencias o convicciones. Nos encontramos ante una libertad fundamental de la persona cuyo objeto son las ideas y creencias personales, ideas y creencias que pueden denominarse convicciones y que pueden conformar en la conciencia individual un sistema general.

En cuanto a la libertad de culto o libertad religiosa, constituye un derecho fundamental que se refiere a la opción de cada ser humano de elegir libremente su religión, de no elegir ninguna (irreligión), o de no creer o validar la existencia de un Dios (ateísmo y agnosticismo) y ejercer dicha creencia públicamente, sin ser víctima de opresión, discriminación o intento de cambiarla a la fuerza.

La Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, en su artículo 2.1 establece que la libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a:

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.

b) 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.

c) 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.

d) 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.

STEIN⁴⁹ considera la libertad de creencias englobando tanto a la libertad ideológica como a la religiosa. La libertad ideológica sería aquella referida a las convicciones de los individuos en relación a la posición del hombre en el mundo y su relación con los poderes supremos, libertad que incluye la prohibición de que el Estado influya sobre la formación y existencia de esas convicciones. El poder comportarse de acuerdo con las ideas y creencias personales –además de tenerlas, poder manifestarlas conforma el ámbito de lo protegido por el artículo 16 CE, que es proteger, en este caso, el ejercicio de la libertad de pensamiento. La libertad ideológica, pues, no sólo comprende la libertad en el foro interno, sino también el derecho a manifestar las propias convicciones así como a comportarse externamente de acuerdo con ellas, incluso contemplando el rechazo de los deberes jurídicos incompatibles con éstas (relación esencial con la objeción de conciencia)⁵⁰.

b) Alcance Subjetivo

La persona como individuo es, fundamentalmente, el sujeto activo del derecho a la libertad ideológica. Pero también debemos considerar a las «comunidades» (sujeto colectivo) como titulares de este derecho, ya que la libertad religiosa es susceptible de ser ejercida colectivamente. Es por ello que la eficacia jurídica de este precepto puede extenderse igualmente al ejercicio colectivo o grupal de la libertad ideológica.

c) Contenido

Ambas libertades presentan una doble faceta, la puramente personal e interior del individuo y la proyección exterior de la misma. En su proyección interna ambas libertades pueden considerarse ilimitadas, pero en su proyección externa, la CE contempla expresamente la existencia de determinadas restricciones.

Desde una perspectiva interior a la propia persona, la libertad de pensamiento puede considerarse como el reducto más íntimo del individuo y es ciertamente

⁴⁹ STEIN (1973), *Derecho Político*.

⁵⁰ PERALTA MARTÍNEZ, R. (2012), "Libertad ideológica y libertad de expresión como garantías institucionales", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Núm. 16, págs. 251-283.

ilimitada. Este carácter irrestricto se manifiesta en el derecho, expresamente reconocido en el apartado 2 del mismo art. 16 de la CE, a no ser obligado a declarar sobre la propia ideología, religión o creencias, derecho que hay que entender referido tanto frente a los poderes públicos como frente a terceros particulares. Ahora bien, este derecho no impide renunciar a su disfrute cuando voluntariamente así se desee. Sin embargo, en razón de diversas circunstancias y dentro de ciertos límites, puede ser legítimo que tanto los poderes públicos como los particulares puedan condicionar determinados actos al conocimiento de la ideología o creencias de una persona cuando a ello les habilite el ejercicio legítimo de derechos constitucionales propios, o la protección de valores o intereses generales de relevancia constitucional. Así, en cuanto a los particulares se refiere, el ejercicio de su propia libertad de ideología y religión ampara sin duda el que una asociación o club de opinión condicione el ingreso en la misma a la declaración de comulgar con las creencias u objetivos ideológicos de dicha asociación. Se trata, en tales casos, de una ponderación de derechos que en ese caso se inclina a favor de quien exige la declaración: la prohibición constitucional debe ceder en una situación en la que el sujeto pretende a su vez un “beneficio” para el que es pertinente y proporcionando la coincidencia ideológica o religiosa.

En relación con el Estado, su neutralidad ideológica y confesional circunscribe mucho más su capacidad de exigir la declaración de ideología o religión. Sin embargo, existen supuestos en que ello es posible, e incluso hay alguno expresamente contemplado por la propia CE, como la objeción de conciencia. En este y en otros casos, la defensa de ciertos intereses generales podría justificar que los poderes públicos requiriesen la declaración de ideología o religión, como puede ocurrir con la defensa nacional en relación con ciertos puestos de trabajo directamente relacionados con aspectos sensibles de la misma.

En cuanto a la proyección exterior de las libertades de ideología y religión, tanto una como otra se solapan con otras libertades. La manifestación exterior de la libertad religiosa presenta, sin embargo, un perfil más característico y recibe la denominación específica de libertad de culto.

La libertad ideológica se entrelaza inevitablemente en su proyección exterior con la libertad de expresión, la libertad de enseñanza e, incluso, con las libertades de asociación, reunión y manifestación⁵¹.

La CE no hace una referencia expresa al niño o niña como titular de estos derechos, pero la falta de una mención expresa al menor de edad no puede, en ningún caso significar que no sea titular de los mismos. Por lo que no cabe duda

⁵¹ ALCÓN YUSTAS, M.F., ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I., ASTARLOA HUARTE, I., CORREA SOSA, I., MACÍAS JARA, M., MÉNDEZ LÓPEZ, J.L., DE MOTALVO, F. y RIPOLLÉS SERRANO, M.R. (2016), *Lecciones de Derecho Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 197-199.

que todas estas previsiones constitucionales les son aplicables ya que el texto constitucional dispone en su artículo 10.2 que: “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 al ser un derecho básico de la personalidad, caracterizado por su carácter inalienable y esencial a la propia existencia humana y cuyo fundamento radica en la misma dignidad humana”.

Cuando hablamos del derecho de libertad religiosa del menor de edad debemos partir del hecho de que es un titular “pleno” y un ejerciente “progresivo” –en función de su grado de madurez y, por ende, de su capacidad natural- de todos sus derechos fundamentales, sino también de que al ser un sujeto cuya personalidad se halla en proceso de formación, la efectiva garantía de su derecho de libertad religiosa y de conciencia lo que requiere “una protección jurídica reforzada del proceso de gestación y maduración de su conciencia”⁵².

Es en la esfera familiar donde surgen mayores complicaciones para conciliar el ejercicio de los derechos de la personalidad del menor con los derechos y responsabilidades de quienes ejercen la “patria potestad” sobre ellos. Además, dada la heterogeneidad de situaciones que pueden plantearse y la singularidad de cada una de ellas, hace muy difícil su sistematización.

MARTÍN SÁNCHEZ⁵³ en su interesante trabajo considera que su problemática se puede sintetizar en varias cuestiones principalmente:

- a) Entre la patria potestad y la educación religiosa del menor.
- b) La incidencia de los contrastes entre los titulares de la patria potestad con la educación de sus hijos menores.
- c) Por último, los posibles conflictos entre el ejercicio de la libertad religiosa del menor frente a los titulares de la patria potestad.

En cuanto a la primera cuestión, debemos partir de la idea de que cuando el menor, debido a su escasa edad, no sea capaz de adoptar decisiones por sí mismo, la religión o convicción en la que será educado lógicamente, será la que le inculquen sus padres en función del derecho que tienen reconocido en los textos internacionales de Derechos humanos y a nivel constitucional.

⁵² VALERO HEREDIA, A. (2004), *Constitución, Libertad religiosa y minoría de edad*. Un estudio a partir de la sentencia 154/2002, del Tribunal Constitucional. Valencia: Universidad de Valencia, pág.45.

⁵³ MARTÍN SÁNCHEZ, I. (2002), *La recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*, Málaga: Ed. Comares, pág. 28.

En lo que respecta a la segunda cuestión, cuando existen desavenencias sustanciales entre los titulares de la patria potestad relativas a la educación religiosa e ideológica de sus hijos, cuando hay una ruptura la actuación del Estado y de los órganos judiciales posee un carácter esencial, pues están obligados a preservar y tutelar los derechos del menor ante el posible riesgo de que éstos puedan ser vulnerados en el seno familiar.

La decisión última corresponderá al juez que será el que siguiendo como criterio prioritario el principio del interés superior del menor adoptará las medidas que estime oportunas. No es razonable cambiar la orientación religiosa e ideológica en la que viene siendo educado el menor cuando viene recibéndola durante varios años y que está conforme a su voluntad. Esto parece lo más razonable, pues lo contrario podría alterar el proceso educativo del menor, con consecuencias negativas.

En lo que respecta a la tercera cuestión, es decir, los hipotéticos conflictos que pueden surgir entre el ejercicio del derecho de libertad religiosa y de conciencia del menor y la de los que ejercen sobre él ejercen la patria potestad, se ha de entender que cuando el menor tenga suficiente madurez de juicio -que tendrá que ser comprobada judicialmente en cada caso concreto- el menor podrá seguir su propia orientación religiosa o ideológica aún en contra de la voluntad de quienes ejercen sobre él la patria potestad.

Y aunque en principio los titulares de la patria potestad tienen que tender a ser imparciales ante el fenómeno religioso, la realidad nos muestra, que intentarán convencer al menor para que siga las convicciones religiosas e ideológicas por ellos profesadas. Pero de ninguna manera podrán traspasar los límites implantados por el artículo 9, 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pues estarían incurriendo en el denominado “proselitismo abusivo” prohibido por dicho precepto⁵⁴.

Hay que contar con el hecho de que el menor está en un proceso de formación de su propia identidad ideológica, religiosa, etc. Desde este punto de vista, los padres o tutores no sólo tienen el derecho y el deber de cooperar para que el ejercicio de esta libertad contribuya a su desarrollo integral, sino lo que es más importante, tienen el derecho y el deber de cooperar en la propia formación y desarrollo de la conciencia ideológica y religiosa del menor.

La libertad ideológica del menor se puede vulnerar por los propios padres, cuando la educación o formación que está recibiendo posea, por ejemplo, tintes sectarios o contrarios a la dignidad humana.

⁵⁴ LIÑAN GARCÍA, A. (2014), “La protección jurídica del menor: especial incidencia de la esfera familiar en su derecho de libertad religiosa y de conciencia”, *Anales del Derecho*. Núm. 32, págs. 1-28.

d) Ámbito de aplicación práctica

Para conocer el ejercicio en la práctica de este derecho, se ha estudiado la STC 141/2000, de 29 de mayo. Esta sentencia se basa en los siguientes hechos: la señora García y el señor Carrasco deciden separarse a causa de la incorporación del marido al denominado "Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España" y que desde ese momento había hecho dejación de sus obligaciones familiares, "presionado" a su esposa para que se adhiriera a dicha organización. Entre las medidas solicitadas se pretendía la restricción del régimen de visitas del Sr. Carrasco a los dos hijos habidos en el matrimonio, ambos menores de edad (de 5 y 12 años), como consecuencia de su pertenencia a dicho movimiento y por el proselitismo que de su ideario hacía tanto para con su esposa como para con sus hijos "por su deseo de liquidar sus bienes e ir a vivir con sus compañeros de militancia", resultando conveniente, se seguía diciendo en la demanda de separación, "mantener a los menores al margen de cualquier tipo de adoctrinamiento que les pueda acarrear perjuicios en su desarrollo psicológico y en su educación". Se solicitaba también un régimen de visitas en fin de semana atendiendo al "peculiar hábito alimenticio que sigue el padre según los preceptos del movimiento al que pertenece".

El Sr. Carrasco contestó a la demanda, oponiéndose en particular a las restricciones al régimen de visitas solicitadas por su esposa, Sra. García. En su contestación argumentaba el Sr. Carrasco que de ningún modo había hecho proselitismo de sus creencias en el seno de su familia, y que su conducta en todo caso resultaba amparada por el ejercicio de la libertad religiosa garantizada en el art. 16 CE. A su juicio, la causa de la ruptura matrimonial estaba en el desafecto entre ambos cónyuges y el deterioro de sus relaciones. Junto con la contestación a la demanda, el ahora recurrente en amparo aportó copia de los Estatutos del "Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España", inscrita en el Registro de Asociaciones, según diligencia de 4 de febrero de 1991 del Ministerio del Interior y un folleto explicativo del fin social y las actividades de dicha asociación.

Entre las diversas pruebas practicadas en el proceso civil, debe señalarse por su relevancia el Informe del Equipo Psicosocial, de 8 de noviembre de 1995, en el cual se concluye que, aunque el Sr. Carrasco no ha supuesto una influencia negativa para la educación y socialización de los menores, sí se han advertido síntomas de alteración emocional o pérdida de capacidad de percepción de la realidad. Por ello, el Informe también constató que no se habían apreciado razones en contra para que la relación paterno-filial se desarrollase mediante un régimen ordinario de visitas. No obstante, se advierte en dicho Informe, que la asociación podría desprenderse el carácter de "secta destructiva" de la misma "y, en consecuencia, la relación de los niños con la misma tendría un potencial efecto negativo en su desarrollo, por lo que se estima debería evitarse dicho contacto excluyéndolo, explícitamente, en la regulación del régimen de visitas".

La sentencia acordó la separación y las siguientes medidas sobre los hijos menores: atribuir su guarda y custodia a la esposa, compartiendo ambos progenitores la patria potestad, y estableciendo como régimen de visitas a favor del padre los fines de semana alternos desde las 20 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo, la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa, Fallas y de verano, añadiendo, "con prohibición expresa al padre de hacer partícipe a sus hijos de sus creencias religiosas así como la asistencia de los menores a cualquier tipo de acto que tenga relación con aquéllas".

En este caso, la señora García recurre la sentencia, y la Audiencia Provincial de Valencia, estimó parcialmente el recurso de apelación, acordando respecto del régimen de visitas su limitación a fines de semana alternos desde las 10 horas hasta las 20 horas, sábados y domingos, "sin pernoctar en domicilio del apelado, suprimiendo todos los períodos vacacionales", para así preservar el interés de los menores frente a la influencia de las ideas y prácticas del citado Movimiento.

A esta sentencia el señor Carrasco recurre y se le da la razón porque se declara que ha sido lesionada la libertad ideológica (art. 16.1 CE).

En este sentido, cabe destacar que el TC en su fundamento noveno, ha declarado que "frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de estos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el "interés superior" de los menores de edad".

En definitiva, este fundamento viene a decir que las creencias de los padres nunca pueden afectar al interés superior de los menores.

4.6. Derecho a la libertad de expresión y a la creación intelectual

a) Concepto

Los menores gozarán en la Comunidad Valenciana según el art. 13 de la Ley 12/2008 del derecho a la libertad de expresión en los términos previstos en la Constitución y en las Leyes, y con los límites de respeto de los derechos de los demás y de protección, en su caso, a la intimidad e imagen del propio menor.

Este derecho implica, en especial, la posibilidad de que el menor exprese y difunda libremente sus ideas y opiniones, así como informaciones veraces, a través de cualquier medio de comunicación.

Asimismo, los menores gozarán en la Comunidad Valenciana del derecho a la creación literaria, artística, científica y técnica, así como del reconocimiento y atribución de los derechos derivados del hecho de la creación.

El art. 20 de la CE reconoce y garantiza la libertad de expresión en sus diversas manifestaciones, así como el ámbito constitucional esencial de su regulación. En el primer apartado del art. 20 se reconoce el derecho a “expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”.

La libertad de expresión, reconocida como derecho constitucional, conlleva el derecho a la creación intelectual o poder jurídico de utilizar una aptitud o virtualidad para producir una determinada entidad cultural. Esta podrá ser objeto de un derecho subjetivo que protegerá la creación del talento, consiguiéndose así promover la creatividad y enriquecer el acervo de conocimientos y cultura de la sociedad. Para ello es preciso que el derecho subjetivo referido otorgue seguridad para las inversiones necesarias a la producción industrial del producto cultural y estimule, mediante la debida compensación económica, la labor de los creadores de cultura.

b) Contenido

La libertad de expresión ampara cualquier expresión o difusión de ideas u opiniones. Ello significa que se protege tanto la actividad única e irreplicable de comunicación, como la difusión de un hecho expresivo a un público numeroso mediante cualquier técnica de reproducción.

La actividad de expresar o difundir ideas u opiniones ha de ser libre, lo que supone que no ha de haber restricciones previas ni por parte del Estado, ni, en su caso, por parte de sujetos privados. Cualquier restricción previa proveniente de poderes o entidades de carácter público constituiría, en principio, una modalidad de censura, proscrita de forma taxativa por el art. 20.2 de la CE.

En cuanto a las restricciones procedentes de particulares, quedan igualmente excluidas por el art. 20.1 a), salvo que constituyan a su vez supuestos de legítimo ejercicio de otros derechos, comprendidos en el art. 20.4 de la CE. En principio, las restricciones ilegítimas a la libertad de expresión están explícitamente proscritas por las leyes penales o sancionadoras.

Son cuatro las diferentes manifestaciones de la libertad de expresión reconocidas de forma autónoma por la CE: la libertad de expresión en sentido

estricto, o derecho a manifestar libremente las propias ideas y opiniones; la libertad de creación literaria, artística, científica y técnica; la libertad de cátedra literaria o derecho a la libre expresión de los docentes; y la libertad de información, o derecho a transmitir y recibir libremente información veraz.

La libertad de expresión es el derecho que tiene el individuo a difundir públicamente, por cualquier medio y ante cualquier auditorio, cualquier contenido simbólico. Puede ejercerse verbalmente, en una reunión, concentración o manifestación; por escrito, a través de libros, periódicos, carteles o panfletos; utilizando ondas radioeléctricas o impulsos eléctricos (radio, televisión, internet); a través de imágenes proyectadas en una pantalla, o del sonido registrado en discos y cintas magnéticas; mediante la acción dramática y la utilización de símbolos, etc.

Cada niño tiene derecho a expresar libremente sus opiniones sobre los asuntos que tengan que ver con su vida. Además, un niño no debe ser víctima de ninguna presión que trate de obligarlo o influenciarlo en su opinión y que le impida expresarse libremente.

La libertad de expresión de los niños implica igualmente su derecho a la información. Los niños tienen derecho a saber lo que sucede y a acceder a la información que les interese. Los niños pueden así conocer los problemas actuales, informarse y crear su propia opinión sobre temas de actualidad.

Dentro de la creación intelectual se encuentra la libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, la formulación como derecho autónomo de esta libertad de expresión presente en la CE. El apartado 1 b) del art. 20 de la CE emplea expresiones que abarcan dos formas de ejercicio de la libertad de expresión: la creación o producción artística y literaria por un lado y la científica y técnica por otro. La libertad de creación artística y literaria ampara la labor creativa de cualquier género.

Conviene no confundir el derecho a la creación artística y literaria y a la creación científica y técnica, con los derechos de propiedad intelectual e industrial. Mientras aquellos son derechos de naturaleza constitucional que se completan básicamente con el propio acto de la creación y expresión sin trabas, los derechos de propiedad intelectual e industrial son derechos sobre la obra ya creada y de naturaleza distinta y básicamente económica. Hay que matizar, sin embargo, que la actual legislación de propiedad intelectual, tanto en el derecho comparado como en el derecho español, reconoce lo que se ha denominado “derecho moral de autor”.

El derecho moral de autor contiene, entre otras facetas, la de decidir si su obra ha de ser o no divulgada, la de determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o anónimamente, exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra y exigir el respeto a la integridad de la obra e

impedir cualquier deformación, modificación o atentado contra la misma, teniendo en cuenta también, en su caso, los legítimos derechos del propietario actual de la obra.

c) Ámbito de aplicación práctica

Un cuadro dibujado por un niño con sus dedos está tan protegido por el derecho de autor como la obra maestra de un pintor famoso.

A partir del momento en que el menor de edad dibuja una imagen o escribe un poema, sus obras pasan a estar protegidas por el derecho de autor; es la protección que le otorga el Estado al creador de las obras literarias o artísticas desde el momento de su creación y por un tiempo determinado.

Sus obras están bajo protección del derecho de autor en el momento en que se crea y se fija en una forma tangible, que es perceptible directamente o con la ayuda de una máquina o dispositivo.

El dueño del derecho de autor de una obra específica es la persona que ha creado esa obra y es el titular de derechos morales y patrimoniales sobre la misma. Aún cuando ese autor sea un menor de edad, él será considerado como autor y titular de los derechos sobre sus obras pero, no obstante, el ejercicio o disposición de sus derechos podrá estar sujeto a que lo realicen –en su nombre– los padres o representantes de dicho menor.

Los menores de edad pueden solicitar a través de sus padres o representantes legales el registro de su derecho de autor y la Dirección Nacional de Derecho de Autor efectuará el registro a menores, pero las leyes condicionan las transacciones relacionadas a los derechos de autor cuyos titulares sean menores, las cuales solo pueden ser realizadas válidamente a través de los padres o representantes.

Cuando el autor de una obra es menor de edad, la solicitud de registro debe ser realizada por alguno de sus padres o representante legal, siendo necesario que adjunte a los documentos la inscripción en el registro civil del nacimiento, para probar la relación de parentesco existente entre el solicitante y el menor.

Más allá del puro interés monetario, en el caso de los niños, la Constitución preserva, como derecho fundamental suyo, el de no ser explotados económicamente ni de otra forma, lo cual significa que, con carácter dominante, el mandato superior ha querido asegurarles que los resultados de su creatividad artística o literaria no puedan ser usados para efectos editoriales sin su consentimiento, así sea únicamente con finalidades académicas o didácticas y menos todavía publicados sin la referencia expresa al menor a cuya autoría se deben. Se trata, ni más ni menos, del reconocimiento constitucional a los valores

del niño, a su autoestima, a su libertad de expresión, a sus aptitudes y posibilidades, importantes para su futuro desarrollo.

4.7. Derecho a la información

a) Concepto

Los menores de edad, según el art. 14 de la Ley Valenciana, tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su edad y condiciones de madurez.

La Generalitat velará para que la información que reciban los niños y adolescentes sea veraz, plural y respetuosa con los principios contenidos en la Constitución y el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, y el resto del ordenamiento jurídico.

Además se adoptarán las medidas pertinentes para garantizar que los adolescentes reciban una educación integral en materia afectiva y sexual que sea rigurosa, comprensible, accesible y de calidad.

La Generalitat facilitará el acceso de los menores a los servicios de información, documentación, bibliotecas, hemerotecas y demás servicios culturales de la Comunidad Valenciana.

El art. 20 de la CE ha formulado como derecho autónomo dentro de la libertad de expresión el derecho a “comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”, a lo que denominamos libertad de información.

b) Contenido

La libertad de información ha merecido un tratamiento específico y relativamente diferenciado de la libertad de expresión. La libertad de información comprende el derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión, así como el derecho recíproco a recibir de la misma manera dicha información; por ello se puede decir que la libertad de información se integra por estos dos derechos.

El derecho a difundir libremente información veraz, obviamente comprende el derecho a la obtención del contenido de dicha información; por ello se trata de un derecho implícito en el art. 20.1 d) CE, que es el medio necesario para el ejercicio de la información en sí.

Este derecho resulta especialmente importante en relación al Estado, por el necesario carácter público, entre otras cosas, de sus actuaciones. En relación a los particulares es más compleja la actuación de la obtención de información,

toda vez que estos pueden oponer los derechos del ámbito personal reconocidos en el art. 18, como por ejemplo honor, intimidad personal y familiar, propia imagen, etc.

Por lo que se refiere al contenido de la información, el TC ha insistido en la diferencia entre la libertad de expresión *strictu sensu*, que constituye un medio de transmisión de opiniones, y la libertad de información que debe perseguir la difusión del conocimiento sobre los hechos que constituyen su contenido. La STC 105/1990(Caso José María García) resulta paradigmática sobre la valoración del derecho a transmitir opiniones, y de otra parte, el requisito de la veracidad en relación al contenido de las informaciones contenidas.

El derecho a difundir libremente la información veraz comprende asimismo el derecho a la búsqueda y obtención de información. No puede difundirse información sin haberla previamente recolectado.

Por lo que se refiere a la “veracidad” en la información, debemos entender en principio la correspondencia de los hechos y circunstancias descritos con la realidad manifestada fácticamente. El TC ha señalado que no podría pretenderse que tal correspondencia sea absoluta. La objetividad en la información es un presupuesto de carácter teórico, aunque de difícil realización práctica, debido al alto componente de subjetividad de que es susceptible su transmisión. Por ello el TC ha interpretado el requisito de la veracidad en el sentido de que el contenido de la información sea suficientemente contrastado antes de su divulgación.

A pesar de que pueda existir algún error o inexactitud, dicha información contrastada, por lógica deberá presentar una correspondencia elemental con lo sucedido en la realidad. Por ello el control sobre la veracidad consistirá en ponderar la suficiente contrastación de los hechos aun cuando pueda existir alguna puntual falta de correspondencia en algún extremo de poca relevancia de quien procesa los datos de información.

Entre otros criterios para determinar la veracidad de la información está el de citar la fuente de la información o ponerla en boca de la misma. Las consecuencias de la falta de veracidad pueden ser múltiples en función de los derechos que se pudieren vulnerar. Lo que resulta indiscutible es que cuando esta se refiere a derechos personales, si no es veraz, primarán estos sobre la libertad de información. Tal es el caso más habitual del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, que suelen resultar vulnerados con cierta habitualidad cuando no exista veracidad en la noticia⁵⁵.

⁵⁵ DE BARTOLOME CENZANO, J.C. (2003). *Derechos fundamentales y libertades públicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 174-176.

c) Ámbito de aplicación práctica

La infancia y la juventud gozan constitucionalmente de una especial protección que establece límites claros a la libertad de información. Informar es libre pero ante los menores esa libertad palidece, tropieza con exigencias y responsabilidades inmediatas. Y está bien que así sea, pero sin que la aparición de la infancia en el relato informativo signifique un riesgo excesivo; tanto como que para evitar ese riesgo, haya que olvidar de su existencia. Esa sería una actitud cobarde, irresponsable, porque hay niños y merecen espacio en los medios, espacio y debate. Sacrificar la presencia de la infancia en los medios, para evitarse problemas, sería un atentado contra la libertad.

Los periodistas individualmente, y las redacciones, en sus procedimientos de trabajo, especialmente las de televisión, deben ser conscientes de la singular naturaleza informativa de la infancia y dedicar algún rato a analizar la presencia de la infancia en el relato informativo. Sin esa reflexión crítica, sin que los casos concretos hayan sido analizados en cada redacción para disponer de procedimientos, alertas y experiencia, habrá riesgo de tropiezo en cualquier tratamiento apresurado de noticias que implique a niños. Sin esa reflexión previa, sin criterios bien asentados, lo más probable es que el tratamiento informativo sea incorrecto e incluso que se produzca mala práctica con consecuencias no deseables.

Se ha extendido la tendencia de difuminar el rostro de los adolescentes, especialmente en la crónica rosa (o amarilla) que llenan los programas de entretenimiento de algunas televisiones, simultáneamente a la utilización de los menores como coartada y excusa para hablar de sus familias. La persecución de famosos en las puertas de los colegios de sus hijos forma parte de la mala práctica profesional que habría que desterrar y que hay que condenar. Y entre los primeros responsables están los responsables de los medios que compran esa información o que la usan en sus competitivos programas de cotilleo⁵⁶.

Es por todo ello, que se van a plantear una serie de directrices éticas para la información sobre la infancia, que tienen como objetivo aportar orientaciones básicas para los medios de comunicación, pero que también son de utilidad para las autoridades administrativas, policiales y judiciales que participan en el sistema de justicia, sobre cómo abordar los temas relacionados con la protección de la infancia a fin de respetar en todo momento su interés superior y su dignidad como seres humanos.

Directrices para informar sobre los niños:

⁵⁶ Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, Consejo general de la Abogacía Española, Asociación de la Prensa de Madrid (2011), *Menores en los medios de comunicación*, <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/07/Libro-menores-en-los-medios.pdf>

1. No aumentar el estigma del niño. Evitar las clasificaciones o las descripciones que puedan exponer al niño a represalias negativas, incluidos los daños físicos o psicológicos adicionales, o el abuso de por vida, la discriminación o el rechazo por parte de su comunidad local.

2. Proporcionar siempre un contexto adecuado a la historia o la imagen infantil.

3. Se deberá cambiar siempre el nombre y oscurecer la identidad visual de todo niño que se identifique como víctima de abusos o de explotación sexuales; o como autor de abusos físicos o sexuales; imputados o condenados por un delito; VIH positivo o que viva con el SIDA –a menos que el niño, un progenitor o un tutor dé su consentimiento con pleno conocimiento de causa–; o cuando esté acusado o condenado por un delito.

4. En circunstancias de riesgo o riesgo potencial de daño o represalia, se deberá cambiar el nombre y oscurecer la identidad visual de todo niño que se identifique como combatiente infantil, actual o antiguo, solicitante de asilo, refugiado o desplazado interno.

5. En ciertos casos, utilizar la identidad del niño –su nombre o imagen reconocible– forma parte del interés superior del niño. Sin embargo, cuando se utilice su identidad, el niño deberá seguir estando protegido contra cualquier daño y apoyado ante cualquier estigmatización o represalia.

Directrices para entrevistar a los niños y niñas:

1. No dañar en ningún modo al niño, niña o adolescente. Hay que evitar las preguntas, las actitudes o los comentarios que impliquen juicios de valor, que sean insensibles a los valores culturales, que pongan al niño en peligro o que lo expongan a la humillación, o que reactiven el dolor y la pena debidos a acontecimientos traumáticos vividos.

2. No discriminar, a la hora de elegir a los niños que serán entrevistados, por razones de género, raza, edad, religión, situación, formación académica o capacidades físicas.

3. No inducir a la interpretación. No debe pedirse a los niños que cuenten una historia o actúen de un modo que no forme parte de su propia historia.

4. Asegurarse de que el niño, o su tutor, sepa que está hablando con un periodista. Explicar la finalidad de la entrevista y su uso previsto.

5. Obtener el permiso del niño y de su tutor para todas las entrevistas, grabaciones en vídeo y, si es posible, las fotografías documentales. Cuando sea posible y apropiado, este permiso debe obtenerse por escrito. El permiso debe obtenerse en circunstancias que garanticen que no se fuerza en modo alguno al niño ni a su tutor.

6. Prestar atención al lugar y al modo en que se entreviste al niño. Limitar el número de entrevistadores y fotógrafos. Procurar asegurarse de que los niños están cómodos y son capaces de contar su historia sin presión exterior.

4.8. Derecho al honor, intimidad y propia imagen

a) Concepto

El art. 15 de la Ley Valenciana indica que los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como el secreto de las comunicaciones.

El art. 18 de la CE garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Los derechos contenidos en este artículo tienen todos ellos en común la protección de un bien jurídico común, la vida privada. Se trata así de derechos que derivan de la dignidad de la persona reconocida en el art. 10 CE.

Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen son aquellos derechos subjetivos, que se encuadran dentro de los derechos de la personalidad, y que tienen por objeto el goce y disfrute, jurídicamente reconocido, de los bienes honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, de los que son titulares todas las personas desde que adquieren capacidad jurídica como así establece el art. 30 del CC.

Si bien la protección de los derechos al honor, intimidad personal y familiar, y propia imagen se lleva a cabo de forma conjunta tanto en el art. 18.1 CE, como en la LO 1/1982 y en la LOPJM. Jurisprudencia y doctrina coinciden en afirmar que se trata de tres derechos distintos, cada uno con su propio contenido.

El honor se puede definir de muchas formas y todas comportan un alto grado de abstracción en cuanto se refieren a la autonomía y al reconocimiento social que en una comunidad se produce respecto de una persona. Queda claro que esta valoración, aprecio o estima se hará depender de unos valores o principios que son comúnmente aceptados por esa comunidad y que cumplen en una persona determinada. De ahí el carácter abstracto al que nos referimos.

El honor es un derecho estrechamente relacionado con la dignidad de la persona, y por ello se ha protegido tradicionalmente en la legislación penal mediante diversos tipos como por ejemplo la calumnia o la injuria, en la que resulta especialmente relevante el elemento subjetivo del tipo del animus injuriandi, esto es, tener la voluntad de dañar el honor por parte del que injuria.

Así, por honor se entiende «la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona». Es decir, el honor presenta una vertiente externa (la fama, reputación o estimación que los demás hacen de nuestra dignidad) y una vertiente interna o subjetiva (el sentimiento o estimación que la persona tiene de su propia dignidad). Esto conlleva que al titular del derecho al honor se le proteja frente a aquellas conductas que lesionan su dignidad menoscabando su fama, o bien atentando contra su propia estimación⁵⁷.

La protección del derecho al honor se encuentra regulada en la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo. Dicha protección no se prevé absoluta pues debe llevarse a cabo con el respeto de los derechos mencionados en el art. 20 de la CE y que también poseen la categoría de derechos fundamentales como son el derecho a la información y a la libertad de expresión.

La intimidad es un espacio de privacidad que la persona tiene derecho a preservar del conocimiento de los demás, por referirse a aspectos que solo a ella atañen y que se entroncan con su propia dignidad.

La intimidad hace referencia a la esfera o ámbito donde se desenvuelve la vida de una persona (o familia) que queda reservado frente a los demás. Por tanto, el derecho a la intimidad conllevaría para su titular la facultad de crear y mantener esa esfera reservada en la que no pueden entrometerse los demás, y de decidir qué datos, hechos o vivencias de los que conforman esa esfera personal (o familiar) pueden divulgarse o darse a conocer a otros⁵⁸.

El derecho a la intimidad expresa la reserva de un ámbito propio, bien definido y sustraído del conocimiento o intromisiones de los demás. Este derecho es también un requisito básico para poder disfrutar de una mínima calidad de vida humana. Por ello la intimidad se vincula directamente con la dignidad de la persona, de la cual dimana sustancialmente.

El derecho a la propia imagen consiste en la protección de la fisonomía propia, de los rasgos físicos que caracterizan a cada persona y la individualizan del resto de personas.

Ello se traduce jurídicamente en la libre facultad de decidir sobre la captación y reproducción de la propia imagen física. Por tanto es fundamental la existencia o no de previo consentimiento del titular de este derecho fundamental

⁵⁷ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1996), "Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor según la Ley de Protección del Menor", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Núm. 4, pág. 1249.

⁵⁸ ALBADALEJO, M. (2009), *Derecho Civil. I. Introducción y Parte General*, Madrid: Edisofer, pág. 460.

El concepto que recoge la Real Academia de la Lengua Española define a la "imagen" como "figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa ", y así mismo, como reproducción de la figura de un objeto.

Por tanto y siguiendo con esta definición debemos determinar dos acepciones de "imagen"; en primer lugar, la "imagen como figura", y por otro lado, la "imagen como reproducción" de la figura por cualquier procedimiento gráfico, técnico o artístico que lo haga perceptible por el sentido de la vista; estamos hablando de una fotografía, un dibujo, televisión, etc.⁵⁹.

b) Contenido

El contenido de estos derechos se ha delimitado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Supremo, ante la ausencia de definiciones legales.

La LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen dispone, en su art. 1, que los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen serán protegidos civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas. Y recoge en el art. 7 un elenco de actuaciones o conductas que tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas, si bien no diferencia cuándo resulta afectado uno u otro derecho. Este tratamiento unitario de las intromisiones ilegítimas no significa que la vulneración del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen se produzca siempre de forma simultánea, pues, como hemos señalado anteriormente, cada derecho tiene un contenido propio y distinto, pudiendo darse la infracción de uno sólo de estos derechos.

Por el contrario, la LO 1/1982 dispone en el art. 2.2 que «no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso»; y recoge en el art. 8 una serie de excepciones a las intromisiones ilegítimas, señalándose en el apartado 1.º que «no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante».

Si atendemos a lo dispuesto en el art. 2.2 de la LO 1/1982, no cabe apreciar la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido de los derechos al honor, intimidad y propia imagen cuando el titular de los mismos hubiera otorgado al efecto su consentimiento expreso. Así, el consentimiento del titular

⁵⁹ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F. (2015), "La protección de los derechos al honor, la intimidad y propia imagen del menor con suficiente madurez: entre el respeto a sus decisiones y la intervención del ministerio fiscal", *Foro, Nueva época*, vol. 18, núm. 2, págs. 185-211.

elimina el carácter ilegítimo de la intromisión en los derechos al honor, intimidad y propia imagen.

En el caso de los menores, de acuerdo con el art. 3.1 de la LO 1/1982, este consentimiento legitimador de la intromisión «deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil». Es decir, siempre que el menor sea lo suficientemente maduro se quiere que consienta éste, en lugar de sus representantes legales. Esta norma debe ponerse en relación con el art. 162 CC, el cual dispone que «los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados», y a continuación exceptúa de esta representación legal «los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo». Por tanto, el art. 3.1 de la LO 1/1982 reitera lo preceptuado en el art. 162 CC, pero refiriéndose a unos concretos derechos de la personalidad, como son el honor, la intimidad y la propia imagen, y a un acto concreto relativo a estos derechos, como es el consentimiento a las intromisiones.

Cuando los menores no presentasen suficiente madurez, el consentimiento legitimador de la intromisión habrá de otorgarse por sus representantes legales, por escrito y poniéndolo previamente en conocimiento del Ministerio Fiscal, resolviendo finalmente el juez si el fiscal se opusiera en el plazo de ocho días.

La madurez del menor es, por tanto, la primera circunstancia que habrá de tenerse en cuenta para concluir si el consentimiento al que alude el art. 3 de la LO 1/1982 debe prestarse por el propio menor en ejercicio de sus derechos de la personalidad o, por el contrario, debe otorgarse por los representantes legales del menor⁶⁰.

La jurisprudencia sienta las bases para resolver el conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de información, de la siguiente forma: en un primer lugar, da una cierta prevalencia a la libertad de información y de expresión por dos motivos fundamentalmente, porque se trata de libertades individuales y también porque son garantías constitucionales. Dicha prevalencia no podrá ser absoluta, ya que no podrá supeditarse más que a los hechos que se transmitan y tengan un lógico interés público y además se exige que sean veraces.

Al igual que ocurre con la libertad de expresión, cuando existe colisión entre estos derechos, se exige que aquellos pensamientos, ideas u opiniones que se

⁶⁰ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F. (2015), “La protección de los derechos al honor, la intimidad y propia imagen del menor con suficiente madurez: entre el respeto a sus decisiones y la intervención del ministerio fiscal”, *Foro, Nueva época*, vol. 18, núm. 2, págs. 185-211.

transmitan contenga un interés general; además se requiere que las manifestaciones no sean vejatorias o injuriosas⁶¹.

Por lo que respecta a los conflictos entre el derecho a la intimidad y la libertad de información, se prescinde de la veracidad o falsedad de los hechos sobre los que aquella versa, analizándose únicamente si dichos hechos son relevantes para el interés general o, por contra, lo que pretenden es satisfacer un interés meramente morboso consecuencia del conocimiento de circunstancias de la esfera privada de personajes famosos, en cuyo caso se considera intromisión ilegítima.

Es por ello, que el derecho a la intimidad expresa la reserva de un ámbito propio, bien definido y sustraído del conocimiento o intromisiones de los demás. Este derecho es también un requisito básico para poder disfrutar de una mínima calidad de vida humana. Por ello la intimidad se vincula directamente con la dignidad de la persona, de la cual dimana sustancialmente.

En conclusión, el derecho a la propia imagen podría ser definido como el poder otorgado por el ordenamiento jurídico al individuo para que su imagen pueda ser utilizada, o la potestad de decidir cuándo y cómo su figura o representación gráfica puede ser reproducida por un tercero y cuándo no.

La protección jurídica de los derechos de la personalidad se consigue mediante dos vías de protección. La primera de ellas, considerándolos como valores fundamentales constitucionalmente reconocidos y cuya defensa constituye un principio general del derecho. Pero también existe la vía de considerarlos como auténticos derechos subjetivos.

De igual manera que la dignidad de la persona es fundamento del orden político y de la paz social, como así establece la CE en el artículo 10.1, habrá que considerar que los derechos al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen se integran en la dignidad de la persona. Por tanto corresponde al Estado el deber protección y a los particulares su respeto, porque se lleva a la categoría de principio general del derecho.

También encontramos el amparo constitucional, ya que la CE los eleva como derechos subjetivos a la categoría de mayor rango, al considerarlos como derechos fundamentales, en su artículo 18.1.

⁶¹ Así la STS nº 217/2015 de 22 de abril (RJ 1358/2015): "Si el artículo 20.1.a) de la CE , en relación con su artículo 53.2, reconoce como derecho fundamental especialmente protegido, mediante los recursos de amparo constitucional y judicial, el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, su artículo 18.1 reconoce con igual grado de protección el derecho al honor, el cual protege frente a atentados a la reputación personal entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus deseos".

La tutela jurídico-civil pertenece a la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, que desarrolla el artículo 18.1 de la CE. Pero además también recibe la protección jurídico-penal: así el Título X del Libro II del Código Penal (artículos 197 a 204) castiga los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio.

c) Ámbito de aplicación práctica

Como aplicación práctica de este derecho se ha realizado un análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2013. Los hechos son los siguientes: José Carlos, en su propio nombre y en el de sus hijos menores de edad Custodia y Narciso, demandó a H. F., S. A. por intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen suyos y de sus hijos, solicitando una indemnización de 150.000 euros. La vulneración de tales derechos habría estado causada por la publicación, el 16 de enero de 2008, en la portada y en el interior del número 2.943 de una revista propiedad de la demandada, de unas fotografías del actor y sus dos hijos en una playa de Kenia, tomadas con teleobjetivo poco tiempo después de la separación del actor y la madre de los menores.

En su Sentencia de 8 de mayo de 2009, el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Madrid desestima la demanda interpuesta por José Carlos en su propio nombre y estima en parte la interpuesta en nombre y representación de sus hijos, por lo que condena a la demandada al pago de 20.000 euros. La actora, únicamente en lo relativo al importe de la indemnización, y la demandada interponen sendos recursos de apelación que son desestimados por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 9.ª, por Sentencia de 23 de diciembre de 2010.

Actor y demandada interponen sendos recursos de casación que el Tribunal Supremo desestima, confirmando íntegramente la sentencia recurrida. El actor se basa en la inexistencia, en la resolución recurrida, de un equilibrio lógico entre la lesión producida y la indemnización concedida, existiendo a su entender una grave desproporción, por cuanto afecta a menores de edad. La demandada alega, en primer lugar, que los menores pertenecen a una familia conocida en España, que habían sido presentados en sociedad desde su nacimiento de forma voluntariamente consentida por el actor y que se encontraban en un lugar público cuando se tomaron las fotografías, por lo que debía primar el derecho a la información. En segundo lugar, argumenta que no puede existir intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de los menores, como sucedió, su imagen se publicó pixelada, otros medios de comunicación habían publicado con anterioridad imágenes similares de los mismos y las imágenes no reflejaban un momento especialmente íntimo sino familiar que, además, no había sido reservado con anterioridad a la prensa. El Tribunal Supremo desestima cada uno

de los motivos invocados por las partes y, en aplicación de la doctrina constitucional, considera que la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información no puede mantenerse cuando los derechos vulnerados afectan a menores de edad, lo que hace innecesario recurrir al examen de las circunstancias concretas del caso. La primacía del interés superior del menor convierte en irrelevante el posible interés público de las imágenes captadas, sin que resulte excluyente que éstas fueran parcialmente pixeladas, puesto que la técnica se aplicó de manera ineficaz e insuficiente y los rostros de los menores resultaban cognoscibles. Respecto de la indemnización, el Tribunal Supremo mantiene la valoración confirmada por la sentencia recurrida puesto que la Audiencia ya había tenido en cuenta la ausencia de datos sobre la difusión del medio y sobre el beneficio obtenido por el causante de la lesión, la ausencia de otro parámetro cuantificable para deducir otra cantidad y la falta de gravedad de la lesión.

El Tribunal Supremo reitera la jurisprudencia constitucional que para la captación y difusión de fotografías de menores de edad en medios de comunicación social exige una protección especial, en beneficio de su interés superior. Así, ni existe un interés público en la captación o difusión de fotografías que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de menores en los medios de comunicación, ni la veracidad de la información puede justificar esa intromisión ilegítima en el derecho a su propia imagen, pues este derecho fundamental del menor viene a erigirse, por lo dispuesto en el artículo 20.4 CE, en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz» (SSTC de 24 de mayo de 1999 y 30 de junio de 2003).

La prevalencia del derecho a la libre información (art. 20.1, letra *d* CE), que en caso de fotografías tomadas a mayores de edad llevaría al examen de las circunstancias concretas del caso para examinar su primacía frente al derecho a la propia imagen del afectado (art. 18.1 CE), no puede defenderse, sin embargo, respecto de menores de edad. En consecuencia, ni la proyección pública de los demandantes, ni el interés informativo suscitado por su persona o por los hechos, ni el carácter público del lugar en que se tomaron las fotografías, son datos que deban ser valorados para la aplicación de la excepción del apartado b) del artículo 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, puesto que la intromisión ilegítima se produce en virtud del artículo 4 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, además, no existe consentimiento que la legitime (art. 2, apartados 2 y 3, LO 1/1982).

Además, el pixelado parcial de los rostros de los menores tampoco excluye el carácter ilegítimo de la intromisión cuando la técnica se aplica de manera ineficaz e insuficiente para hacer irreconocibles sus rasgos.

4.9. Derecho frente al tratamiento de datos

a) Concepto

En la Comunidad Valenciana, el art. 16 de la Ley reconoce al menor el derecho de protección de sus propios datos y a impedir el tratamiento o la cesión de los mismos sin el consentimiento del representante del menor, salvo en el caso del menor emancipado, que podrá consentir por sí mismo.

La Generalitat, en todos los ficheros que sean de su titularidad, garantizará el cumplimiento efectivo de dicho derecho en favor de los menores de conformidad con la legislación de protección de datos.

Por ello las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de este derecho de conformidad con la legislación de protección de datos.

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD) es la norma jurídica que regula en España cómo se debe llevar a cabo el tratamiento de los datos de carácter personal para no perjudicar con ello la intimidad y demás derechos fundamentales de los ciudadanos.

El art. 3.c de la LOPD define el tratamiento de datos personales como “operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permiten la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”.

El reglamento que desarrolla la LOPD, el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, en su art. 5.1 letra “t”, complementa la definición dada por la LOPD estableciendo que el tratamiento de datos es “cualquier operación o procedimiento técnico, sea o no automatizado, que permita la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, consulta, utilización, modificación, cancelación, bloqueo o supresión, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”.

b) Contenido

La LOPD, establece unas pautas muy claras sobre los datos referidos a menores de edad y cómo ha de ser su tratamiento. La Agencia Española de Protección de Datos es el organismo encargado de velar por el cumplimiento de esta ley y garantizar este derecho fundamental de todos los ciudadanos.

La Ley plantea una consideración especial a los menores, que todavía no están formados ni tienen criterio suficiente para decidir sobre ciertas cuestiones. El derecho a la protección de datos reconoce que la persona tiene facultad y

capacidad para controlar estos datos personales y decidir sobre ellos. Por ello, cuando hablamos de menores, la protección ha de ser máxima.

El art. 13.1 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD indica que: “Podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores”.

Así pues, queda clara la idea de que para usar los datos de una persona mayor de 14 años, hace falta contar con su permiso. Y cuando tratamos con niños menores de esa edad, surgen las complicaciones, pues los actos del menor no tienen validez sin una autorización otorgada de manera específica por padres o tutores.

En este punto hay que hacer un inciso porque a partir del 25 de mayo de 2018 resultará de aplicación el nuevo Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), aprobado por Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), que establece la edad mínima de 16 años. No obstante, los Estados miembros podrán fijar una edad inferior, que no podrá situarse por debajo de los 13 años. En cualquier caso, y según ha manifestado la propia Agencia Española de Protección de Datos, la edad mínima para que el menor pueda prestar consentimiento seguirá siendo de 14 años en nuestro país.

En el mismo artículo se añade también que: “Cuando el tratamiento se refiera a datos de menores de edad, la información dirigida a los mismos deberá expresarse en un lenguaje que sea fácilmente comprensible por aquéllos”. Lo que expresa el interés de los legisladores de que quienes sean receptores del mensaje (los niños) reciban una información sencilla y expresada de una manera acorde con su edad.

En cuanto a la forma de probar que existe un consentimiento real por parte del padre o tutor para dar esos datos, el texto jurídico señala que ha de ser un medio de prueba admisible en derecho. El art. 13.4 especifica que “corresponderá al responsable del fichero o tratamiento articular los procedimientos que garanticen que se ha comprobado de modo efectivo la edad del menor y la autenticidad del consentimiento prestado en su caso, por los padres, tutores o representantes legales”. En este sentido señala el Reglamento Europeo que todos aquellos que recopilen datos personales deben verificar el consentimiento otorgado por los padres, haciendo preguntas al menor de edad

que no sea capaz de responder sin la ayuda de sus padres, como por ejemplo, el número de DNI de alguno de sus progenitores.

Por otro lado, resulta muy importante señalar que aunque se tenga el consentimiento por parte del padre, nunca se podría utilizar para recabar, a través del menor, información referida a su entorno familiar, salvo que sea imprescindible para conseguir dicho consentimiento⁶².

c) Ámbito de aplicación práctica

En este caso se va a estudiar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo 57/2017 que se basa en el recurso contra la Sentencia de fecha 19 de abril de 2016, desestimando la demanda interpuesta por Dña. Inocencia frente a Dña. Milagrosa y el recurso por la parte Inocencia contra esta.

Los hechos expuestos en la demanda son los siguientes: la madre considera que la abuela de los niños no ha de poder publicar las fotografías de estos en Facebook sin el consentimiento de ambos progenitores y que debe entenderse que, al haber faltado el consentimiento materno, la demandada ha vulnerado los derechos a la propia imagen e intimidad de sus nietos, así como la protección de datos. Las partes litigantes han convenido en que la imagen de los dos menores, Urbano y Delia, fue publicada en la cuenta de Facebook de su abuela materna, la ahora demandada, quien ostenta la guarda de hecho de ambos menores, sin el consentimiento expreso de la madre de ambos, la ahora demandante, pero contando con el consentimiento expreso de cada uno de los padres de los menores. Todos los progenitores ostentan la patria potestad de los menores, si bien la guardia y custodia de los niños fue atribuída a la abuela materna. En este caso, se desestima la demanda puesto que la abuela ostenta la guarda de hecho sobre ambos niños por decisión judicial, sin que podamos olvidar que la institución de la guarda de hecho, según la doctrina jurisprudencial, se concibe como un mecanismo de protección de los menores, por lo que el consentimiento de ambos padres, el de Urbano y el de Delia, junto con el de la abuela se estiman suficientes para permitir el acceso de las imágenes al perfil de la demandada con la finalidad de que los padres puedan acceder a las fotografías de sus hijos.

Aunque la demanda se haya desestimado se ha de tener en cuenta que el art. 18 de la Constitución garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y se desarrolla por la LO 1/1982. El derecho a la propia imagen protege la captación y reproducción de la imagen física de un sujeto a través de cualquier medio y su consentimiento deviene determinante, tanto en la captación de la imagen como en su reproducción pero, respecto de

⁶² Agencia Española de Protección de Datos: <https://www.aepd.es/media/guias/guia-rgpd-para-responsables-de-tratamiento.pdf>.

los menores, la prohibición de captación y reproducción es absoluta y sin excepción en nuestro ordenamiento jurídico.

La intimidad y la propia imagen, junto con la protección de datos son derechos que se encuentran sumamente protegidos, y afectan a una esfera del individuo que ha de ser respetada, llegando a hablar la doctrina de la "identidad digital", de forma que el derecho a la imagen quedaría integrado, igual que las conversaciones privadas, correspondencia, secreto de las comunicaciones, etc., en el derecho a la vida privada. Y es que el reconocimiento a una vida privada abarca la protección frente a las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en el ámbito reservado de la misma, sea cual sea el tipo de intromisión ilegítima de que se trate y el medio a través del que se produzca, incluida la posibilidad de control sobre la imagen y los datos identificadores de la persona.

El art. 16.1 del Tratado Fundacional de la Unión Europea establece el principio según el cual toda persona tiene derecho a la protección de datos de carácter personal, y el art. 8 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales consagra como derecho fundamental la protección de los datos personales. El derecho a la protección de datos personales se desarrolló en España a través de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Al respecto de tales derechos, la doctrina del Tribunal Constitucional ha resaltado la protección reforzada que corresponde a los menores de edad (STC núm. 134/1999, de 2 de diciembre), y que la intimidad del menor se extiende a todas las manifestaciones del ámbito familiar que les afecten aunque no se refieran específicamente a ellos, (STC núm. 231/1988, de 2 de diciembre).

No obstante, hemos de ser conscientes, como pone de relieve GIL ANTÓN⁶³, de que el colectivo de jóvenes y adolescentes cada vez más pequeños, que se ha dado en llamar digital babies están acostumbrados a la utilización de su imagen en redes sociales desde muy pronto, dando otro valor al que tradicionalmente se estaba dando a la publicación de imágenes de su vida diaria.

Así, como indica la citada autora, la circunstancia de que las imágenes se incluyan como datos de carácter personal determina la existencia de una importante relación entre propia imagen, protección de datos personales y el derecho a la identidad de uno mismo y, en definitiva, de la privacidad tal como está concebida en el ordenamiento jurídico de los Estados de nuestro entorno. De esta forma un comentario banal e insignificante, al acceder a Internet y a una red social, cobra relevancia y adquiere unas dimensiones totalmente inesperadas, sin que podamos obviar, al mismo tiempo, que el concepto de privacidad está variando, fundamentalmente en el ámbito de los denominados

⁶³ GIL ANTÓN, A. (2013), "La privacidad del menor en internet". *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*. Núm. 3, págs.60-96.

nativos digitales que anteponen la comunicación y la interrelación a la intromisión en su propia privacidad.

El Reglamento Europeo 2016/679 indica que el tratamiento de los datos personales relativos a los menores de 13 años solo será lícito si el consentimiento ha sido dado por el padre o tutor del niño, que en nuestra legislación sobre protección de datos personales se eleva hasta los 14 años.

Además, los perfiles de las redes sociales pueden ser archivados, lo que facilita la creación de bases de datos de personas con fines ilícitos. Todo ello obliga a repensar y reforzar la normativa europea e internacional sobre datos personales, por lo que no puede, por menos, que existir iniciativas de tutela de esa intimidad y propia imagen, no sólo a nivel general de los usuarios, sino también pensando en el colectivo de los menores, por cuanto no cabe duda de que los usuarios de redes sociales tienen la consideración de afectados o interesados al ser las personas titulares de los datos que son objeto de tratamiento, pudiendo incluir los datos de terceras personas.

4.10. Derecho a la libre asociación

a) Concepto

El derecho a la libre asociación aparece en el art. 22 de la CE. Constituye un instrumento de primer orden para la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal, en la participación de los asuntos públicos y en la promoción y consecución de intereses privados.

Los menores tendrán garantizado en la Comunidad Valenciana, según dispone el art. 17 de la Ley, el derecho de asociación, que comprende tanto el derecho a constituir libremente asociaciones infantiles y juveniles, como el derecho a ser miembros de las mismas, o de organizaciones, partidos políticos y sindicatos, de acuerdo con la legislación vigente y sus estatutos.

Para que las asociaciones infantiles y juveniles puedan obligarse civilmente, deberán haber nombrado, de acuerdo con sus Estatutos, un representante legal con plena capacidad.

Las entidades públicas deberán velar para que el asociacionismo infantil y juvenil posibilite el aprendizaje de los principios, valores y prácticas de una sociedad democrática, fomentando el civismo, la convivencia y la tolerancia.

La Generalitat, sin perjuicio de cooperar con el Ministerio Fiscal y ejercitar las acciones que en derecho procedan, deberá realizar las actuaciones necesarias para informar a los menores y a sus familias de los riesgos de aquellas organizaciones o grupos ilegales o ilícitos según el ordenamiento jurídico.

Asimismo, promoverá todas las actuaciones necesarias para prevenir las actividades que dichas organizaciones pretendan realizar.

La Generalitat adoptará las medidas pertinentes para garantizar la adecuada protección de los intereses de los niños y adolescentes en el caso de que existan indicios razonables de que la pertenencia de un menor o de sus representantes legales a una asociación impida o perjudique su desarrollo integral.

Se puede decir que el derecho de asociación se identifica con la libre facultad de los ciudadanos de constituir con otros ciudadanos agrupaciones de carácter permanente de finalidad específica y no lucrativa. Es decir, la libre disponibilidad de los ciudadanos para constituir formalmente agrupaciones permanentes encaminadas a la consecución de todo tipo de fines lícitos.

Este derecho se regula mediante la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, donde se establece que el derecho de asociación comprende la libertad de asociarse o crear asociaciones, sin necesidad de autorización previa.

Además de la regulación de este derecho por la LO 1/2002, se encuentra el Real Decreto 397/1988, de 22 de abril, por la que se regula la inscripción registral de asociaciones juveniles, cuyo art. 1 indica: “Las Asociaciones cuyos miembros tengan una edad comprendida entre los catorce años cumplidos y los treinta sin cumplir, que no estén sometidos a un régimen jurídico específico, deberán inscribirse a los solos efectos de publicidad como Asociaciones juveniles en los registros correspondientes”.

Por todo ello, podemos concluir que la libertad de asociación consiste en la facultad de las personas para constituir agrupaciones permanentes encaminadas a la consecución de fines específicos. Sus caracteres típicos y constantes son:

1. La participación de varias personas.
2. El fin común de carácter permanente.
3. La creación de un nuevo sujeto de derechos y obligaciones distinto a los asociados.

Los motivos por los cuales las personas se asocian son muy variados: religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole. La existencia de los partidos políticos o sindicatos son un ejemplo del ejercicio de este derecho a nivel político y laboral, respectivamente.

La asociación se distingue de la mera reunión, porque esta es, por definición, de duración limitada, mientras que la asociación goza en principio de vocación de permanencia; y en tanto una de las notas de la reunión es la informalidad,

mientras que la asociación supone un grado, mayor o menor, de formalidad y requiere un acuerdo expreso de constituirla y una identificación más definida de sus objetivos. Por otro lado, las asociaciones necesitan una estructura y organización interna notablemente más desarrolladas que las que precisan las reuniones.

b) Contenido

La asociación tiene un carácter voluntario, pues su ejercicio descansa en la propia decisión de una persona de vincularse con otras. También tiene un carácter relacional, pues se ejerce necesariamente en tanto existan otras personas que deseen formar parte de la colectividad. Y finalmente posee un carácter instrumental, pues las asociaciones se constituyen para la consecución de los fines que sus integrantes desean desarrollar.

La derogada Ley 9/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones, más tarde completada con el Decreto 1440/1965, de 20 de mayo, de normas complementarias de la ley de asociaciones, no decía en este punto más que, «La libertad de asociación se ejercitará jurídicamente mediante acta en que conste el propósito de varias personas naturales que, con capacidad de obrar, acuerden voluntariamente servir un fin determinado y lícito según sus estatutos».

La vigente Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación recoge en su art. 3 que para los menores no emancipados de más de 14 años será preciso el consentimiento de sus representantes, lo que inclina a entender que los menores no emancipados no se encontraban incluidos en la expresión general.

La libertad de asociación contiene una doble faceta: positiva y negativa. Su faceta positiva se identifica con la libertad de constituir asociaciones o de adherirse libremente a las ya constituidas sin que los poderes públicos o los particulares puedan impedirlo. Supone también que, una vez constituida una asociación, ésta pueda desarrollar libremente sus actividades y finalidades de acuerdo con sus estatutos y normas de funcionamiento libremente adoptadas por los asociados, en tanto sean lícitas. En su perspectiva negativa, el reconocimiento del derecho de asociación implica la exclusión de cualquier forma de obligatoriedad de adhesión a una asociación determinada, en la medida en que una asociación obligatoria o coactiva, no sería, al carecer del requisito de voluntariedad, una verdadera asociación en el sentido constitucional del término.

La libertad de asociación conlleva a la conformación de una institución. Esta libertad también implica reconocer a estas organizaciones personalidad jurídica, de manera que puedan adquirir derechos u obligaciones, y desarrollar libremente sus actividades.

A fin de lograr sus objetivos, las organizaciones que se formen en ejercicio de la libertad de asociación deben gozar de la autonomía necesaria para decidir acerca de su constitución, la elaboración de sus estatutos, su forma y estructura, la elección de sus dirigentes, la organización de sus actividades, su administración y su disolución.

La Constitución señala que las asociaciones constituidas deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad. Por lo tanto, el legislador ordinario tiene que prever para todas las asociaciones la creación de un Registro común y de Registros especiales, e imponer en la legislación de desarrollo la obligación de proceder a la inscripción de las mismas a los solos efectos de publicidad.

La existencia de un Registro de Asociaciones es el medio para asegurar el carácter público de las mismas. La obligación de inscripción opera a los solos efectos de publicidad y por lo tanto el encargado del registro solo efectuará un control de los documentos presentados.

El derecho de asociación comprende la facultad de las asociaciones de defender su existencia y su modo de ser frente a las agresiones del exterior; no se limita a la libertad de crear asociaciones, sino que comprende la libertad de organizarse del modo que los asociados estimen más conveniente para alcanzar los fines perseguidos (autonomía asociativa).

El art. 6 de la LO del Derecho de Asociación, dispone que los Estatutos, que se han de incluir en el acta fundacional, deberán contener los siguientes extremos:

- Denominación.
- Domicilio.
- Duración.
- Fines y actividades.
- Requisitos y modalidades de admisión y baja.
- Derechos y obligaciones de los asociados.
- Órganos de gobiernos y representación.
- Patrimonio inicial y recursos económicos.
- Causas de disolución y destino del patrimonio.
- Régimen de administración, contabilidad y documentación.

Es preciso mencionar que la CE prohíbe o declara ilegales determinadas clases de asociaciones. Están prohibidas dos géneros de asociaciones: las secretas y las de carácter paramilitar. Por asociación secreta habrá que considerar aquellas asociaciones que quieran serlo, esto es, las que premeditadamente acuerden mantener en secreto la propia existencia de la asociación, sus fines y la identidad de sus miembros. En el caso de las

asociaciones paramilitares entendemos que son aquellas que adoptan las estructuras organizativas, los comportamientos o los signos externos que caracterizan a las organizaciones militares.

Por otro lado, la CE declara ilegales a las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito. La CE remite al Código Penal (en adelante CP) para determinar las asociaciones tipificadas como ilegales. En la actualidad, el artículo 515 del CP incluye en esa categoría: a las asociaciones que tengan como objeto cometer algún delito; a las que aun teniendo un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad; a las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas o grupos por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su sexo u orientación sexual; y a las organizaciones de carácter paramilitar (de modo que estas últimas, además de estar prohibidas por el artículo 22.2 CE, son asociaciones ilegales a efectos penales, lo que no ocurre en el caso de las asociaciones secretas).

Por lo que se refiere al régimen de suspensión y disolución de esta libertad, el artículo 38 de la LO 1/2002 señala que salvo los supuestos de disolución por voluntad de los asociados, las asociaciones sólo podrán ser suspendidas en sus actividades, o disueltas, por resolución motivada de la autoridad judicial competente, siguiendo lo que se indica en el art. 22.4 CE.

La disolución de las asociaciones sólo podrá declararse en los siguientes casos:

- a) Cuando tengan la condición de asociación ilícita, de acuerdo con las leyes penales.
- b) Por las causas previstas en leyes especiales o en esta ley, o cuando se declare nula o disuelta por aplicación de la legislación civil.

c) Ámbito de aplicación práctica

Un modo de visualizar el ejercicio práctico del derecho de asociación, consiste en analizar cómo se pueden constituir las asociaciones juveniles.

Se consideran “Asociaciones Juveniles” las agrupaciones voluntarias de personas naturales, mayores de catorce años y menores de treinta, cuya finalidad sea la promoción, formación, integración social o entretenimiento de la juventud, sin interés lucrativo alguno.

Para poder llevar a cabo la práctica de este derecho por una persona menor de edad en la Comunidad Valenciana, los menores que quieran constituir una asociación juvenil deberán seguir unos pasos determinados.

En el acto de constitución deberán participar necesariamente como mínimo tres personas mayores de edad o menores emancipadas (art. 55 de la Ley 14/2008, de asociaciones de la CV). Además, la presidencia debe recaer en una persona mayor de edad o menor emancipada, y en la Junta Directiva debe haber dos personas mayores de edad o menores emancipados. En estas asociaciones, la condición de asociado o asociada se pierde al cumplir los treinta años. Aunque los estatutos podrán establecer que las personas que en el momento de cumplir los treinta años ostenten cargos en el órgano de representación no pierdan dicha condición hasta finalizar el mandato.

Además se deberá tener un fin común, determinado y lícito, elegido voluntariamente y amparado por el Derecho. Una finalidad que sea la promoción, formación, integración social, defensa de los derechos de los jóvenes o el ocio y el tiempo libre de la juventud.

Un fin que no ha de tender a la obtención de beneficios económicos o ánimo de lucro (todos los excedentes tienen que ser reinvertidos en la propia Asociación).

Las asociaciones cuyo ámbito principal de actuación sea la Comunidad Valenciana o inferior deben inscribirse en el Registro de Asociaciones de la Comunidad Valenciana, en la Unidad Territorial de Alicante, Castellón o Valencia, según el domicilio social de la asociación.

Para la constitución de una asociación se requerirá la existencia de un acta fundacional que recoja la voluntad de asociarse con un fin determinado por parte de las personas que van a constituir la asociación. Deberá contener:

- Nombre y apellidos, nacionalidad y domicilio de los promotores. Acreditación de su identidad.
- La voluntad de constituir una asociación, los pactos establecidos y la denominación de ésta.
- Los estatutos aprobados que regirán el funcionamiento de la asociación.
- Lugar y fecha de otorgamiento del acta, y firma de los promotores o de sus representantes en el caso de personas jurídicas.
- La designación de los integrantes de los órganos provisionales de gobierno.

El asociacionismo juvenil fomenta la cultura participativa, provocando una implicación activa y responsable, adquiriendo los participantes un compromiso social en pro del objetivo que les une. Asimismo, son múltiples las ventajas que conlleva el asociacionismo juvenil. En primer lugar, permite que los y las jóvenes sean escuchados/as, estimulando así sus enfoques e ideas. Permite también desarrollar nuevas capacidades y responsabilizarse de sus propios actos y

decisiones. Mediante las asociaciones, pueden hacer llegar sus sugerencias, reivindicaciones y colaborar en distintos ámbitos.

En general, permite generar más confianza en los jóvenes y estimular su participación en la sociedad. De esta manera, los adultos aprenden a reconocer el talento y el potencial de la juventud, creándose oportunidades de compartir experiencias y conocimientos.

4.11. Derecho a la participación

a) Concepto

La participación infantil es un derecho recogido en la Convención de los Derechos de la Infancia (CDN) en 1989. Entró en vigor en España en septiembre de 1990.

La CDN indica que tener derecho a la participación se entiende que es disfrutar del derecho a recibir información, a opinar, a expresarse libremente, a asociarse, etc. en todos aquellos ámbitos que les afecten.

La Ley 12/2008, en su art. 18 indica que los menores, y en especial los adolescentes, tienen derecho a participar plenamente, en función de su desarrollo y capacidad, en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno, así como a una incorporación progresiva a la ciudadanía activa.

La Generalitat promoverá la constitución de asociaciones y organizaciones que favorezcan la participación activa de los menores en la sociedad.

Las administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, promoverán medidas destinadas a fomentar la participación de las personas menores de edad en foros destinados a recoger sus opiniones respecto a proyectos, programas o decisiones que les afecten.

A pesar de que todas las personas podemos tener más o menos claro cuándo somos partícipes en algo o no lo somos, el concepto de participación no resulta fácil de definir. Si se observa en el diccionario el concepto de participación veremos que significa tomar parte en una cosa; recibir una parte de algo; compartir, tener las mismas opiniones e ideas que otra persona; dar parte, noticias, comunicar. Por lo tanto vemos que participar básicamente se centra en tres puntos: recibir, tomar parte de algo y compartir.

Una de las definiciones más completas y aceptadas en la comunidad internacional es la que elabora ROGER HART (1993), quien afirma que “la participación es la capacidad para expresar decisiones que sean reconocidas

por el entorno social y que afectan a la vida propia y/o a la vida de la comunidad en la que uno vive”⁶⁴.

b) Contenido

La participación infantil supone colaborar, aportar y cooperar para el progreso común, así como generar en los niños, niñas y jóvenes confianza en sí mismos y un principio de iniciativa. Además, la participación infantil ubica a los niños y niñas como sujetos sociales con la capacidad de expresar sus opiniones y decisiones en los asuntos que les competen directamente en la familia, la escuela y la sociedad en general. De igual forma, la participación infantil nunca debe concebirse como una simple participación de niños y jóvenes, sino como una participación en permanente relación con los adultos, y debe ser considerada como un proceso de aprendizaje mutuo tanto para los niños como para los adultos.

Al mismo tiempo, es importante subrayar que la participación social es un derecho humano esencial de toda persona, y una sociedad puede considerarse democrática cuando todos sus ciudadanos y ciudadanas participan. La participación es uno de los componentes más importantes de la construcción de la democracia y, a través de ella, se contribuye a asegurar el cumplimiento de otros derechos.

Muchos expertos y expertas en participación infantil afirman que existen tres espacios básicos donde se puede desarrollar la participación:

1. Nivel familiar.
2. Nivel escolar.
3. Nivel local o municipal.

La familia es la primera instancia de socialización para el desarrollo de la participación infantil. Parte de su importante papel en este proceso radica en la forma de potenciar en la infancia y la adolescencia las capacidades de acciones participativas y el sentido de responsabilidad social, aunque por otra parte, el ámbito de la familia es un lugar al cual resulta complejo llegar de forma directa. Por lo tanto, puede resultar favorable que los padres y madres intervengan o, al menos, presencien experiencias de participación infantil real en otros escenarios como la escuela y la comunidad.

La escuela es el segundo espacio fundamental para potenciar la participación en los niños y jóvenes. Sin embargo, a pesar de este hecho, algunas prácticas educativas tradicionales se han opuesto a que en la escuela se adopten y

⁶⁴ APUD A., Participación Infantil. UNICEF: www.unicef.es

desarrollen experiencias de participación infantil real. Los objetivos formativos de las instituciones educativas, principales agentes socializadores del Estado, se centran fundamentalmente en torno a unos valores de estabilidad y defensa de la democracia. Además, en el ámbito escolar se puede decir que el desarrollo de experiencias prácticas de participación infantil no sólo cuestiona los miedos a un sistema educativo sin reglas ni control, sino que resulta determinante en el aprendizaje de los derechos y responsabilidades tanto individuales como colectivos.

El nivel local o municipal constituye el tercer campo para la participación infantil. El municipio es el espacio de participación ciudadana, incluyendo a la infancia, más importante en el proceso de consolidación de una democracia. El ámbito local es la esfera donde las personas desarrollan gran parte de su vida social y afectiva y donde esta se articula con la de los demás. En este sentido, la solución al problema de la falta de participación infantil exige más acciones efectivas en los contextos locales.

Mediante una participación infantil activa en el municipio “se promueve la educación cívica de la infancia en la ciudad. Los niños y jóvenes conocen más su ciudad, se sienten más ‘miembros activos’ del desarrollo de su comunidad, comprenden mejor cómo y por qué deben ser ciudadanos partícipes de sus ciudades. Al llevarse a cabo prácticas de participación infantil a escala local, los menores sienten un cierto protagonismo que aumenta su sentimiento de pertenencia e implicación para con la ciudad”⁶⁵.

Otra área también importante es la de los medios de comunicación, los cuales realizan un papel destacado en la conformación de la visión de la realidad y de la percepción que tienen los espectadores. Con sus mensajes, no sólo se recibe información, sino que se aprenden y refuerzan conceptos, valores y actitudes. Por tal motivo, deben ofrecer en sus programaciones espacios que favorezcan de manera positiva a la infancia. Asimismo, los medios tienen el poder de contribuir al desarrollo de los niños y niñas, y una manera de hacerlo es a través de la participación.

c) Ámbito de aplicación práctica

Como aplicación práctica se va hablar del derecho de participación de los menores en los procesos judiciales.

La participación de los niños en los procedimientos de separación y divorcio se hace visible cuando intervienen a través de las declaraciones judiciales, que

⁶⁵ UNICEF-COMITÉ PAIS VASCO: <https://www.unicef.es/conoce/oficinas-unicef/comite-del-pais-vasco>

en la práctica se reduce al testimonio en los asuntos donde se determina la guarda y custodia o el régimen de visitas y estancia, tanto en los procedimientos de mutuo acuerdo como en los contenciosos.

Considerar este derecho de participación como la capacidad de los menores para formar parte de algo que le atañe a su vida, no tendría que ser más relevante que la propia declaración o el simple acto de expresión de una opinión.

La declaración de un menor no debe vincular ni condicionar la decisión que se adopte al respecto y que para que el Juez pueda determinar la medida exigida por el interés del menor, debe valorar todos los elementos de prueba que se hayan aportado, conjuntamente con la exploración, debiendo cerciorarse de que la voluntad del menor o de la menor, manifestada en la exploración, haya sido correctamente formada, que el menor o la menor no se encuentra condicionado o presionado por uno de sus progenitores o por ambos y valorar sus opiniones dentro del contexto.

En general, existen dos líneas de argumentación sobre la participación de los menores en estos procesos, uno que considera al niño como ser competente y que promueve la participación, además, porque así lo contempla nuestra legislación, y otro, que considera al menor como un ser vulnerable e influenciado, al que la participación no va a aumentar su sentimiento de pérdida o angustia.

El primer grupo, formado por los defensores de los derechos de los niños consideran que estos deberían tener derecho a participar en las decisiones que afectan sus vidas. Argumentan que los niños deben tener los mismos derechos de participación y toma de decisiones que los adultos y sostienen que la actitud de los niños que quieren participar en esas decisiones puede actuar como un sistema de protección contra el conflicto y mejorar sus habilidades y autoestima. Este enfoque de participación cada vez ha sido más acogido en los procedimientos judiciales, haciendo visible a los niños y dándoles la oportunidad de expresar sus intereses y deseos.

La segunda línea argumental sobre la participación de los niños está formada por quienes no consideran adecuada la participación de los niños en los procedimientos familiares y sostienen que esa contribución pone en riesgo el bienestar emocional de los niños, no tienen suficiente capacidad para asumir esa responsabilidad, son fácilmente manipulados por los padres y actúan en función de sus intereses sin tener en cuenta las consecuencias futuras de sus decisiones y opiniones⁶⁶.

⁶⁶ DE LA TORRE LASO, J. (2008), "Consecuencias de la participación de los menores en los procesos de ruptura familiar conflictivos". *Revista de Derecho de Familia*. Núm. 78, págs. 1-18.

En conclusión, La participación de los menores debe servir para ayudar al Tribunal en la toma de sus decisiones en lugar de contribuir a la toma de decisiones de los padres.

4.12. Derecho de reunión

a) Concepto

El art. 19 de la Ley Valenciana establece que los menores, y en especial los adolescentes, tienen derecho a participar en reuniones públicas y en manifestaciones, convocadas en los términos establecidos por la Ley. En idénticos términos, tienen derecho a promoverlas y convocarlas, si bien, en atención a su grado de madurez, deberán contar con el consentimiento de sus representantes legales.

El art. 21.1 de la CE reconoce el derecho de reunión y manifestación que se encuentra desarrollado por la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión. Esta Ley fue parcialmente modificada por la LO 1/1991, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana; por LO 4/1997, de 4 de agosto, de Videovigilancia; y por LO 9/1999, de 21 de abril, para dar participación a los municipios afectados por el ejercicio del derecho y precisar que tienen la condición de autoridad gubernativa a los efectos de dicha Ley.

A los efectos de la LO 9/1983, de 15 de julio, se entiende por reunión la concurrencia concertada y temporal de más de 20 personas, con finalidad determinada.

Se trata de un derecho individual que, por su propia naturaleza, ha de ejercerse en grupo que ciertos colectivos tienen limitado.

b) Contenido

El más elemental de los derechos políticos es, sin duda, el de reunión. La reunión pública es la forma más primaria de participación política.

La reunión suele ser distinguida de cualquier otra aglomeración humana atendiendo a tres caracteres básicos que han sido reiterados en la jurisprudencia constitucional. En primer lugar, la previa concertación, que la diferencia de las meras agregaciones espontáneas, y que lleva aparejado un elemento subjetivo, de conocimiento de la reunión, de la finalidad que esta persigue y de consciente voluntariedad de la asistencia. En segundo lugar, la temporalidad, que es típico de una asociación. El tercer elemento es la finalidad perseguida por la reunión, sin la cual carecería de sentido.

El derecho de reunión lleva aparejado consigo el derecho de manifestación; se puede decir que se integran en un mismo derecho. Es por ello que se puede definir el derecho de manifestación como una reunión de personas en lugares de tránsito público y que se desplazan de un sitio a otro.

El derecho de reunión y manifestación es un derecho fundamental autónomo, relacionado tanto con el derecho de asociación como con la libertad de expresión. Con el derecho de asociación comparte ser una agrupación de personas con un mismo fin, la diferencia aparece en la vocación de estabilidad de las asociaciones y el carácter esporádico de las manifestaciones. Con la libertad de expresión tiene en común ser un medio de difusión de ideas y la diferencia radica en que el derecho de reunión y manifestación es necesariamente de ejercicio colectivo, y la libertad de expresión suele ser de ejercicio individual.

La Ley distingue entre reuniones en lugares cerrados y reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones. Las primeras no precisan comunicación alguna, aunque los promotores puedan solicitar la presencia de delegados gubernativos.

Las segundas, por su parte, deben ser previamente comunicadas por escrito a la autoridad gubernativa con una antelación mínima de 10 días, salvo en supuestos urgentes, en que bastan 24 horas. La autoridad gubernativa puede prohibir la reunión o manifestación de la fecha, lugar, duración o itinerario, si existen razones fundadas de que pueden producirse alteraciones del orden público o, en su caso, proponer la modificación de la fecha, lugar, duración, itinerario, etc. siempre mediante resolución motivada; de no ser aceptada la prohibición o las modificaciones podrá interponerse recurso contencioso administrativo.

Se excluye de su ámbito de aplicación las reuniones siguientes:

- Las que celebren las personas físicas en sus domicilios;
- En lugares públicos o privados por razones familiares o de amistad;
- Las que celebren los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, sociedades civiles y mercantiles, asociaciones, corporaciones, fundaciones, cooperativas, o comunidades de propietarios en lugares cerrados, para sus propios fines;
- Las que celebren los profesionales con sus clientes en lugares cerrados para los fines de la profesión;
- Las que se celebren en unidades, buques y recintos militares a las que se refieren las Reales Ordenanzas.

Además, los y las estudiantes menores de edad que, en el ejercicio de su derecho de reunión, adopten la decisión colectiva de inasistir a clase, con las

condiciones y en los términos previstos en la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación, no precisarán para ello la autorización de sus representantes legales.

La Ley Orgánica de Educación reconoce desde 2006 a los alumnos de 3º de Secundaria en adelante el «derecho» a tomar la «decisión colectiva» de no asistir a clase como medio de protesta, sin que ello pueda ser considerado una falta de conducta ni acarrear sanciones. Y para hacerlo no necesitan la autorización de sus padres porque supondría imponer una restricción no prevista en la ley.

c) Ámbito de aplicación práctica

Como se ha comentado, el derecho de reunión lleva aparejado el derecho de manifestación. Es por ello, que se va analizar el recurso de casación interpuesto por la Generalitat Valenciana contra la sentencia dictada en el recurso 1365/2008 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

La Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, del Derecho a la Educación en su artículo 8 reconoce, desde el año 1985, el derecho de reunión de los alumnos y alumnas y, desde el año 2006, tras la inclusión de un segundo párrafo en el referido artículo, la obligación de los centros a estimular el ejercicio efectivo de la participación de los alumnos en los centros educativos y facilitar su derecho de reunión y a no sancionar las decisiones colectivas que se adopten por los alumnos y alumnas, fruto de ese derecho de reunión, en relación a la asistencia o no a clase. Dicho en palabras sencillas y sintetizando, los alumnos y alumnas, a partir de tercero de ESO, tienen derecho a declararse en huelga si la decisión se adopta en forma colectiva.

El Gobierno de la Comunidad Valenciana pretendió restringir tal derecho mediante el Decreto 39/2008, de 4 de abril, del Consell que imponía la necesidad de la autorización de los padres, madres, tutores o tutoras de los alumnos y alumnas para dar validez a la decisión colectiva de inasistencia a clase. La Confederación de Asociaciones de Padres y Madres de Alumnos de la Comunidad Valenciana Gonzalo Anaya, promovió un recurso contencioso administrativo impugnando la norma que fue estimado tanto por el Tribunal Superior de Justicia de la CV, como por el Tribunal Supremo, pero solamente en cuanto a la no necesidad de la autorización paterna por parte de los citados menores.

El Alto Tribunal no podía resolver en sentido contrario, dada la obligación ineludible que tiene de la aplicación de la norma.

Dado que en este caso se refiriere a menores de catorce y quince años, adolescentes, es vital que la sociedad cree las condiciones que les permitan ir

asumiendo sus decisiones con libertad y responsabilidad y, máxime, cuando nos referimos a decisiones adoptadas en forma colectiva. Cuando se alzan voces pidiendo la restricción de derechos, imponiendo limitaciones como las que pretendía el Decreto anulado, no sólo se vulnera la normativa vigente sino que se hace un flaco favor a la futura sociedad que será gobernada y dirigida por los adolescentes de hoy. No nos debe asustar educar en libertad, si somos capaces de enseñar responsabilidad.

4.13. Derecho a ser oído e informado de sus intereses

a) Concepto

El derecho del niño, niña y adolescente a ser escuchado, es uno de los cuatro principios generales de la Convención sobre los Derechos del Niño (el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y desarrollo y el interés superior del niño). El art. 12 de la Convención, en el párrafo uno garantiza a todo niño que esté en condiciones de formar un juicio propio a expresar su opinión libremente, mientras que el párrafo segundo otorga al niño el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.

El principio de que el menor sea escuchado cuando tenga suficiente juicio es ya tradicional en algunos supuestos concretos previstos en el ordenamiento. A partir de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, su artículo 9 reconoce al menor el derecho a ser oído, no sólo en el ámbito procedimental administrativo y judicial, sino incluso también en el ámbito familiar, lo que supone un correlativo deber de los padres a escucharlo.

El art. 20 de la Ley valenciana indica que 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, patrimonial, familiar o social.

Cuando el menor no pueda por sí mismo ejercitar el derecho a ser oído o no convenga a su interés, tendrá derecho a expresar su opinión por medio de las personas que le representen legalmente o le asistan, salvo que exista conflicto de intereses. En este caso, este derecho se ejercerá a través de otras personas que, por razón de su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

Los menores tienen derecho a obtener toda la información que concierna a sus intereses, derechos y a su bienestar personal, emocional y social en un lenguaje que sea adecuado y comprensible según su desarrollo evolutivo y madurez. El ejercicio de este derecho se ejecutará de manera responsable bajo la orientación de sus padres, representantes legales o guardadores.

Las administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, velarán por que en los procedimientos directos con las personas menores de edad se utilice un idioma que entiendan y un lenguaje adaptado a su capacidad de entendimiento.

En nuestra CE el derecho del individuo a ser oído e informado de sus intereses no aparece; es por tanto un derecho que afecta solamente a los menores de edad.

b) Contenido

En la Observación General número doce del Comité de los Derechos del Niño de 2009⁶⁷ (en adelante CDN), referente al derecho del niño a ser escuchado, se realiza un análisis literal del art. 12, del hay que tomar algunos elementos:

1. Que los Estados partes “garanticen” el derecho del niño o niña a expresar su opinión libremente, significa que tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias con el fin de respetar este derecho de los niños; la obligación no solo consiste en asegurar los mecanismos para recabar la opinión del niño, en los asuntos que le afecten, sino que, incluye la obligación de tomar en cuenta la opinión que emita.
2. Los niños no son incapaces de expresar sus opiniones, por lo que debe entenderse el “que esté en condiciones de formarse un juicio propio”, no como un límite a la edad para ejercer el derecho, sino que el Estado debe evaluar la capacidad del niño o niña de formarse una opinión de acuerdo a su edad, incluyendo el reconocimiento y utilización de formas no verbales de comunicación (juego, expresión corporal, dibujo y pintura), pues desde muy pequeños los niños tienen y pueden expresar su opinión. Esta opinión no requiere de un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos o consecuencias, sino una comprensión suficiente del asunto que se trata. Además el Estado debe garantizar que todos los niños, por igual sin importar discapacidad, puedan formarse una opinión y emitirla libremente.
3. Sobre el derecho a expresar y emitir la opinión libremente, el Comité señala que, “libremente” debe ser entendido como que el niño o niña pueden expresar sus opiniones sin presión y decidir si quieren o no ejercer su derecho. Significa que el niño no puede ser manipulado, su opinión debe ser propia y no la opinión de otros. Para que esa opinión sea propia, el niño debe estar informado de los asuntos, las opciones, las decisiones que puedan tomarse y las consecuencias de las mismas y son los

⁶⁷ACNUR:<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532>

progenitores o los responsables quienes deben informar al niño para que este ejerza efectivamente su derecho al emitir su opinión.

4. Los “asuntos que afectan al niño”, supone un concepto amplio, y significa que el niño debe ser escuchado si el asunto que se examina lo afecta. No está limitada la lista de asuntos que los afecten, pero concluye el Comité que “los Estados partes deberían escuchar atentamente las opiniones de los niños siempre que su perspectiva pueda aumentar la calidad de las soluciones”.
5. El derecho no se respeta solo con la escucha del niño, incluye la obligación de tener “debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. La edad del niño no puede determinarse ni igualarse a todos los niños pues existen distintos niveles de comprensión, estos varían no por la edad biológica exclusivamente, sino que la información, experiencia, la cultura y el nivel de apoyo familiar influyen en el desarrollo de la capacidad del niño. Mientras que la madurez es “la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño”. En la madurez debe considerarse la evolución de las facultades del niño y la dirección y orientación que los progenitores o cuidadores le ofrecen en el hogar.

En el segundo párrafo del art. 12 CDN, hace referencia a que el niño debe ser escuchado en todo procedimiento judicial y administrativo, siempre que le afecte. Estos procesos pueden ser iniciados propiamente por el niño, o por conflictos de terceros cuya resolución afecte a un niño. Ejemplos: la separación de los padres, la guarda y cuidado personal o la adopción. Esta obligación requiere la capacitación de las autoridades que escucharán a los niños, niñas y adolescentes; la creación de espacios adecuados, adaptados a las necesidades propias de la niñez.

Así mismo el artículo determina que la opinión del niño puede ser emitida personalmente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, siempre que conozca la opinión y represente exclusivamente sus intereses; esta representación debe estar en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional, es decir al igual que otro ciudadano la ley protege el derecho de defensa y de acceso a la justicia del niño, niña y adolescente⁶⁸.

Para que se lleve a cabo este derecho, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

⁶⁸ ZELEDÓN, M. (2015), “El derecho del niño a ser escuchado y la obligación del juzgador de escucharlo”, *Revista Jurídica Digital “Enfoque Jurídico”*. <http://www.enfoquejuridico.info/wp/archivos/4595>

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando de preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias, informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo, será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

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

Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.

El precepto recoge el derecho de cada niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan y el subsiguiente derecho a que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez. Consecuencia ineludible del reconocimiento de ese derecho es, también, el reconocimiento de la obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando sus opiniones, obligación que el Estado ha asumido mediante un acto de naturaleza legislativa, cual es el precepto antes transcrito.

Ahora bien, el niño ostenta un derecho pero no tiene obligación de expresar sus opiniones. Para él es una opción y puede ejercer su derecho a no hacerlo, pero para ello sí que resulta preciso que se garantice que recibe toda la

información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior.

En definitiva, dar efectividad al ejercicio de este derecho por el niño comporta, por parte de quien haya de tomar las decisiones correspondientes, asegurarse de que el niño esté informado sobre su derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecten y, en particular, en todo procedimiento judicial y administrativo de adopción de decisiones y sobre los efectos que tendrán en el resultado las opiniones que exprese; que previamente, el niño haya recibido información sobre la posibilidad que tiene de comunicar su opinión directamente o por medio de un representante, así como asegurarse, antes de que el niño sea escuchado, de que le sea explicado sobre cómo, cuándo y dónde se lo escuchará y quiénes serán los participantes, debiendo tener en cuenta las opiniones del niño a ese respecto.

Además, el contexto en que el niño ejerza su derecho a ser escuchado tiene que ser propicio e inspirar confianza, de modo que el niño pueda estar seguro de que quien se responsabiliza de escucharle está realmente dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que haya decidido comunicar, debiendo tenerse en cuenta sus opiniones tras analizar, caso por caso, de forma que pueda concluirse que el niño es capaz de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, en cuyo caso a la hora de adoptar la decisión, será preciso tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la misma, debiendo explicarse al niño cuál ha sido el resultado del proceso así como de la manera en que se tuvieron en consideración sus opiniones, lo que implica una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio y posibilitan que, a raíz de esa información, el niño vuelva a insistir, se muestre de acuerdo o haga otra propuesta o bien, si se trata de un procedimiento judicial o administrativo, presentar recurso o formular denuncia, en cuyo caso será necesario proporcionar mecanismos solventes para garantizar que los niños confíen en que al utilizarlos no se exponen a un riesgo de violencia o castigo⁶⁹.

c) Ámbito de aplicación práctica

Para llevar a la práctica la aplicación de este derecho se ha elegido la Sentencia 70/2004 de la Audiencia Provincial de Melilla, dictada en el procedimiento número 98/2004, de 2 de octubre. Los hechos en los que se fundamenta el recurso son los siguientes: el día 1 de abril de 2004, se dictó Sentencia declarando la separación del matrimonio formado por Víctor Manuel y

⁶⁹ HUETE NOGUERAS, J., "Interés superior del menor y derecho a ser escuchado", https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/C.%20Escrita%20Huete%20Nogueras,%20Jos%C3%A9%20Javier.pdf?idFile=29a8de18-2a71-400d-92ed-282d8b9541d6

Begoña así como el convenio regulador. Contra dicha resolución se interpuso un recurso de apelación.

La primera de las alegaciones planteadas en el escrito de apelación fue en torno a la infracción de normas y garantías procesales dada la incomparecencia del Ministerio Público establecida como preceptiva en los arts. 773.3 y 740.2 de la LECivil para los procesos matrimoniales siempre que exista un menor interesado, dándose en el presente supuesto la presencia de tres hijos menores habidos del matrimonio entre las partes actuantes, pero hay que advertir que tras las alegaciones planteadas y el posterior visionado de las cintas de video existentes se observa que la juez a quo, con carácter previo, advirtió la incomparecencia del Ministerio Fiscal y el motivo de la misma, no habiéndose alegado infracción o indefensión alguna por los contendientes jurídicos presentes en el acto, por lo que no es factible la alegación en el presente momento procesal, máxime si el Ministerio Público ha estado presente en la presente apelación. Por todo ello debemos desestimar el primero de los motivos alegados por la recurrente.

En segundo término, la recurrente manifiesta otra infracción procesal habida al no haber sido oídos los menores de 17, 14 y 8 años respectivamente, dirigiendo el recurso a lograr la revocación de la sentencia de instancia por no haber oído a los hijos menores mayores de 12 años, en base a la infracción del precepto contenido en el art. 777.5 de la LECiv.

Se deben tener en cuenta los siguientes preceptos:

- El CC en su artículo 92.2 establece que "las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos, serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de 12 años" (precepto que no ha sido derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero).
- En el año 1996 el Legislador reconoce el derecho del menor a ser oído y en la vigente Ley 1/2000 expresamente vuelve, como ya hacía el Código, a imponer la obligación de oír a los menores.
- El art. 9 de la LO 1/1996 de Protección del Menor, establece el derecho del menor a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo y judicial en el que se pueda tomar una decisión que afecte a su esfera personal, familiar y social. Si bien, cuando no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos.

Es por todo ello, que en el fundamento jurídico de la sentencia viene a decir que la Ley expresamente ha impuesto la obligación del Juez de oír a los menores no sólo cuando la separación o el divorcio es contenciosa, sino que también se ha previsto en los procesos de separación y divorcio de mutuo acuerdo. De modo

que no deja margen alguno a la duda, sobre si dicha exigencia podría o no venir impuesta a los procesos contradictorios y no en los de mutuo acuerdo. Es decir, el legislador ha evolucionado hacia una imposición de dicho requisito con carácter obligatorio e inexcusable. La finalidad no es otra que la de poder conocer los deseos, motivaciones y aspiraciones del menor en aras a su protección. Y partiendo de esta premisa, se ha de concluir que el que toda separación o divorcio conlleve, el simple hecho de "oír al menor", no es de por sí mismo negativo o algo que no convenga al interés del mismo. Podrá serlo o no, en función del modo en que se practique dicha audiencia, y así, el interés del menor exigirá, además de la evidente colaboración de los progenitores, que el Juzgador despliegue una serie de habilidades que le permitan cumplir la finalidad del precepto.

Además, dejando al margen la cuestión relativa a la exigencia de oír al menor, habría que preguntarse cómo puede el Juzgador determinar o conocer que el convenio que someten a su aprobación ambos progenitores, lesiona o quebranta el interés de los menores o que existen o no intereses contrapuestos entre los menores y sus progenitores, en supuestos en los que no les ha oído, y en un proceso en el que no existe más prueba que la documental. La experiencia parece estar demostrando, en la actualidad, que existen algunos casos en los que incluso bajo la apariencia de un mutuo acuerdo, subyacen situaciones de violencia, conflictividad emocional, dependencia económica y otras circunstancias que pueden determinar un régimen de guarda y custodia y de visitas, no movido por criterios de interés del menor, sino por otras razones. Tal vez, éstos o similares argumentos son los que han llevado al legislador a imponer que los Jueces oigan a los menores con 12 años o más.

En esta misma línea, encontramos declaraciones como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 27-4-2000, Sentencias del TS de 17 de septiembre de 1996 y 11 de junio de 1998, y la Sentencia del TC de 18 de julio de 2002.

Todo ello lleva a estimar el recurso interpuesto, declarando la nulidad de la sentencia y retrayendo las actuaciones para que se oiga a los hijos menores en los términos marcados en el proceso y luego resuelva el Juzgador con absoluta libertad de criterio, con arreglo a derecho.

4.14. Derecho a la defensa de sus intereses y a la tutela judicial efectiva.

a) Concepto

En la Comunidad Valenciana, según el art. 21 de la Ley que estudiamos los menores tienen derecho a denunciar cualquier acción o infracción cometida en su perjuicio, así como a la tutela judicial efectiva.

Así, los menores tienen derecho a manifestar su consentimiento en los procesos que les afecten en atención a su grado de madurez y de capacidad, de conformidad con la legislación vigente.

Las conductas de victimización secundaria y de manipulación de los menores, especialmente en procesos de crisis matrimoniales, serán tenidas en cuenta a fin de no causar un nuevo o mayor perjuicio para el menor. En los casos en que alguno de los progenitores lleve a cabo prácticas de entorpecimiento de la relación de los hijos con el otro progenitor, el órgano judicial competente adoptará las medidas necesarias para proteger eficazmente a estos menores de los efectos de dichas conductas.

El derecho a la tutela efectiva es un derecho que está constitucionalizado en el art. 24.1 CE: “Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

La titularidad de este derecho corresponde a todas las personas físicas o jurídicas en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. Es por tanto, un derecho limitado.

ÁLVAREZ CONDE ha manifestado que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene un carácter complejo y contiene fundamentalmente tres derechos fundamentales: a) el libre acceso a los jueces y tribunales; b) el derecho a obtener un fallo de estos; y c) el derecho a que el fallo se cumpla⁷⁰.

b) Contenido

El derecho a la defensa de sus intereses supone un principio general que debe presidir cualquier interpretación y decisión que afecte a un menor, estándar de interpretación que se comprende desde la concepción del menor como persona, como sujeto y no meramente objeto de derecho.

Como persona, como ser humano, el menor goza de todos los derechos que le son inherentes e inalienables, por lo que su interés es el que debe tenerse en cuenta por encima de los demás intereses, incluso legítimos, puesto que este interés se comprende desde el momento en que, sencillamente, la ley no permite al menor adoptar determinadas decisiones.

Se trata, en definitiva, de proteger los derechos fundamentales de las personas menores de edad que, por virtud de la ley, tienen capacidad jurídica pero no de obrar, pero solo por la ficción legal de que los menores de edad no

⁷⁰ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2014), “El derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva del derecho civil: supuestos más relevantes”, *Revista europea de derechos fundamentales*. Núm. 23, págs. 27-51.

deben tenerla, lo que en determinadas edades es absolutamente lógico y razonable, pero en otras ocasiones no tanto.

Por lo tanto hay que entender por “interés del menor” aquello que le beneficia, entendido el beneficio en el sentido más amplio posible y no solo de orden material, sino también de orden social, psicológico, moral etc., todo aquello que redunde en su dignidad como persona, en la protección de sus derechos fundamentales y coadyuve al libre desarrollo de la personalidad y su desarrollo integral. En definitiva, “interés del menor” debe entenderse desde la aceptación del menor como persona, como sujeto de derecho en cuya representación todos actuamos y decidimos por él.

El interés del menor se ha relacionado tanto con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural, como con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; o relacionado simplemente con la protección de sus derechos fundamentales⁷¹.

Además el derecho a la tutela efectiva, tal y como ha manifestado el TC en reiterada jurisprudencia, es un derecho de contenido amplio que no se agota en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los tribunales de justicia y pueda incoar y defender una pretensión jurídica con igualdad frente a otras partes procesales, agotando todos los medios procesales admisibles. Tampoco se limita sólo a garantizar la obtención de un fallo sobre el fondo del asunto fundado en Derecho; exige también que este se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho íntegramente.

Por lo que se refiere al derecho al libre acceso a los jueces, tribunales, requisitos procesales y formales aparte, este derecho se concreta en que sea posible el sustanciamiento de un procedimiento con todas sus garantías, esto es, el derecho a ser parte de un procedimiento jurisdiccional, y en el derecho a promover la actividad jurisdiccional (consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, art. 117.3 CE) que desemboque en un fallo jurisdiccional sobre las pretensiones deducidas en el procedimiento.

El derecho a obtener un fallo de los órganos jurisdiccionales también se ha concretado por la abultada jurisprudencia del TC, señalando que consiste en el derecho a que se dicte resolución fundada en derecho, ya sea favorable o adversa, y también que la igualdad entre las partes propias de todo proceso, sea asegurada de forma que no se produzca desigualdad ni indefensión.

⁷¹ AÑON CALVETE, J. (2015), “Interés del menor”: http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Interes-menor_11_865180001.html

La resolución que se adopte deberá estar motivada según se establece en el art. 120.3 de la CE. Por lo que se refiere al derecho a que el fallo se cumpla⁷².

c) Ámbito de aplicación práctica

Para estudiar los efectos prácticos del ejercicio de este derecho se ha elegido la Sentencia 65/2016 del TC, de 11 de abril de 2016. Los hechos en los que se fundamenta son los siguientes: La menor, hija de la recurrente en amparo, fue declarada en situación de desamparo por la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía y se formuló propuesta de acogimiento familiar preadoptivo confirmada en apelación por Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada.

La recurrente formuló demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este Tribunal declaró que había habido violación del art. 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), derecho al respeto a la vida privada y familiar, al apreciar que las autoridades españolas no habían desplegado los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho de la demandante a vivir con su hija. La Sentencia pone de relieve los efectos perniciosos del paso del tiempo que “ha tenido como efecto hacer muy difícilmente reversible una situación que se hubiera podido enmendar con otros medios que no fueran la separación y la declaración de la niña en situación de desamparo”. Por lo que en relación con la aplicación del art. 41 CEDH, declarada la violación del derecho de la demandante a vivir con su hija, violando su derecho al respeto de su vida privada y familiar, garantizado por el art. 8 CEDH, sigue el Tribunal, “por consiguiente, las Autoridades nacionales competentes deben tomar las medidas apropiadas en el interés superior de la niña”.

Tras la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la recurrente en amparo formuló incidente extraordinario de nulidad de actuaciones para que así se dictara una nueva resolución de conformidad con la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y que, en su virtud, se acordase no haber lugar al acogimiento familiar de la menor, ordenando la adopción de cuantas medidas fueran necesarias en orden a facilitar que la menor fuera devuelta a su madre. Este incidente fue inadmitido.

De forma paralela se sigue ante el mismo Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Granada el procedimiento de adopción de la menor. En este procedimiento la recurrente en amparo ha promovido incidente de oposición.

⁷² DE BARTOLOME CENZANO, J.C. (2003). *Derechos fundamentales y libertades públicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 111-126.

En la demanda de amparo se denuncia la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en relación con el art. 10.2 CE y con el art. 13 CEDH, y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en relación con el derecho fundamental a la integridad física y moral de la menor (art. 15 CE), reclamándose su interpretación conforme al art. 8 CEDH. Según se desprende de la demanda se reclama en nombre de la menor y en el propio.

En este sentido, el Tribunal fallo a favor de doña R.C.M.S. en su nombre y en el de su hija menor de edad, por considerar que se había vulnerado su derecho a la tutela efectiva sin indefensión, así como que la menor debía volver con su madre. Este fallo se debe a que se entiende que la demanda de amparo asocia la denuncia de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) con el derecho a la integridad física y moral de la menor (art. 15 CE) y con el art. 8 CEDH. Hay que recordar que, como ha señalado la STC 217/2009, de 14 de diciembre, que consideró contraria al derecho fundamental la decisión de inadmisión de un recurso: “el principio de interés superior del menor debe inspirar la actuación jurisdiccional en los procesos matrimoniales y de familia (STC 71/2004, de 19 de abril, FJ 5) y que la tramitación de dichos procesos debe estar presidida por un criterio de flexibilidad procedimental”.

4.15. Derecho a las relaciones familiares

a) Concepto

El art. 22 de la Ley Valenciana establece que los menores tendrán derecho a crecer y vivir con sus padres, si ambos manifiestan voluntad y aptitud para la crianza, procurándose en los casos de separación de los progenitores una convivencia igualitaria con ambos.

Los poderes públicos velarán por la protección del principio de coparentalidad en el cuidado y educación de los menores, y garantizarán el derecho de estos a que ambos progenitores participen por igual en la toma de decisiones que afecten a sus intereses.

En cualquier caso, los menores tendrán derecho a mantener relación con sus padres, y se protegerá especialmente el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular.

Así mismo, el menor tendrá derecho a mantener relación con sus hermanos, abuelos y demás parientes próximos o allegados.

En la observancia de estos derechos prevalecerá siempre el mayor interés del menor y la incidencia en su desarrollo psicológico y social.

Para analizar correctamente este derecho, es necesario definir qué es una familia, y distinguir entre la corresponsabilidad parental y el principio de coparentalidad.

Por familia entendemos una comunidad de personas reunidas por lazos de parentesco que existen en todas las sociedades humanas. Está compuesta de un nombre, un domicilio y crea entre sus miembros una obligación de solidaridad moral y material (particularmente entre padres e hijos). En las sociedades tradicionales las familias amplias (designadas hoy con el nombre de clan), están compuestas de decenas e incluso centenares de hogares con funciones diversas. En las sociedades modernas, la familia se ha reducido progresivamente a un solo grado de parentesco o de alianza: la familia nuclear (padre, madre, hijo o hijos)⁷³.

La corresponsabilidad parental constituye un complejo entramado de deberes, derechos, funciones y hasta actitudes respecto al cuidado y educación de los hijos, cuyo ejercicio corresponde a ambos padres. Es mucho más que la custodia compartida, implica que los padres comparten y participan de la responsabilidad por la crianza y educación de sus hijos, participación que debe ser activa, equitativa y permanente.

Por otra parte, cabría entender coparentabilidad como un derecho del niño al cuidado y educación habitual de ambos progenitores y a relacionarse frecuentemente con los dos, a pesar de la separación de los padres.

Este principio debe ser entendido como el derecho del niño a no ser separado de sus padres, derecho conforme al cual el interés superior del menor reclama que el niño crezca en compañía de ambos padres y que cada uno de ellos cumpla sus respectivos e igualmente importantes papeles en la educación del hijo, salvo, cuando circunstancias particularmente graves autorizan la separación por ser contrarias a aquel interés.

En definitiva, los principios de corresponsabilidad paterna y coparentabilidad constituyen dos perspectivas distintas pero complementarias de la relación personal paterno-filial, como un derecho que hijos y padres tienen recíprocamente y responden a una misma idea: en la búsqueda del interés del menor es más beneficioso para el hijo, en la mayoría de los casos, la relación con su padre y con su madre, con ambos, sin exclusiones⁷⁴.

⁷³ Humanium: <https://www.humanium.org/es/familia-derecho-nino/>

⁷⁴ ESTELLÉS PERALTA, A.M. (2017), "Presente y futuro en la búsqueda del interés del niño valenciano en situaciones de crisis familiar", *Revista Bolivariana de Derecho*. Núm. 24, págs. 76-97.

b) Contenido

La Convención Internacional de los Derechos del Niño consagrada a favor de todo niño el derecho a una familia. El derecho a la familia permite relacionar al niño a una historia y sobre todo le ofrece un perímetro de protección contra la violación de sus derechos. Los niños alejados de su familia se convierten en víctimas fáciles de la violencia, la explotación, la trata, la discriminación u otro tipo de maltrato. Sin embargo, puede ocurrir que la familia que debería en principio proteger al niño le infrinja malos tratos.

Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho natural y jurídico a tener una familia al lado de sus padres o en su caso de sus familiares, en los términos de la ley, tomando en cuenta que la familia es el medio natural para el crecimiento y el bienestar de los niños, las niñas y los adolescentes, ya que en ella recibirán la protección, el amor, la comprensión y la asistencia necesarias para poder asumir plenamente su desarrollo y responsabilidades en la sociedad.

Estamos frente al derecho del niño a vivir en familia, en la que su integridad, dignidad y vida privada serán protegidas e inviolables. Las relaciones familiares con y entre niños, niñas y adolescentes, se basan en la igualdad de derechos y deberes de los padres y en el respeto mutuo que se deben todos los integrantes de la familia.

La Ley establece los derechos y deberes del padre y de la madre con el hijo o hija, ya que en estos se basan las relaciones familiares que debe tener un menor.

Los padres son los primeros que pueden actuar en nombre del niño y hacer respetar sus derechos. El padre y la madre ejercen sus derechos y cumplen sus deberes decidiendo en el lugar de su hijo. Tienen por objetivo proteger al niño asegurando su educación, su desarrollo, su seguridad, su salud y su moralidad.

Los padres tienen el derecho y el deber de tomar decisiones por su hijo menor en asuntos que le conciernen personalmente, cuando este no puede decidir por sí mismo. La Ley sobre las relaciones paterno-filiales establece un importante principio, en virtud del cual los padres darán cada vez más importancia a la opinión del niño, a medida que se va desarrollando. El niño tendrá cada vez mayor autodeterminación, en función de su grado de madurez y desarrollo. Al cumplir 7 años, tendrá derecho a ser oído antes de que se tomen decisiones sobre asuntos personales que le conciernen. La Ley establece que cuando el menor cumpla 12 años, se tendrá muy en cuenta su opinión.

El niño tiene la obligación de vivir con sus padres, debido a que estos tienen un derecho y un deber de "cuidado". Ellos fijan la residencia de su hijo. La ley prevé, por otro lado, que "el niño no puede, sin permiso de sus padres, dejar la casa familiar y sólo puede ser retirado en caso de necesidad cuando lo determine

la ley". Esta regla se impone al niño, pero también a los terceros. El niño no puede residir en casa de alguien sin permiso de sus padres.

Los padres tienen el deber de mantener a sus hijos. Es decir, que tienen que proporcionarles alimentos, vestido y todo lo demás necesario para ofrecerles una buena vida. Este deber de manutención persiste hasta que el hijo alcanza los 18 años. Los padres tienen generalmente también el deber de mantener a sus hijos hasta que terminen la enseñanza secundaria superior, aunque hayan cumplido 18 años.

Proteger la salud, la seguridad y la moralidad de un menor implica un deber de vigilancia. Los padres velan por sus hijos, controlando sus idas y venidas, el conjunto de sus relaciones (miembros de la familia, amigos y conocidos), su correspondencia y, más generalmente, el conjunto de sus comunicaciones (correos y teléfono). Así, pueden prohibir a su hijo mantener relaciones con ciertas personas si consideran que no son conformes a su interés.

Los padres tienen el papel esencial de educar a sus hijos. Esta misión no se limita a la inscripción en un establecimiento escolar. También comprende la educación moral, cívica, religiosa, sexual, etc. El objetivo es aportarle todos los conocimientos y aprendizaje necesarios para que pueda vivir en sociedad y adquirir una autonomía suficiente para el día en que se convierta en adulto.

Además deben dar a sus hijos una buena educación y tener presentes en todo momento sus intereses y necesidades. La ley sobre las relaciones paterno-filiales prohíbe el uso de métodos educativos que impliquen correctivos físicos. El empleo de correctivos físicos u otras vejaciones por parte de los padres es punible y puede dar lugar a la intervención del Servicio de Protección de Menores con la familia.

También decidirán sobre los cuidados que van a dar a su hijo, los tratamientos que debe seguir, autorizar su admisión en un hospital o consentir una operación. Salvo urgencia, ninguna práctica médica puede ser realizada en el menor sin el consentimiento de los padres.

Y finalmente, los padres deben alimentar a sus hijos y darles sustento en proporción a sus recursos y a sus necesidades. Esto se aplica a los casos donde el padre y la madre viven juntos o separados. Se trata, evidentemente, de alimentarlos. Los padres deben asumir también los gastos de sus estudios e instrucción en general, las vacaciones y una cobertura de salud. Además, los hijos tienen derecho a vivir con ambos progenitores, también en el supuesto de que estos no convivan como pareja.

Además, hay que tener en cuenta que las relaciones familiares no solamente implican al padre y a la madre, sino que los niños y niñas también tienen el derecho de relacionarse con sus abuelos y otros familiares allegados.

Es por ello que cuando se produce la ruptura entre el padre y la madre, el niño o niña tiene derecho principalmente a seguir disfrutando además de cada uno de sus progenitores, a relacionarse con los abuelos u otros familiares o allegados. En otras ocasiones, no existe tal ruptura matrimonial, sino malas relaciones entre alguno o ambos progenitores con los familiares o allegados que desean mantener viva esa relación.

La preocupación por la situación de los abuelos que no pueden ver a sus nietos, si bien no es actual, no ha tenido reflejo legislativo hasta fechas recientes y sin duda, son los problemas de relación con los abuelos los que se han ido abriendo paso en primer lugar ante los Tribunales, con la pretensión de que se fije judicialmente un régimen de visitas ante los inconvenientes para que se cumpla el derecho del menor a relacionarse con sus parientes y allegados de conformidad con el art. 160.2 CC.

El régimen de visitas de los nietos con los abuelos venía siendo reconocido por la jurisprudencia, pero fue expresamente introducido en el CC por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.

El propio Tribunal Supremo (en adelante TS) ha reconocido los siguientes principios:

1º. Que abuelos y nietos tienen derecho a relacionarse.

2º. Que se trata de un derecho-deber, beneficioso para ambos.

3º. Que sólo podrá denegarse cuando concurra justa causa, es decir, cuando afecte al interés de los menores, considerando que la relación con los abuelos es siempre enriquecedora, por lo que no cabe negarles el derecho legítimo a relacionarse con sus nietos, sin perjuicio de tener en cuenta la voluntad del menor y, por tanto, de que estos sean oídos.

4º. Que sin duda, la trascendencia personal y familiar que tiene para el menor conservar la relación afectiva y material con los abuelos hace que el papel de estos sea relevante y preferente frente a otros familiares, parientes o allegados que pudieran reclamar judicialmente la fijación de relaciones con el menor.

5º. Que la justa causa para denegarles esa relación ha de ser probada por quien la alega.

Si el concepto de pariente parece más claro entendiendo como algún familiar, el concepto de allegado es más difuso. El diccionario de la RAE lo define de la siguiente forma: "Dicho de una persona: cercana o próxima a otra en parentesco, amistad, trato o confianza". En cuanto a la terminología, el TS opina que la expresión "derecho de visitas" debe aplicarse solamente en las relaciones entre los progenitores y sus hijos, y relaciones personales en estos casos. En la

realidad de los Juzgados, lo cierto es que pese a que la legitimación activa es muy amplia, los casos más frecuentes suelen limitarse a parientes cercanos (excluidos los abuelos), y de ex parejas de alguno de los progenitores. Los casos de trato, amistad o confianza no se dan en la práctica.

En estos casos, los criterios principales a tener en cuenta a la hora de fijar un régimen de relaciones del menor, son los siguientes:

1º. La situación personal del menor y de la persona que desea relacionarse con él;

2º. Las conclusiones a que se haya llegado en los diferentes informes psicológicos que se hayan pedido;

3º. La intensidad de las relaciones anteriores;

4º. La no invasión de las relaciones del menor con el titular de la patria potestad y ejerciente de la guarda y custodia; y,

5º. En general, todas aquellas que sean convenientes para el menor.

Los supuestos de visitas de allegados que más se dan en la práctica son los siguientes:

- Tíos/as, parejas de los tíos.

- Exparejas de uno de los progenitores.

- Un caso muy doloroso: el que se ha creído padre y se descubre que no lo era, pese a lo cual ha mantenido una relación paternal con el menor⁷⁵.

c) Ámbito de aplicación práctica

En este caso se va a analizar la STC 138/2014, de 8 de septiembre de 2014. Se trata del recurso de amparo núm. 5167-2013, contra el Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 18 de junio de 2013. Los hechos en que se fundamenta la demanda de amparo son los siguientes: mediante STC de fecha 18 de marzo de 2005 se acordó la separación del matrimonio entre don P. R. R. y doña A. I. R. A, atribuyendo la guarda y custodia de los dos hijos menores de edad, N. y A., a la madre y fijando un régimen de visitas a favor del padre.

En fecha 24 de junio de 2011 falleció doña A. I. R. A., pasando a vivir los dos hijos menores con su padre, quien a partir de entonces ostenta con carácter exclusivo la guarda y custodia de los mismos.

⁷⁵ SANTANA PÁEZ, E. (2014), "El interés del menor: relaciones con los abuelos, parientes y allegados": http://www.elderecho.com/tribuna/civil/interes_del_menor_11_712180002.html

Los abuelos maternos de los dos nietos, presentaron, en fecha 27 de julio de 2011, demanda solicitando el establecimiento de un régimen de visitas a su favor.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Mérida estimo la demanda fijando un régimen de visitas a favor de los abuelos maternos consistente en fines de semana alternos desde la salida del colegio el viernes hasta el domingo a las 21:00 horas, en invierno y hasta las 22:00 horas en verano; dos días inter semanales, los lunes y miércoles, desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas, en invierno, y hasta las 22:00 horas en verano (si los menores tuvieran actividades extraescolares que cercenara en el tiempo de visitas, se sustituye por los martes y jueves con el mismo horario); una semana de vacaciones de Navidad; mitad de las vacaciones de Semana Santa y un mes en verano.

El órgano judicial fundamenta su decisión en los términos siguientes: que ha quedado acreditado que los niños han mantenido una relación muy estrecha con los abuelos, puesto que la custodia de estos la tenía la madre, la cual necesitaba la asistencia de aquéllos cuando tenía que trabajar, pernoctando los niños con los abuelos en ocasiones, los cuales se encargaban de llevarlos y traerlos del colegio.

Por su parte, el padre desde el divorcio en el 2005 disfruta de un régimen de visitas normalizado, teniendo la custodia de los menores desde el fallecimiento de la madre en junio de 2011, e impidiendo las relaciones solicitadas desde julio por los abuelos, alegando el padre que la relación con los abuelos les produce angustia a los menores.

Valorando que las relaciones de los menores con su familia materna son beneficiosas para éstos, no existiendo justa causa que impida la limitación del derecho, la sentencia ha de ser estimatoria.

La representación procesal del padre interpuso recurso de apelación impugnando el régimen de visitas concedido a los abuelos maternos, por su excesiva amplitud y extensión.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz, acordó desestimar la apelación y confirmar el pronunciamiento de primera instancia, con el siguiente razonamiento: “Las particulares circunstancias de este caso, no solo derivadas de la edad de los menores, sino de las tensas relaciones entre la familia materna y el padre aconsejan el régimen descrito en la sentencia de instancia, pues no hay que dejar de reconocer que en esta materia ha de primar el interés y beneficio del menor y que corresponde a ambas partes procurarlo, buscando una situación normalizada, que no se funde en situaciones que puedan derivar conflictivas y que resulten lo más amigablemente posible. No hay motivos para modificar el régimen que la Juez de instancia ha establecido que nos parece el

más adecuado al caso presente atendiendo la correcta valoración de la prueba efectuada.

En este caso podemos comentar que la doctrina jurisprudencial relativa a esta materia establece que en el régimen de visitas y comunicación con los abuelos se permite una flexibilidad al juez para fijarla, atendiendo siempre en primer lugar al interés superior de los menores y por otro lado valorando las circunstancias concretas del caso. Partiendo de lo anterior, las alegaciones de la parte recurrente no pueden ser acogidas, atendiendo a las conclusiones expuestas, el cual, no solo no infringe la doctrina jurisprudencial destacada por la parte recurrente, sino que la aplica al caso concreto previa valoración del conjunto probatorio, concluye que el régimen de visitas de los menores con sus abuelos maternos acordado en la sentencia impugnada resulta la más adecuada para su estabilidad.

Conclusiones

La ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana tiene como finalidad ordenando la protección integral de la infancia y la adolescencia, la promoción y el desarrollo de los derechos básicos del menor, regulando de manera integral y sistemática el reconocimiento, la promoción y el desarrollo de las modernas tendencias y orientaciones sobre la protección de la infancia y la adolescencia.

La Comunidad Valenciana fue una de las primeras en contar con una moderna Ley autonómica en materia de protección social del menor, como fue la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de la Infancia. Sin embargo, la situación del momento aconsejaba adaptar y actualizar la normativa de menores de la Comunidad Valenciana a los cambios introducidos por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, por la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de responsabilidad penal de los menores y, en menor medida, por las reformas normativas para adaptar nuestro derecho al Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de Mayo de 1993. No obstante, esta Ley no se limita únicamente a realizar meros ajustes técnicos y jurídicos, sino que aspira a plasmar en el texto la dilatada experiencia alcanzada por la Generalitat con la aplicación de la Ley 7/1994, y que ha permitido, a lo largo de los últimos años, identificar y conocer las necesidades reales que demanda la sociedad valenciana en relación con la infancia y la adolescencia. Se trata, en definitiva, de una Ley cercana a la realidad social que trata de aportar soluciones eficaces y abrir nuevos espacios a la protección real de los niños y las niñas, garantizando su bienestar y concibiendo a los menores como sujetos activos de derechos.

Se puede decir que la Ley presenta una protección integral del menor en toda su extensión, esto es, abordando una regulación completa de los distintos órdenes competenciales que la Generalitat tiene en el ámbito de la protección del menor.

Resulta aplicable a todos los niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la Comunidad Valenciana, aún cuando lo estén de manera ocasional o temporal, previendo además la posible aplicación de la misma más allá de la consecución de la mayoría de edad, cuando así se permita por parte de la legislación. Abarca distintos estadios afectivos y evolutivos del menor y, sus diferentes situaciones y ámbitos de protección, ya sea como recién nacido, como niño propiamente dicho o como adolescente, así como las distintas situaciones en que puede encontrarse un menor desde el punto de vista de su edad o de su estado de emancipación.

Se destacan como principios y criterios generales el de primacía del interés del menor, orientado a la consecución particular de su desarrollo armónico y

pleno y a la adquisición de su autonomía personal y su integración familiar y social (así se recoge en el título I junto a otras disposiciones generales); el reconocimiento de la capacidad de los niños y adolescentes para participar activamente en la sociedad, potenciando la promoción y libre manifestación de su opinión, tanto a nivel colectivo como individual, y la valoración y atención de la misma como elemento para discriminar, orientar y, en su caso, fundamentar las decisiones que para su atención, protección y promoción puedan adoptarse. La Ley se enmarca en los diferentes contextos donde el niño y el adolescente se mueve, el escolar, el social, el institucional y el familiar, resaltando la importancia y papel de este último, al estar convencidos de que la infancia no se entiende fuera de ese contexto, y que cuando se habla de los niños y de las niñas se está incluyendo siempre a la familia.

Además, la Ley de protección integral de la infancia de 2008 prevé la puesta en marcha de la figura del Comisionado del Menor o “pare d'Orfes”, a quien corresponderá la promoción y defensa de los derechos de los menores en la Comunitat Valenciana. Sin embargo, esta figura aún no se ha implantado.

Mientras esto no ocurra, el Síndic de Greuges, como Defensor de los derechos de los ciudadanos, asume también la defensa de los derechos de los menores de edad, tramitando quejas y denuncias sobre situaciones de amenaza o vulneración de derechos de los niños. No obstante, no puede intervenir en casos particulares cuya solución esté sometida a los Tribunales de Justicia (por ejemplo, separaciones matrimoniales o divorcios).

Cabe concluir que mediante la "Carta de Derechos del Menor de la Comunidad Valenciana" se quiere dotar de una mayor seguridad jurídica a las actuaciones de la Generalitat, y convertir la "Carta de Derechos del Menor" en un instrumento que permita la difusión y conocimiento de los mismos por la sociedad valenciana.

Finalmente cabe decir que el pleno del Consell ha aprobado en enero de 2018 el proyecto de Ley de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana, para su posterior remisión a Les Corts. Esta futura Ley sustituirá a la vigente Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana.

Se trata de un texto que nace para adaptarse a la nueva ordenación jurídica que se ha producido en los últimos diez años en materia de protección de menores, y para reconocer que el menor es un sujeto activo de derechos y no un mero sujeto pasivo necesitado de protección.

Con la nueva ley se pretende establecer un marco jurídico que favorezca los objetivos educativos, potencie los valores humanos de respeto, tolerancia y los principios democráticos, al que queden sujetos y obligados la prensa, los medios audiovisuales, de telecomunicaciones y telemáticos. En esta línea, la Ley velará

por un uso adecuado de los contenidos publicitarios, por el control del acceso a los menores a contenidos pornográficos o violentos en internet y con videojuegos.

En el aspecto de protección social, hará hincapié en las acciones de prevención; entre otras, regulará la atención inmediata ante situaciones de desprotección a través de servicios permanentes 24 horas; el asesoramiento y atención pedagógica y psicológica de menores en riesgo o menores víctimas de abusos o maltrato, así como a menores agresores o la implantación de protocolos de detección temprana y derivación en situaciones de riesgo con menores, así como sus familias, así como la promoción de centros de atención diurna de apoyo convivencial y educativo y de inserción socio-laboral.

En materia de apoyo familiar, contempla la promoción de la educación parental, el fomento de programas de sensibilización comunitarios de intervención familiar, o especializados y dirigidos a la inserción social de familias de inmigrantes. Igualmente prevé los programas de orientación y mediación familiar, mecanismos para facilitar el encuentro entre padres y madres separados y sus hijos, y el apoyo a la familia mediante intervenciones técnicas de carácter social o terapéutico.

En materia de educación, contempla la promoción de los servicios de atención a la primera infancia o la prevención y control del absentismo escolar, mientras que en salud incluye el desarrollo de programas de intervención temprana o la prevención del consumo de alcohol, tabaco y otras sustancias y drogas.

Asimismo recoge otras iniciativas en materia de formación y empleo así como en materia de relaciones sociales y para adolescentes en situación de riesgo. También establece por vez primera un Título de "Atención especial a adolescentes con conductas inadaptadas o de alto riesgo", y dedica un capítulo a la regulación de los derechos de los menores extranjeros.

Cabe destacar, además, que se elimina el límite de edad para que se escuche la opinión de los niños y niñas antes de dar el consentimiento informado en los tratamientos médicos o se fija la obligación de los padres, madres o tutores a escuchar y respetar sus opiniones "en referencia a la libertad de ideología, conciencia o religión". Asimismo, se reconoce por primera vez el derecho a la identidad y a la expresión de género y en la esfera pública se garantiza que las administraciones tendrán que consultar la opinión de la infancia y la adolescencia en aspectos que les afecten como las políticas de ocio educativo o el diseño urbano de los municipios, adaptando las consultas públicas para que puedan participar.

Bibliografía

ACNUR. Convenio sobre los derechos del niño. <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532> [Consulta: 20 de febrero de 2018]

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. Guía del reglamento general de protección de datos. <https://www.aepd.es/media/guias/guia-rgpd-para-responsables-de-tratamiento.pdf>. [Consulta: 25 de mayo de 2018]

ALAE. Estados que ratificaron o adhirieron a la Convención. <http://www.alaee.org/derechos/listf.html> [Consulta: 3 de marzo de 2018]

ALBADALEJO, M. (2009), *Derecho Civil. I. Introducción y Parte General*, Madrid: Edisofer, pág. 460.

ALCÓN YUSTAS, M.F., ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I., ASTARLOA HUARTE, I., CORREA SOSA, I., MACÍAS JARA, M., MÉNDEZ LÓPEZ, J.L., DE MOTALVO y F. RIPOLLÉS SERRANO, M.R. (2016), *Lecciones de Derecho Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch.

ALEGRE MARTÍNEZ, M. (2002), "Apuntes sobre el derecho a la vida en España: constitución, jurisprudencia y realidad". *Revista de derecho político*. Núm. 53, págs. 337-358.

ALEMÉN BRANCHO, C. (1994), "Políticas públicas y marco de protección jurídica del menor en España". UNED. *Revista de Derecho Político*. Núm. 90, págs. 97-134.82014

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2014), "El derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva del derecho civil: supuestos más relevantes", *Revista europea de derechos fundamentales*. Núm. 23, págs. 27-51.

AMNISTÍA INTERNACIONAL. Definición jurídica de "niño/a". <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/menores/dh-inf-defin.html> [Consulta: 15 de febrero de 2018]

AÑÓN CALVETE, J. (2015), "Interés del menor": http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Interes-menor_11_865180001.html

APUD A., Participación Infantil. UNICEF. www.unicef.es [Consulta: 15 de junio de 2018]

CANOSA USEA, R. (2017), "La protección de la integridad personal". *Revista de Derecho Político*. Núm. 100, págs. 257-310.

DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C. (2003), *Derechos fundamentales y libertades públicas*. Valencia: Tirant lo Blanch.

DEFENSOR DEL MENOR DE LA COMUNIDAD DE MADRID (2011), Menores en los medios de comunicación, <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/07/Libro-menores-en-los-medios.pdf> [Consulta: 10 de junio de 2018]

DEFENSOR DEL PUEBLO EN ESPAÑA. “¿Menores o adultos? Procedimiento para la determinación de la edad”, págs. 35-68: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2011-09-Menores-o-Adultos-Procedimientos-para-la-determinaci%C3%B3n-de-la-edad1.pdf> [Consulta 22 de abril]

DE LA TORRE LASO, J. (2018), “Consecuencias de la participación de los menores en los procesos de ruptura familiar conflictivos”. *Revista de Derecho de Familia*. Núm. 78, págs. 1-18.

EL DERECHO. Interés del menor. http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Interes-menor_11_865180001.html. [Consulta: 15 de febrero de 2018]

ESTELLÉS PERALTA, A.M. (2017), “Presente y futuro en la búsqueda del interés del niño valenciano en situaciones de crisis familiar”, *Revista Bolivariana de Derecho*. Núm. 24, págs. 76-97

GARCÍA SEDANO, T. (2017), “Mutilación genital”, *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*. Núm. 13, págs. 293-206.

GARCÍA VILLALUENGA, L. y LINCERO DE LA FUENTE, M. (2006), *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el derecho comparado*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. <http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/docs/derechoAdoptadoConocer2006.pdf>

GENERALITAT VALENCIANA, Medidas judiciales de internamiento <http://www.inclusio.gva.es/es/web/menor/medidas-judiciales-de-internamientobd4> [Consulta: 20 de abril de 2018]

GIL ANTÓN, A. (2013), “La privacidad del menor en internet”. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*. Núm. 3, págs.60-96.

JUSPEDIA. Persona y personalidad jurídica. <https://juspedia.es/libro/teoria/3057-persona-y-personalidad-juridica>. [Consulta: 21 de febrero de 2018]

HCCH. Hague Conference on Private International Law. www.hcch.net. [Consulta: 3 de marzo de 2018]

HUETE NOGUERAS, J., “Interés superior del menor y derecho a ser escuchado”, https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/C.%20Escrita

%20Huete%20Nogueras,%20Jos%C3%A9%20Javier.pdf?idFile=29a8de18-2a71-400d-92ed-282d8b9541d6

HUMANIUM. Derecho a la vida. <https://www.humanium.org/es/derecho-vida/> [Consulta: 30 de mayo de 2018]

HUMANIUM. Familia y derechos del niño. <https://www.humanium.org/es/familia-derecho-nino/> [Consulta: 16 de junio]

HUMANIUM. Mutilación genital femenina <https://www.humanium.org/es/mutilacion-genital/> [Consulta: 10 de junio de 2018]

IGAREDA GONZALEZ, N. (2014), "El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos". *Revista Derechos y Libertades*. Núm. 31, págs. 227-249.

LACRUZ BERDEJO, J.L. (2004), Elementos de Derecho civil I, parte General. Volumen segundo. Personas. Madrid: Oykinson.

LIÑAN GARCÍA, A. (2014), "La protección jurídica del menor: especial incidencia de la esfera familiar en su derecho de libertad religiosa y de conciencia", *Anales del Derecho*. Núm 32, págs. 1-28.

MARÍN GARCÍA, T. (2008) "La protección de los menores en la Comunidad autónoma valenciana". *Revista de derecho civil valenciano*: <http://derechocivilvalenciano.com/estudios/derecho-de-la-persona-y-la-familia/item/187-proteccion-de-los-menores-en-la-comunitat-valenciana-por-teresa-marin-garcia-de-leonardo>

MARTÍN SÁNCHEZ, I. (2002), *La recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*, Málaga: Ediciones Comares.

NUÑEZ RIVERO, C. y ALONSO CARBAJAL, A. (2011), "La protección del menor desde un enfoque del derecho constitucional", *Revista de Derecho UNED*. Núm 9, págs. 261-294.

STEIN (1973). *Derecho Político*.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1996), "Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor según la Ley de Protección del Menor", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Núm. 4, pág. 1249.

OMS. Salud de la madre, el recién nacido, del niño y del adolescente. http://www.who.int/maternal_child_adolescent/topics/child/development/es/ [Consulta: 23 de febrero de 2018]

PERALTA MARTÍNEZ, R. (2012), “Libertad ideológica y libertad de expresión como garantías institucionales”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Núm. 16, págs. 251-283.

Portal del DNI electrónico: <https://www.dnielectronico.es> [Consulta: 5 de junio de 2018]

RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F. (2015), “La protección de los derechos al honor, la intimidad y propia imagen del menor con suficiente madurez: entre el respeto a sus decisiones y la intervención del ministerio fiscal,” *Foro. Nueva época*. Vol. 18. Núm. 2, págs. 185-211.

REVETLLAT BALLESTÉ, I. (2007), “Protección a la infancia en la legislación española. Especial incidencia en los malos tratos”, *Revista de Derecho UNED*. Núm. 2, págs. 77-94.

RODRÍGUEZ MESA, M^a. J. (2012), “El Código Penal y la Explotación Sexual Comercial Infantil”, *Estudios Penales y criminólogos*. Núm. 32, págs. 197-246.

RUIZ LEGAZPI, A. (2004), “La determinación de la edad de los extranjeros indocumentados “. *Revista de Derecho Político*. Núm. 61, págs. 141-172.

SANTANA PÁEZ, E., “El interés del menor: relaciones con los abuelos, parientes y allegados”: http://www.elderecho.com/tribuna/civil/interes_del_menor_11_712180002.html

TEJERO MUÑOZ, L. y POUS DE LA FLOR, M.P. (2017), *La protección jurídica del menor*. Valencia: Tirant lo Blanch.

TORRES PEREA, J.M. (2009), *Interés del menor y derecho de familia: una perspectiva multidisciplinar*. Madrid: Iustel.

UNESCO. Cuidado y desarrollo de la primera infancia. <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001163/116350so.pdf> [Consulta: 22 de febrero de 2018]

UNICEF. Definición de la infancia. <https://www.unicef.org/spanish/sowc05/childhooddefined.html> [Consulta: 21 de febrero de 2018]

UNICEF. Convención sobre los Derechos del Niño. https://old.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/CDN_06.pdf. [Consulta: 28 de marzo de 2018]

UNICEF-COMITÉ PAIS VASCO: <https://www.unicef.es/conoce/oficinas-unicef/comite-del-pais-vasco> [Consulta: 25 de junio de 2018]

VALERO HEREDIA, A. (2004), *Constitución, Libertad religiosa y minoría de edad. Un estudio a partir de la sentencia 154/2002, del Tribunal Constitucional*. Valencia: Universidad de Valencia.

ZELEDÓN, M. (2015), "El derecho del niño a ser escuchado y la obligación del juzgador de escucharlo", *Revista Jurídica Digital "Enfoque Jurídico"*. <http://www.enfoquejuridico.info/wp/archivos/4595>