

LA LIBERTAD RELIGIOSA Y LA INFANCIA EN EL SISTEMA ESPAÑOL. UNA APROXIMACIÓN TEÓRICA Y POSITIVA

LUIS VILLAVICENCIO MIRANDA*

1. Introducción

En el presente trabajo intentaré analizar algunos de los complejos problemas asociados al reconocimiento de la titularidad del derecho a la libertad religiosa a niños, niñas y adolescentes, en particular los referidos a los posibles conflictos que pueden suscitarse entre dicha libertad y el derecho a la vida de éstos,¹ deteniéndome en particular en la legislación y jurisprudencia españolas.

Suele sostenerse, siguiendo una de las elaboraciones más típicas y tradicionales de la dogmática civil, que tratándose de niños y niñas es obligatorio distinguir entre la titularidad y la capacidad efectiva de ejercer los derechos.² Así, una persona mayor de edad, por regla general, posee tanto capacidad de obrar, es decir, la aptitud para ser titular de derechos, como capacidad de ejercicio, esto es, la posibilidad de ejercerlos por sí misma. En cambio, las personas menores de edad si bien tienen la capacidad de obrar —no podría ser de otro modo puesto que a ésta se le considera como un atributo de la personalidad— no pueden actuar jurídicamente por sí mismas ya que no tienen el grado de madurez necesario y, por lo mismo, el ejercicio de sus derechos queda entregado a un representante.

Pues bien, la distinción recién apuntada, heredera como se dijo de la dogmática civil, particularmente en el ámbito del derecho de familia, inspiró en buena medida la doctrina tutelar que permitió el desarrollo del derecho de menores durante la primera mitad del siglo XX.³ Un rama del derecho que se caracterizaba por la negación total del carácter de sujetos de derecho a los niños, niñas y adolescentes, los que sencillamente eran objeto de protección por parte del Estado, el que por medio de la potestad tutelar velaba, como un buen padre de familia, por los derechos de los niños, niñas y adolescentes sin tomar en cuenta ni sus

* Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Profesor e investigador de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Av. Errázuriz 2120, Valparaíso, Chile. E-mail: luis.villavicencio@uv.cl

¹ Para los efectos de este trabajo, niño o niña es toda persona menor de 14 años y adolescente toda persona de 14 años o más y menor de 18 años.

² Véase un análisis crítico en PUENTE ALCUBILLA, V.: "Minoría de edad, religión y derecho", Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 2001, pp. 34-47.

³ En pocas palabras, la potestad tutelar del Estado opera como una patria potestad anómala que el propio Estado ejerce sobre los niños, niñas y adolescentes, reemplazando el poder que las leyes civiles entregan a los padres y que éstos no pueden ejercitar por encontrarse inhabilitados por cualquier razón. Véase CILLERO, M.: "Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva", en *"Justicia y Derechos del Niño"*, N° 3, UNICEF, Buenos Aires, 2001, especialmente pp. 51-52.

opiniones ni intereses.⁴ Dicho paradigma tutelar ha sido sobrepasado —sobre todo desde la adopción de la Convención sobre Derechos del Niño— por la doctrina de la protección integral, la que se traduce, en términos generales, en la obligación de la familia, la comunidad y el Estado de adoptar todas las medidas que sean indispensables para restablecer el goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se han visto privados, perturbados o amenazados por medio de mecanismos efectivos que sopesen adecuadamente los intereses de éstos y el grado de madurez progresivo que van adquiriendo.⁵

Uno de los desafíos centrales del paradigma de la protección integral radica, precisamente, en articular los mecanismos jurídicos que permitan una respuesta adecuada y flexible a la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes. Es evidente que un adolescente de 17 años no se acuesta un día sin tener la capacidad de ejercer ningún derecho por sí mismo y se despierta al día siguiente, con 18 años, tocado por la vara mágica del ordenamiento que lo transforma en un sujeto autoconsciente y reflexivo, capaz de tomar decisiones maduramente y enfrentarse a los desafíos de su vida. Por el contrario, el proceso de la niñez a la adultez es un camino progresivo, paulatino y el sistema jurídico no puede ser indiferente a dicho proceso.

De este modo, pareciera que la postura tradicional de que los niños no poseen capacidad de ejercicio y, por lo tanto, otros pueden decidir por ellos⁶ nos sirve para algunos casos, pero aparece como totalmente inoperante y tosca para otros. Por ejemplo, claramente, un niño de cinco años no puede pretender que el Estado no adopte medidas coercitivas para evitar que éste se infiera algún daño o ponga en peligro su vida. Sin embargo, ¿puede sostenerse lo mismo, tan enfáticamente, respecto de un adolescente de 14 años? Una de las difíciles preguntas de las que pretenderé hacerme cargo en las líneas que siguen se refiere precisamente a esta cuestión crucial: ¿puede un adolescente decidir sobre su propia vida o integridad física?, ¿en qué casos y con qué límites o resguardos? Y, particularmente, ¿puede un adolescente aduciendo convicciones religiosas o morales poner en peligro su vida o, sencillamente, optar por el suicidio al negarse a que se le administre un determinado tratamiento médico?⁷

⁴ Para un análisis general de las características del paradigma tutelar pueden verse GARCÍA MÉNDEZ, E.: "Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral", Forum Pacis, Santa Fe de Bogotá, 1994; MILLÁN, P. y VILLAVICENCIO MIRANDA, L.: "La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección", en *"Revista de Derechos del Niño"*, N° 1, Universidad Diego Portales, Santiago, 2002, pp. 44-48; y PEÑA, C.: "El derecho civil en su relación con el derecho internacional de los derechos humanos", en *"Sistema Jurídico y Derechos Humanos"*, Cuadernos de Análisis Jurídico, serie Publicaciones Especiales, N° 6, Universidad Diego Portales, Santiago, 1996, pp. 626-630.

⁵ Véase BELOFF, M.: "Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar", en *"Justicia y Derechos del Niño"*, N° 1, UNICEF, Santiago, 1999, pp. 16-20.

⁶ Esta afirmación requiere una aclaración. Si bien, por ejemplo, un niño de 5 años o menos no puede pretender que sus opiniones sean vinculantes para los demás, de ello no se sigue que su opinión no sea relevante. En efecto, conforme al paradigma de la protección integral, los pareceres de todo niño o niña deben ser considerados y sopesados para efectos de adoptar las medidas que mejor protejan sus derechos, es decir, siempre deben ser escuchados con el objeto de determinar la mejor forma de velar por su interés superior.

⁷ En el presente trabajo no analizaré la cuestión de si la vida es o no un derecho irrenunciable, puesto que presupongo su carácter disponible. En mi concepto, toda persona adulta y competente puede decidir libremente sobre su destino vital, incluyendo también la eutanasia activa voluntaria. Lo contrario sería tratarla como menos que un ser humano, es decir, entrometerse ilegítimamente en su esfera de autonomía personal, aun cuando fuera para evitar un daño, o sea, una acción paternalista injustificada. Sobre la eutanasia en general véase DWORKIN, R.: "El dominio de la vida", Ariel, Barcelona, 1994, especialmente pp. 93-135 (Traducción de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres). Respecto de las relaciones entre la eutanasia, los derechos del paciente y el consentimiento informado véase ZÚÑIGA FAJURI, A.: "Derechos del paciente y eutanasia en Chile", en *"Revista de Derecho"* (Valdivia), diciembre 2008, volumen XXI, N° 2, pp.111-130. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502008000200005&lng=es&nrm=iso&tlng=es

Con el fin de responder estas preguntas es necesario explicar antes por qué y en qué sentido los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho. Sólo una vez superada dicha pregunta, se estará en condiciones de articular el sentido y alcance de la libertad religiosa para niños, niñas y adolescentes, especialmente cuando el ejercicio de dicha libertad es contradictorio con la supervivencia de los mismos.

Para abordar satisfactoriamente las preguntas presentadas termino estas palabras preliminares adelantando la estructura del trabajo. En primer lugar, analizaré brevemente, desde la teoría de los derechos, la forma en que puede justificarse la consideración de los niños, niñas y adolescentes como titulares de derechos subjetivos. En segundo lugar, una vez sostenida la inclusión de niños, niñas y adolescentes en el universo de los titulares de derechos fundamentales, presentaré cómo éstos son reconocidos como sujetos de derechos en el sistema español. En tercer lugar, desarrollaré, en sus aspectos más generales, la libertad religiosa como un derecho básico del cual son titulares activos los infantes, deteniéndome en los diferentes cuerpos normativos que regulan esta libertad. En cuarto lugar, me centraré en las dificultades que plantea la adecuada ponderación de los límites a la libertad religiosa tratándose de niños, niñas y adolescentes, especialmente aquellas que se relacionan con la negación por parte de éstos a recibir un tratamiento médico que violenta sus convicciones religiosas. En quinto lugar, analizaré algunos fallos del Tribunal Constitucional relevantes sobre la materia objeto del presente trabajo. Y para finalizar, avanzaré algunas conclusiones que me permitan esbozar algunas puertas de salida a los enmarañados problemas tratados.

2. ¿En qué sentido los niños, niñas y adolescentes son titulares de derechos?

El filósofo Neil MacCormick⁸ sostuvo que la idea de los derechos de los niños es difícil de encuadrar dentro de las teorías tradicionales referidas a qué significa tener un derecho a algo.⁹ En este sentido, los derechos de los niños son, entonces, una compleja prueba para las teorías que explican, en general, la noción de “derecho”. Veamos, pues, si las diferentes doctrinas existentes sobre la cuestión de la atribución de los derechos tienen una respuesta satisfactoria cuando hablamos de los derechos de la infancia. Y mi punto de partida será el siguiente: cualquier teoría de los derechos debe enunciarse de tal forma que incluya a los niños, niñas y adolescentes como titulares de derechos; de lo contrario, es una teoría conceptualmente insatisfactoria y, además, moralmente indeseable.

⁸ Véase “Los derechos de los niños: una prueba para las teorías del derecho”, en “*Derecho legal y socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política*”, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 129-137 (traducción de M. Lola González Soler). Véase, además, en el ámbito hispanoamericano, los trabajos de HIERRO, L.: “Tienen los niños derechos”, en “*Revista de Educación*”, N° 294, enero-abril, 1991, pp. 221-233 y “¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto”, en “*Sistema*”, Revista de Ciencias Sociales, Fundación Sistema, Madrid, N° 46, enero de 1982, pp. 45-61. También puede consultarse del mismo autor, “Los derechos de la infancia. Razones para una Ley”, en “*Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*”, Volumen 4, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5473-5493.

⁹ En otra parte he revisado los muchos problemas que existen al intentar determinar la clase de los titulares de derechos, especialmente cuando se trata de derechos humanos. Véase “¿Derechos humanos para quiénes? Reflexiones sobre algunas cuestiones embarazosas”, en “*Revista de Derecho*” (Valdivia), diciembre 2008, volumen XXI, N° 2, pp. 33-51. Disponible en http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502008000200002&lng=es&nrm=iso&tlng=es

En términos generales, existen dos tipos de teorías que responden de forma diversa a la pregunta por la titularidad de los derechos.¹⁰ Por un lado, están las teorías de la voluntad y, por otro, las del interés. Las primeras ponen el acento en el poder o discreción del titular del derecho; en cambio, las segundas, priorizan el beneficio o el interés del titular. Dicho en otras palabras, las teorías de la voluntad —también denominadas de la elección— sostienen que tener un derecho supone el reconocimiento moral o jurídico de la voluntad o discreción del titular que lo autoriza para entrometerse, en algún sentido, en la esfera de actuación de otros. Y las teorías del interés —conocidas también como del beneficiario— postulan que tener un derecho es detentar un cierto beneficio o interés, del cual se derivan deberes (morales o jurídicos) que se imponen sobre uno o más sujetos que deben respetar dichos intereses o beneficios. Como se ve, las teorías de la voluntad se vinculan directamente con la fundamentación tradicional de los derechos civiles, particularmente aquellos de carácter patrimonial, cuyo origen se encuentra en las doctrinas liberales clásicas, herederas de las revoluciones del siglo XVIII, que justificaban la atribución de derechos subjetivos en la soberanía individual, manifestación de la libertad e igualdad originarias del ser humano considerado con un agente racional y plenamente autónomo.¹¹

Claramente, en consecuencia, las teorías de la voluntad dejan fuera a los niños.¹² Ahora bien, esto no significa, necesariamente, la incorrección de un principio moral que conllevara la protección de los niños y niñas, sin embargo, dicha preocupación no podría expresarse mediante la técnica de los derechos. Esta afirmación que, a simple vista, parece inocua fue, por el contrario, origen de la postergación durante mucho tiempo de los intereses de los niños, niñas y adolescentes. En efecto, gracias a ellas se construyó la noción del derecho de menores tradicional, es decir, aquél que edificaba sobre el supuesto que los niños debían estar supeditados a la tutela heterónoma familiar o estatal y que, por lo mismo, debían ser considerados como meros recipientes de las políticas o cuidados diseñados por otros, sustentados en la buena voluntad y lagenerosidad propias de un buen padre de familia, que deciden por ellos sin considerar su opinión ni su autonomía progresiva. Por estas mismas razones, tampoco es satisfactoria la solución de la representación por parte de terceros de los intereses de los niños, niñas y adolescentes. Debemos, entonces, para tomarnos los derechos de éstos en serio, entenderlos de un modo distinto.

¹⁰ Véase HIERRO, L.: “¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto”, ob. cit.

¹¹ Véase HIERRO, L.: “¿Tiene los niños derechos?”, ob. cit. y “Los derechos de la Infancia. Razones para una ley”, ob. cit. Precisamente, en razón de esa libertad e igualdad de los seres humanos, que sólo se predica de una parte de éstos, que reúnen en el estado de naturaleza dichas características, fueron excluidos de la comunidad moral no sólo los niños, sino que también las mujeres y los no propietarios.

¹² Un buen ejemplo de una teoría de la voluntad de los derechos que excluye a los niños, es el caso de la línea argumental trazada por Hart: “Es importante para toda la lógica de los derechos que, mientras se descubre a la persona que ha de beneficiarse con el cumplimiento de un deber considerando lo que sucederá si no se cumple el deber, a la persona que tiene un derecho (a quien se *debe* el cumplimiento) se la descubre examinando la transacción o situación antecedente o las relaciones de las partes donde surgió el ‘deber’. Estas consideraciones debieran inclinarnos a no extender a los animales y los niños, a quienes debemos tratar bien, la noción de un derecho al buen trato, porque la situación moral puede describirse de manera sencilla y adecuada afirmando que es malo maltratar animales o niños, o que no debemos tratarlos mal, o bien, en el sentido generalizado que del ‘deber’ tiene el filósofo, que tenemos el deber de no tratarlos mal. Si el uso común sanciona el que hablemos de los derechos de los animales o los niños, hace un uso ocioso de la expresión ‘un derecho’, que confundirá la situación con otras situaciones morales diferentes donde la expresión ‘un derecho’ tiene una fuerza específica y no puede ser sustituida por las otras expresiones morales que he mencionado”. HART, H.L.A.: “¿Existen derechos naturales?”, en *Filosofía política*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1974, pp. 92 y 93 (traducción de E.L. Suárez)..

Esa otra manera es, precisamente, las que nos ofrecen las teorías del interés o del beneficiario. Para MacCormick, “la atribución de un derecho a determinada clase de seres parece exigir las siguientes presunciones: respecto a la clase en cuestión (en nuestro caso, niños), existe cierta acción u omisión (en nuestro caso, las acciones y omisiones que conllevan el cuidado, alimento y cariño) cuyo cumplimiento, en el caso de todos y cada uno de los miembros de esa clase, satisfará, protegerá o mejorará cierta necesidad, interés o deseo de cada una de tales personas; y, en segundo lugar, la satisfacción de esa necesidad, interés o deseo es de tal importancia que sería incorrecto negarla a cualquier persona independientemente de las ventajas ulteriores que ello supone”.¹³

Por lo tanto, la noción de derecho debe ser reformulada, conforme a la teoría del interés de MacCormick, con el fin de incluir a los niños, niñas y adolescentes como titulares de los mismos. Así, esta nueva enunciación se expresa del siguiente modo: Todos los miembros de la clase C (niños, niñas y adolescentes) tienen derecho a recibir un determinado T (tratamiento), siempre que T sea un bien de tal importancia que sea incorrecto negarlo a cualquier miembro de la clase C.¹⁴

Según todo lo dicho, en conclusión, no requerimos —como pensaba Hart— forzar la teoría para postular que los niños, niñas y adolescentes tienen derechos. Del mismo modo, tampoco debe violentarse la teoría para afirmar que éstos tienen derechos, aunque no puedan hacerlos valer por sí mismos en todos los casos y muchos de ellos sean irrenunciables —por ellos mismos o a través de otros en su nombre—. En vez de todo eso, debemos sostener que todo niño, niña y adolescente tendrá un derecho si existe una necesidad cuya satisfacción se sustenta en razones suficientes para exigir en todo caso. Desde este enfoque, esquivamos el peligro de aseverar débilmente que es bueno tratar bien a los niños sino que, al contrario, probada la existencia de un derecho, sustentado a su vez en una necesidad, debe determinarse sobre quiénes recae el deber correlativo, estableciéndose los sujetos pasivos obligados.¹⁵

3. Los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho en el ordenamiento jurídico español

He intentado, hasta ahora, aclarar en qué sentido podemos argumentar que los niños, niñas y adolescentes son titulares, teóricamente, de derechos subjetivos. Lo que quisiera realizar, en este apartado, es recorrer el ordenamiento jurídico español para sistematizar el reconocimiento que éste atribuye a aquéllos como sujetos activos de derechos. En primer lugar, obviamente, gozan de todos y cada uno de los derechos reconocidos en la Constitución española.¹⁶ Lo anterior no merece discusión. Sin embargo, quisiera resal-

¹³ MACCORMICK, N.: ob. cit., p. 133.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ HIERRO, L.: “¿Tienen los niños derechos?”, ob. cit., pp. 227 y 228.

¹⁶ Cfr. PUENTE ALCUBILLA, V., ob. cit., pp. 29-33...

tar algunas ideas generales que me parecen relevantes. La primera de ellas se refiere a la dignidad de la persona humana, reconocida en el artículo 10.1 de la Constitución española relacionada con el principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la Ley Fundamental. Si el artículo 10.1 proclama la dignidad para todas las personas, no cabe hacer una distinción arbitraria entre personas mayores de edad y menores de edad para efectos de la titularidad de los derechos, puesto que el propio artículo 14 señala que nadie puede ser discriminado por cualquier condición o circunstancia personal y la edad es, precisamente, una circunstancia personal, específicamente una cualidad adscrita de la cual no son responsables los niños, niñas y adolescentes.

La segunda cuestión general que quisiera destacar es que la propia Constitución en el artículo 39.4 dispone que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. Con este mandato, se obliga directamente a los poderes públicos a elaborar las políticas que sean necesarias para dar una protección integral a todos los niños, niñas y adolescentes, en particular la creación de las condiciones adecuadas para que éstos puedan desenvolverse al interior de sus familias.

En fin, la última idea preliminar que me parece relevante se refiere a la remisión que hace la Constitución a las normas internacionales como criterios rectores en la interpretación de las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales. De este modo, la Convención sobre los Derechos del Niño no sólo forma parte del ordenamiento jurídico español sino que, además, sirve como elemento hermenéutico central para la aplicación de las disposiciones referidas a derechos cuando se trata de niños.¹⁷

Ahora bien, en un ordenamiento jurídico complejo como el español, no sólo la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño regulan materias relacionadas con la infancia. Lo hacen también el Código Civil¹⁸ y la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Sobre la última haré algunos comentarios puesto que me parece un cuerpo normativo relevante, para efectos de desarrollar y explicitar los derechos de los niños, niñas.

La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor,¹⁹ de 15 de enero de 1996, pretende —como señala su exposición de motivos— construir “un amplio marco jurídico de

¹⁷ El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la interpretación del alcance del artículo 10.2 en una sentencia relacionada, precisamente, con los niños. Se trata de la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 36-1991. Véase especialmente el fundamento jurídico (F.J.) 5.

¹⁸ Como rebasan, con creces, los límites que me he propuesto en este trabajo no me referiré a la Convención sobre los Derechos del Niño ni al Código Civil, salvo en lo que sean relevantes y pertinentes para desarrollar y articular específicamente la libertad religiosa de los niños, niñas y adolescentes.

¹⁹ La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor no pretende ser un código de la niñez y la adolescencia que integre la totalidad de las disposiciones sectoriales que los afectan. Esto se debe, fundamentalmente, a que el ordenamiento jurídico español es complejo y se consideró inviable pretender agotar las materias que selectivamente aborda, puesto que esto acarrearía la reiteración inútil de preceptos que ya están recogidos en otras normas de rango similar o superior y rompería la sistemática del ordenamiento vigente. Además, la particular superposición de competencias constitucionales y estatutarias de las comunidades autónomas no permite una regulación global. Así, el objetivo de la ley es, en general, cubrir las lagunas detectadas y adaptar la normativa vigente a la nueva realidad derivada de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las demandas sociales emergentes. La opción española se ubica en las antipodas, por ejemplo, del Estatuto Brasileño del Niño y del Adolescente (Ley N° 8.069 de julio de 1990), cuerpo normativo que de forma pionera en el mundo intentó regular los derechos de la infancia y adolescencia en forma sistemática de acuerdo a los parámetros del paradigma de la protección integral impuestos por la Convención sobre los Derechos del Niño. Es el mismo caso de la regulación venezolana (Ley Orgánica Para la Protección del Niño y del Adolescente de septiembre de 1998) que establece una regulación muy detallada.

protección que vincula a todos los Poderes Públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general”. Lo anterior como una necesidad impuesta debido a que 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 del edificio de los derechos humanos de la infancia (...) Este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos”.

Consecuentemente con estos presupuestos, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor se erige sobre “una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás”. De este modo, la exposición de motivos concluye que “no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por lo tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansa la presente Ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección”.

Veamos sumariamente el modo en que la ley en comento recoge estos principios rectores que la inspiran. En primer lugar, me interesa destacar que el artículo 2.1. reconoce el interés superior del niño como principio general en los siguientes términos: “En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo”. No me parece, con todo, correcta la formulación que hace la ley del interés superior del niño. Creo que es demasiado restrictiva y vaga, perdiendo la oportunidad de concretizar la forma en que la Convención recoge este principio. Claramente se trata de una repetición innecesaria del artículo 3.1. de la Convención, contraria a la propia inspiración de la ley en orden a no repetir derechos y estándares que ya forman parte del ordenamiento jurídico español. Por último, la alusión a que las medidas que se adopten tendrán siempre un carácter educativo me parece equívoca en cuanto constituye una contaminación del paradigma tutelar.

En vez de lo anterior, la ley perdió una buena oportunidad de consagrar el interés superior del niño como otro principio fundamental que se articula, como parte integrante de la misma bisagra, con el principio que reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho. Así, éste no es sólo una enunciación inspiradora o programática, sino una norma imperativa que impone un cierto deber de conducta que consiste en la satisfacción plena de los derechos de los niños y, además, la consideración primordial de sus intereses y derechos por sobre otros. El interés superior del niño debe entenderse de modo tal que produzca la mejor satisfacción de sus derechos y, por lo mismo, radica en el propio interés del niño que vaya asumiendo progresivamente su ciudadanía plena y un mecanismo para lograrlo se relaciona directamente con el derecho del niño, niña y adolescente a formar su propia conciencia, elegir sus creencias y expresarlas, las que constituyen, a su vez, los fundamentos directos del reconocimiento para éstos de la libertad religiosa.²⁰

Otro aspecto a destacar es la alusión que se hace a la capacidad de obrar en el artículo 2.2. Éste dispone que “Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”. Conuerdo con Puente que este precepto lo que pretende es enfatizar la importancia que tiene la capacidad natural, por aplicación del principio de dignidad de la persona y la autonomía progresiva. La apuesta es, entonces, no por la capacidad de obrar general del niño, pero sí por la toma en consideración de su madurez como elemento clave para articular sus derechos.²¹

También me parece relevante la remisión que hace la ley en su artículo 3 a la Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño, los tratados internacionales sobre derechos humanos y cualquier otra norma del ordenamiento jurídico español que les reconozca derechos a los niños, niñas y adolescentes. Este precepto merece varios comentarios. En primer lugar, esta norma de reenvío es fundamental para efectos de la completitud e interpretación sistemática del sistema jurídico español en la materia que nos interesa. En segundo lugar, es destacable que el precepto determine como directriz interpretativa los tratados internacionales y, especialmente, la Convención sobre los Derechos del Niño, es decir, cualquier asunto en el que se encuentren comprometidos los derechos de los niños, niñas y adolescentes debe ser resuelto interpretando las normas del caso de conformidad, primero, a la Convención y luego a los demás tratados internacionales que sean pertinentes. En este sentido el precepto es una reiteración pero también una especificación del ya citado artículo 10.2 de la Constitución española. En tercer lugar, como la disposición hace referencia a todos

²⁰ Véase BARATTA, A.: “Infancia y democracia”, en GARCÍA, E. y BELOFF, M. (comps.), “*Infancia, ley y democracia en América Latina*”, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1998, pp. 50 y ss.; y CILLERO, M.: “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en “*Justicia y Derechos del Niño*”, N° 1, UNICEF, Santiago, 1999, pp. 45-62.

²¹ Más adelante esta cuestión será relevante a la hora de evaluar los límites a la libertad religiosa. Véase PUENTE ALCUBILLA, V.: ob. cit., pp. 73 y 74.

los demás cuerpos normativos que establezcan derechos para los niños, niñas y adolescentes, debe entenderse que el capítulo I (denominado “Derechos del Menor”) de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor sólo regula aquellos derechos que merecían una especial atención, debido a sus aspectos más problemáticos, lo que exigía articularlos de modo específico.²² Con todo, el epígrafe “Derechos del Menor” no es el más feliz, precisamente porque no es una enumeración exhaustiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Por último, cada uno de los derechos regulados especialmente se articula sobre la base de dos principios cruciales, por un lado, el interés superior del niño y, por otro, la autonomía progresiva. Así, por ejemplo, tratándose de la libertad ideológica (artículo 6) la ley determina que los padres o los tutores, en su caso, deben cooperar para que el niño, niña y adolescente ejerza dicha libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral. Es decir, los padres y tutores deben velar para que el niño vaya desarrollando su autonomía progresiva, pero colocando especial atención que lo anterior no conlleve una vulneración de su interés superior (desarrollo integral en las palabras de la ley). Este paso, que parece muy modesto, es crucial en mi opinión. Si se entiende bien lo que manda la ley, los niños no son objetos de protección para sus padres o tutores sino, cosa distinta, son sujetos de derechos que requieren el auxilio de éstos para alcanzar la ciudadanía plena. Por lo mismo, sus deberes de orientación y apoyo deben estar encaminados a ese objetivo, por lo que siempre la opinión del niño debe ser escuchada y tomada en consideración, cada vez con mayor intensidad hasta desaparecer por completo los deberes de orientación y apoyo cuando el adolescente alcance la mayoría de edad.²³

4. Los niños, niñas y adolescentes y la libertad religiosa

En este apartado lo que haré es analizar las cuestiones relacionadas con la titularidad por parte de los niños, niñas y adolescentes de un derecho específico: la libertad religiosa. Éste es un derecho fundamental, de importancia trascendental en la formación de la personalidad de toda persona, y crucial para asegurar la debida evolución de facultades de todo niño o niña y la consolidación de su desarrollo integral. No es el objetivo de este trabajo analizar la libertad religiosa como derecho fundamental, baste decir que ésta es, en mi opinión, una de las especificaciones de la libertad ideológica, consagrada en el artículo 16 de la Constitución española, que opera, al mismo tiempo, como principio constitucional, estrechamente relacionada con los valores superiores de la libertad, la igualdad y el pluralismo y como un derecho individual que permite a las personas escoger, con interdicción de cualquier tipo de coacción, el sistema de creencias, religiosas o no, que más se adecuen a sus convicciones y planes de vida personales. El Tribunal Constitucional ha sostenido,

²² Los derechos que regula la ley de forma específica, en los artículos 4 a 9, son, en orden, los siguientes: derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen; el derecho a la información; la libertad ideológica; el derecho de participación, asociación y reunión; derecho a la libertad de expresión; y derecho a ser oído.

²³ Fundamental para esta interpretación es el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

por su parte, que “la libertad religiosa, entendida como un derecho subjetivo de carácter fundamental (...) se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* del individuo”.²⁴

Lo que sí me interesa es detenerme en aquellos cuerpos normativos que regulan específicamente la libertad religiosa de los niños, niñas y adolescentes. Me referiré especialmente a la Convención sobre los Derechos del Niño y a la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.²⁵

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce en su artículo 14 la libertad religiosa en los siguientes términos: “**1.** Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.²⁶

Quisiera decir algunas palabras sobre la adecuada interpretación de esta disposición. Respecto del primer párrafo, su redacción es deficiente, por cuanto enuncia muy escuetamente la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, sin referirse a la protección de la libre configuración de las creencias, su elección y la posibilidad de cambiarlas. Por esta razón, es necesario, siguiendo lo dispuesto en el artículo 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño,²⁷ interpretar sistemáticamente este párrafo con las demás disposiciones de la propia Convención y, sobre todo, recurriendo a los demás tratados internacionales pertinentes, con el fin de configurar adecuadamente el

²⁴ STC 24-1982, F.J. 1. Sobre la libertad religiosa en general pueden revisarse las obras que siguen. Para una aproximación desde la doctrina constitucional, con especial atención a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional véase LÓPEZ CASTILLO, A.: “La libertad religiosa en la jurisprudencia constitucional”, Aranzadi, Navarra, 2002; y para un análisis desde una perspectiva más bien histórica véase MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: “Constitución y libertad religiosa en España”, Dykinson, Madrid, 2000. Respecto de los valores superiores consagrados en el artículo 1 de la Constitución Española, véase PECES-BARBA, G.: “Los valores superiores”, Tecnos, Madrid, 1986 y SANTAMARÍA, J.J.: “Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Universidad de Burgos, Dykinson, Madrid, 1997. Para un análisis más pormenorizado de la protección internacional —ámbito universal y europeo— de la libertad religiosa, puede verse GARCÍA-PARDO, D.: “La protección internacional de la libertad religiosa”, Servicio de Publicaciones, Universidad Complutense, Madrid, 2000.

²⁵ Existen otras regulaciones relevantes, sobre todo en el ámbito europeo. Cito, como la más importante, la resolución del Parlamento Europeo sobre una Carta Europea de Derechos del Niño, de 8 de julio de 1992, que, respecto de las cuestiones que aquí interesan, recoge algunos principios mínimos, entre ellos, el reconocimiento para todo niño del derecho a la objeción de conciencia; el derecho de todo niño a la libertad de conciencia, de pensamiento y de religión, sin perjuicio de las responsabilidades que las legislaciones nacionales reservan en estos ámbitos a los padres o tutores; la necesidad de adoptar un control más estricto de las actividades de las sectas y movimientos religiosos, con el fin de proteger a los niños; y el derecho de todo niño a gozar de su propia cultura y a practicar su propia religión o sus propias creencias.

²⁶ Sobre el proceso de redacción de este precepto y sus singularidades, puede verse PUENTE ALCUBILLA, V.: ob. cit., pp. 134-143. Precisamente por las dificultades en su concreción final, es el artículo con más reservas, declaraciones e interpretaciones, después del artículo 21 referido a la adopción.

²⁷ El artículo 41 de la Convención establece: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado”.

derecho, incluyendo tanto el derecho a la elección de la religión u otras creencias como la facultad de modificarlas, desecharlas o cambiarlas.

Ahora sólo me interesa la relación del artículo 14 con otras disposiciones de la propia Convención que sean relevantes. En particular, es importante hacer la conexión con el artículo 29.1. que se refiere a los fines de la educación. Si uno de los fines de la educación es desarrollar la personalidad, este fin sólo se alcanzará si se permite al niño, niña y adolescente, conforme a la evolución de sus facultades, configurar sus creencias de forma tal que moldee su personalidad, preparándose para convertirse en un ciudadano que merece igual respeto y consideración que los demás. Sin el reconocimiento de la libertad religiosa, entendida en términos amplios como libertad ideológica, es imposible que un niño desarrolle adecuadamente su personalidad.

Sobre el segundo párrafo, debo decir que se trata de una especificación del principio general establecido en el artículo 5 respecto del derecho y deber de los padres o quienes ejerzan el cuidado personal del niño, niña y adolescente, de prestar la ayuda necesaria, conforme a la autonomía progresiva de éstos, para que puedan ejercer adecuadamente sus derechos. De este modo, el artículo 14.2. permite modular el ejercicio de la libertad religiosa del niño, habiendo regresivamente una intromisión por parte de los padres hasta que ésta desaparezca por completo.

Con todo, es decisivo resaltar que el derecho-deber de los padres hay que llevarlo a cabo de tal modo que constituya una guía y orientación, pero en ningún caso la sustitución o la suplantación de la voluntad e intereses de la persona menor de edad. Por ende, debe negarse —por impropia— cualquier interpretación restrictiva de este precepto tendiente a trasladar a los padres o tutores el goce de los derechos que le corresponden en propiedad a los niños, niñas y adolescentes.²⁸ Por último, el párrafo tercero del artículo 14 no presenta mayores dificultades interpretativas puesto que recoge las limitaciones típicas a los derechos.

Ahora bien, tratándose de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, reconoce en el artículo 6 la libertad religiosa en los siguientes términos:

- “**1.** El menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión.
- 2.** El ejercicio de los derechos dimanantes de esta libertad tiene únicamente las limitaciones prescritas por la Ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás.
- 3.** Los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral”. No hay en este precepto ninguna novedad relevante respecto del comentado artículo 14 de la Convención.

En suma, tanto la Convención como la Ley Orgánica reconocen la libertad religiosa de los niños, niñas y adolescentes, modulando su ejercicio de conformidad con la evolución

²⁸ PUENTE ALCUBILLA, V.: ob. cit., pp. 145 y 146.

de sus facultades. Quizás el paso siguiente, que exige el adecuado reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sea la superación definitiva de la dicotomía minoría de edad y mayoría de edad, para introducir un criterio objetivo y flexible que permita distinguir la adolescencia como una etapa significativamente distinta de la niñez y la plena adultez.

5. Límites al ejercicio de la libertad religiosa por los niños, niñas y adolescentes

Todo derecho, incluido por cierto la libertad religiosa, no es absoluto; es decir, posee una serie de restricciones que constituyen frenos al ejercicio ilegítimo de una potestad. En lo que sigue analizaré los límites a la libertad religiosa, particularmente aquellos específicamente aplicables a este derecho cuando los sujetos activos son niños, niñas y adolescentes.

Algunas consideraciones generales sobre los límites

Como se sabe, la libertad religiosa tiene una doble dimensión.²⁹ Por un lado, la dimensión interna que se refiere a la configuración, en el fuero íntimo, de las creencias y convicciones morales y religiosas que una persona se va dotando para sí. Desde esta perspectiva, esta dimensión interna es irrelevante para el Derecho.³⁰ Por otro lado, se encuentra la dimensión externa, la que sí interesa al derecho, que se refiere a la manifestación de tales creencias maduradas en la conciencia de la persona. Así, por ejemplo, son concreciones de dicha dimensión externa, entre otras, el proselitismo, el culto o la enseñanza religiosa. Y en las expresiones que forman parte de la dimensión externa de la libertad religiosa, pueden producirse vulneraciones de los derechos de otras personas o violar algunos otros intereses o bienes que se consideran valiosos por el ordenamiento jurídico. Las restricciones específicas al ejercicio de la libertad religiosa las señala el artículo 16 de la Constitución, que relacionado con el artículo 3 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, determinan que los límites son los derechos fundamentales de los demás, así como la salvaguardia de la seguridad, la salud, la moralidad pública, todos ellos elementos constitutivos del orden público.

Ahora bien, tratándose de la libertad religiosa de niños, niñas y adolescentes, por las características especiales a las que ya he aludido, tanto la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 14.2.) y la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (artículo 6.3.) establecen

²⁹ En lo que sigue he seguido de cerca a RODRIGO LARA, M. B: "La libertad de pensamiento y creencias de los menores de edad", memoria presentada para optar al grado de doctora, Universidad Complutense de Madrid, 2004, especialmente pp. 267 y ss. Disponible en <http://eprints.ucm.es/tesis/der/ucm-t27514.pdf> Fecha última consulta: 12 de junio de 2009.

³⁰ Este problema se relaciona con la cuestión de la libre configuración de la conciencia. Para la mayoría de la doctrina, la formación de la conciencia es irrelevante jurídicamente. Sin embargo, algunos autores entienden que dicha formación debe ser garantizada jurídicamente, es el caso de Martín Sánchez en España. Cfr. MARTÍN SÁNCHEZ, I.: "El derecho a la formación de la conciencia y su tutela penal", Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. En nuestro medio véase ZÚÑIGA FAJURI, A.: "La libre formación del pensamiento en el caso 'La última tentación de Cristo'", en "Libertad de Expresión en Chile", Felipe González (ed.), Universidad Diego Portales, Santiago, 2006, pp. 285-318.

límites especiales al ejercicio de la libertad religiosa por parte de niños, niñas y adolescentes. Dichas limitaciones especiales se sustentan en la singularidad del ejercicio de un derecho por parte de personas —las menores de edad— en pleno desarrollo de sus facultades.

En efecto, por ejemplo, el artículo 6.3. de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor dispone que los “padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral”. De manera tal que —y relacionando la disposición citada con el artículo 162 del Código Civil español que establece que los padres tienen la representación legal de sus hijos menores de edad no emancipados, exceptuándose de la representación los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo pueda realizar por sí mismo de acuerdo con su madurez— el niño, niña o adolescente ejercerá por sí mismo el derecho a la libertad religiosa, pero los padres y tutores deberán orientarlos y ayudarlos en dicho ejercicio con el fin de preservar su interés superior; ayuda y orientación que irán decreciendo a medida que el niño vaya adquiriendo una madurez superior que determine que tiene el juicio suficiente para actuar por sí mismo.

Directamente relacionado con lo anterior, se encuentra lo dispuesto en el artículo 9.1. de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor que establece el derecho para todo niño, niña y adolescente de ser oído en el ámbito familiar respecto de cualquier decisión que le afecte en su esfera personal, familiar o social. De la articulación de este último precepto y el artículo 6.3. del mismo cuerpo legal, se sigue que es deber de los padres siempre y en todos los casos escuchar al niño —no importa su edad— cuando se trata del ejercicio de la libertad religiosa; pero, además, ese deber de escuchar será cada vez más intenso a medida que el niño vaya creciendo hasta llegar a un punto en que la opinión pueda ser vinculante para sus padres. Un buen ejemplo sería la determinación del tipo de enseñanza religiosa que el niño desea recibir: si se trata de un niño pequeño —digamos de 5 años— los padres tienen el derecho de educar a su hijo en las creencias que les parezcan mejores, siempre y cuando no se pongan en peligro otros derechos del niño y además escuchando en todo caso su opinión. En cambio, si se trata de un adolescente de 14 años o más, creo que éste debe ser respetado en su decisión de ser cambiado a otro colegio si no está satisfecho con la educación valórica que recibe.

En suma, de no tomarse en serio la autonomía progresiva, los esfuerzos de la Convención y la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor serán inútiles, en el sentido de que no se preparará al niño para su edad adulta y persistiremos en la ficción civilista de que el niño es un incapaz que termina el día como tal y al día siguiente despierta, con toda la madurez necesaria, para ser titular pleno de derechos y ser responsable de sus actos.³¹

³¹ Son muchas las materias específicas en que entran en juego los límites a la libertad religiosa de la persona menor de edad; aquí sólo se analizará una de ellas, esto es, la objeción a tratamientos médicos, específicamente cuando de ella se sigue un peligro vital inmediato para el niño. Sin embargo, hay muchas otras áreas relevantes en las que se producen conflictos entre la libertad religiosa de niños, niñas y adolescentes y los límites especiales que dicha libertad tiene, entre otras, pueden destacarse las tensiones que se producen en el ámbito de la enseñanza y las relaciones paterno filiales. Para un análisis detallado puede verse PUENTE ALCUBILLA, V.: ob. cit., especialmente pp. 157 y ss.

La objeción de conciencia a tratamientos médicos. ¿Puede un niño, niña o adolescente elegir la muerte?

Con seguridad, uno de los casos más dramáticos que puede producirse respecto de los conflictos posibles entre el ejercicio de la libertad religiosa y sus límites es la objeción a tratamientos médicos, cuando de ella se siguen consecuencias graves para la salud o, sencillamente, la muerte.³² Las situaciones que pueden darse son varias: a) el rechazo de un tratamiento médico por parte de una persona adulta. En mi opinión este caso no presenta ninguna dificultad porque, como dije más arriba, la vida es un derecho disponible;³³ b) un niño se niega a que se le practique un determinado tratamiento médico, pero como no tiene suficiente juicio, los médicos actúan tomando en consideración la opinión de sus padres; c) un adolescente niega su consentimiento para que se le practique un determinado tratamiento, aún contra la voluntad de sus padres; y d) un niño, niña o adolescente, que no pueden manifestar su opinión respecto de si está de acuerdo o no con recibir determinado tratamiento, y los padres pretenden decidir por él o ella.

Quisiera comentar las situaciones b), c) y d) por separado y exponer cuáles son, según mi punto de vista, las soluciones que deben darse a cada una de ellas. Tratándose de la situación b) creo que los padres no pueden, en el caso que se encuentre en peligro la vida o la integridad física del niño o niña, asumir la representación de las palabras vertidas por él o ella, por mucho que el ordenamiento jurídico les reconozca el derecho de inculcar a sus hijos las convicciones religiosas que crean más convenientes. En una

³² Aunque no estaba en juego la libertad religiosa, hace algunos meses causó impacto mundial la noticia de una niña británica de 13 años que rechazó un trasplante de corazón, de dudosa eficacia, que buscaba prolongar su ya desgraciada vida, afectada desde los cinco años por una peculiar forma de leucemia. Hannah Jones escogió asumir el hecho probable de acortar su existencia a cambio de pasar sus días en casa rodeada de quienes la aman. Este asunto no alcanzó a fallarse por los tribunales, pero supuso un extenso debate ampliamente divulgado por los medios de prensa. Debo agregar que hace muy poco Jones cambió de parecer y, justo después de cumplir 14 años, decidió aceptar la opción del trasplante.

³³ El Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre un caso en que estaba en juego la vida de los recurrentes en amparo y éstos se negaban a que se les practicara un tratamiento médico, fallando en contra y ordenando que se les alimentara a los recurrentes contra su voluntad expresa si éstos caían en inconciencia. Se trata de la STC 120-1990, que resolvió el caso de la huelga de hambre de algunos miembros del GRAPO. La doctrina del Tribunal puede resumirse sobre la disponibilidad de la propia vida, en sus propias palabras, del siguiente modo: "(...) tiene, por consiguiente el derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho. En virtud de ello, no es posible admitir que la CE garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte" (STC 120-1990, F.J. 7). Ahora bien, respecto del conflicto entre libertad religiosa y la administración de tratamientos médicos, que no pongan en peligro la vida, el Tribunal Constitucional se pronunció en la STC 166-1999, negando un amparo en que el recurrente pretendía el reintegro de gastos médicos ocasionados por su tratamiento en una clínica privada, ya que éste argumentaba que el hecho de acudir a la medicina privada se produjo al no serle garantizado por los facultativos de la Seguridad Social un tratamiento que, adecuado a sus creencias religiosas, excluyera en todo caso la transfusión de sangre en la intervención quirúrgica que se le había de practicar, y que el no reembolso de los gastos médicos reclamados significa una penalización económica a sus creencias religiosas. El Tribunal Constitucional sostuvo que "Es cierto que al garantizar el art. 16.1 CE la libertad religiosa y al declararse la aconfesionalidad del Estado en el núm. 3, del mismo precepto, no se desentiende por ello del problema, sino que, conforme se añade en el mismo núm. 3, «los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones». De ahí que la Ley Orgánica de Libertad Religiosa disponga que para la aplicación real y efectiva de ese derecho, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos (art. 2.3). Pero de estas obligaciones del Estado y de otras tendientes a facilitar el ejercicio de la libertad religiosa, no puede seguirse, porque es cosa distinta, que esté también obligado a otorgar prestaciones de otra índole para que los creyentes de una determinada religión puedan cumplir los mandatos que les imponen sus creencias" (STC 166-1999, F.J. 4).

situación en la que un niño puede morir o sufrir secuelas graves debe primar su derecho a la vida por sobre la libertad religiosa de los padres, no importa cuán intensas sean dichas convicciones ni los efectos que los padres atribuyan a la administración del tratamiento. A la vez, la manifestación de voluntad del niño debe considerarse inverosímil y ser desechada, una vez que se le ha escuchado, puesto que no posee la suficiente madurez para poder tomar una decisión sobre la vida o la muerte. En definitiva, en tal situación debe echarse mano al interés superior del niño que, en este caso, se traducirá en preservar su vida, incluso a costa de hipotecar las creencias religiosas del propio niño y/o las de sus padres.

Ahora bien, tratándose de la situación c), la cuestión es distinta. Si queremos tomarnos en serio la autonomía progresiva debemos ser capaces de delimitar una zona en la que la opinión del adolescente debe ser considerada seriamente como un juicio reflexivo y propio de un individuo que está muy cerca de alcanzar la plena madurez intelectual. Luego, si el adolescente niega su consentimiento para que se le practique un tratamiento médico, éste no debe administrársele. Con todo, como el adolescente todavía no es mayor de edad y aún está en juego su interés superior, por supuesto con mucha menor intensidad que tratándose de un niño, deben extremarse los resguardos para asegurar que no se cometa un error o se sobrevalore la opinión del adolescente. Dichos resguardos deberían ser los siguientes: en primer lugar, al adolescente se le debe informar por el médico a cargo detalladamente y en privado, es decir, sin la presencia de los padres —a menos que éstos sean contrarios a la negativa— de su cuadro clínico como así también, con la misma detención, de las consecuencias que se siguen de la negativa al tratamiento médico, especificando claramente los casos en que ésta acarreará la muerte o una secuela crónica grave; en segundo lugar, dicha información deberá realizarse otra vez en las próximas 24 horas que sigan a la primera por otro médico; en tercer lugar, en ambos casos la negativa del adolescente debe ser clara, precisa, sin vacilaciones, por escrito y practicada en la plenitud de sus facultades mentales, previa pregunta de si comprende todo lo que se le ha dicho y las consecuencias que se siguen de su decisión; en cuarto lugar, si faltare cualquiera de los requisitos previos, el equipo médico procederá a administrar el tratamiento médico, es decir, resolverá la situación como si se tratara del caso d).

En fin, tratándose de la situación d), el tratamiento deberá administrarse, sin distinción si se trata de un niño o adolescente, porque al no conocerse la voluntad expresa y real del niño, niña o adolescente, debe primar el derecho a la vida, sin posibilidad de que otros actúen por ellos, ni siquiera en los casos que hubiera algún tipo de disposición o testamento vital realizado por el adolescente. La misma regla debe aplicarse en casos de intervenciones de emergencia o en las que se pueda producir una secuela funcional grave, sin que haya tiempo para recabar ningún tipo de opinión o consentimiento.

La Ley 41/2002 —reguladora de la autonomía del paciente a nivel estatal— puede darnos algunas pistas respecto de la forma en que la legislación española resolvería el dilema que

venimos describiendo cuando establece, en su artículo 9,³⁴ las reglas aplicables al consentimiento informado tratándose de personas menores de edad. Sin embargo, la disposición citada como veremos a continuación es muy confusa.³⁵ Al parecer, el precepto distingue tres situaciones distintas: a) las personas menores de edad no emancipadas —cualquiera sea su edad— que carecen de capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención; b) las personas menores de edad emancipadas o con dieciséis años cumplidos; y c) las personas menores de dieciséis años o no emancipadas, pero con suficiente madurez para entender el alcance de la intervención.³⁶

En la situación a) no cabe duda que opera el consentimiento por representación. No obstante, si la persona menor de edad tiene doce años cumplidos debe escucharse su opinión, aunque ello no impide que el consentimiento se otorgue válidamente contra la opinión del niño. Tratándose de niñas y niños menores de 12 años la ley no establece la obligación de escucharlos, pero por aplicación de las reglas generales siempre debería ser así. La prestación del consentimiento habrá de realizarse de conformidad a las exigencias señaladas en el artículo 9.5 de la ley en comento, esto es, garantizando el respeto a la autonomía privada del paciente. “Tales criterios se concretan en que la decisión tomada por el representante sea adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades del paciente, que actúe a su favor y que se respete su dignidad”.³⁷ Sobre esta primera hipótesis que recoge la normativa me parece que no hay nada que objetar, salvo que habría sido mejor que la disposición estableciera expresamente que siempre deberá escucharse a todo niño o niña, cualquiera sea su edad.

En la situación b) pareciera que el consentimiento por representación se encuentra vedado, pues los adolescentes emancipados y los que tuvieran dieciséis años cumplidos deberían otorgar el consentimiento por sí mismos. Sin embargo, una lectura atenta del precepto en cuestión nos obliga a concluir que el criterio principal escogido por el legislador es la madurez y no la edad, operando este último más bien como accesorio al presumir que los adolescentes

³⁴ El artículo dispone: “3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos.

Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”.

³⁵ Varios autores coinciden en que la redacción del precepto es confusa y, además, se perdió una buena oportunidad de regular todo lo relacionado con la capacidad de las personas menores de edad en el ámbito sanitario. Véase, por ejemplo, ALMENARA BARRIOS, J., CÓZAR MURILLO, V., GARCÍA ORTEGA, C.: “La autonomía del paciente y los derechos en materia de información y documentación clínica en el contexto de la Ley 41/2002”, en “*Revista Española de Salud Pública*”, N° 4, julio-agosto 2004, p. 474; BERROCAL LANZAROT, A.: “El valor de la autonomía del paciente en la Ley 41/2002, del 14 de noviembre, reguladora de los derechos y deberes de los pacientes”, en “*Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Bioderecho, tecnología, salud y derecho genómico*”, David Cienfuegos Salgado y María Carmen Macías Vázquez (coord.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México D.F., pp. 122-132; y DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “Derecho sanitario y responsabilidad médica”, Lex Nova, segunda edición, Valladolid, 2007, pp. 353-368.

³⁶ BERROCAL LANZAROT, A.: ob.cit., pp. 122-132. Cfr. RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: “Incapacidad de los pacientes para recibir información y para prestar el consentimiento”, en “*Revista de Derecho vLex*”, N° 36, marzo 2006, especialmente pp. 45-53.

³⁷ BERROCAL LANZAROT, A.: ob. cit., pp. 123 y 124.

emancipados y de dieciséis años o más tienen suficiente madurez.³⁸ En consecuencia, si una persona de dieciséis años no tiene la suficiente madurez para llegar a una decisión libre, consciente y seria se aplicará el mismo criterio apuntado para la posición a). Varias críticas pueden hacerse a esta solución normativa. En primer lugar, no calza bien con el principio de la autonomía progresiva ya que todo indica que un adolescente está en condiciones de prestar el consentimiento informado y debería respetarse su decisión. En segundo lugar, la posibilidad de consultar a los representantes legales del adolescente pone en entredicho la confidencialidad de los datos relativos a su salud. En tercer lugar, la ley ha entregado al médico la calificación de la madurez del adolescente, lo que supondrá que el facultativo en la práctica diaria, con el objetivo de blindarse frente a futuras demandas, tenderá a solicitar siempre la autorización de los padres o judicializar la decisión para efectuar cualquier tipo de intervención médica.

En el caso c) si consideramos que el criterio articulador de la norma es la madurez —y relacionando el artículo 9.3 con el artículo 162 del Código Civil español— deberíamos concluir que antes de los dieciséis años se excluye el consentimiento por representación si la persona menor de edad es “capaz de comprender el alcance de la intervención, ya que éstos carecen de facultades para intervenir en el ámbito de sus derechos de la personalidad, requiriéndose sólo aquélla, cuando el menor precisamente no posee la suficiente capacidad natural”.³⁹ Aunque esta inferencia pueda parecernos acertada, no es consistente con la intuición de que la edad es un factor muy relevante para determinar el grado de autonomía que debe reconocerse a una persona menor de edad. De modo que, como ya señalé, el criterio cronológico debería haber tenido más peso para el legislador.

Ahora bien, la ley agrega —en cualquiera de las hipótesis que distinguí— que en una situación de grave riesgo, calificada como tal por el facultativo, los padres deberán ser informados y su opinión se tomará en cuenta para la toma de la decisión correspondiente. La redacción del precepto nuevamente es muy poco feliz ya que parece relativizar el derecho del adolescente a prestar su aquiescencia hasta tal punto, cuando hay una situación de grave riesgo, que vacía la obligación de que en estos casos no opere el consentimiento por representación. Además, si la calificación del grave riesgo depende del facultativo, éstos acudirán a la vía judicial en todos los casos para prevenir cualquier responsabilidad posterior. En suma, la forma en que el artículo 9 regula el consentimiento informado no permite resolver, de manera satisfactoria, el conflicto entre la vida como valor abstracto y el derecho de un adolescente a negarse a recibir un tratamiento médico en virtud de convicciones religiosas (o de otro tipo), amparadas por la libertad religiosa. En vez de eso —como he venido explicando— todo nos lleva inevitablemente a preguntarnos cómo la jurisprudencia ha resuelto el conflicto que nos preocupa.

³⁸ La ley 21/2000 de la Generalitat de Catalunya (sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica) en su artículo 7.2 d) opta por una redacción mucho más clara que evita equívocos: “En el caso de menores, si éstos no son competentes, ni intelectual ni emocionalmente, para comprender el alcance de la intervención sobre su salud, el consentimiento debe darlo el representante del menor, después de haber escuchado, en todo caso, su opinión si es mayor de doce años. En los demás casos, y especialmente en casos de menores emancipados y adolescentes de más de dieciséis años, el menor debe dar personalmente su consentimiento” [la cursiva es mía].

³⁹ BERROCAL LANZAROT, A.: ob. cit., p. 127.

6. La negación a un tratamiento médico de un niño, niña o adolescente y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

En este acápite expondré y someteré a crítica la forma en que el Tribunal Constitucional ha solucionado un caso real en que un niño se negaba a recibir un tratamiento médico. Pero antes realizaré algunos comentarios generales sobre la jurisprudencia del más alto tribunal español en materia de libertad religiosa e infancia.

Con ocasión de la sentencia 141-2000, el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre las posibles tensiones que podrían producirse entre la libertad religiosa de un hijo y la de su padre. El supuesto del caso era, en términos generales, la situación de un progenitor —el recurrente— que impugnaba una sentencia por considerar que la misma había vulnerado su derecho a la libertad ideológica y religiosa al restringir su régimen de visitas a sus hijos menores con motivo de su pertenencia al Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España.

El Tribunal Constitucional otorgó el amparo, pero antes se refirió extensamente al conflicto entre la libertad religiosa de los hijos y la de sus padres, que es lo que ahora nos interesa. En efecto, argumentó que en el marco de las relaciones paterno-filiales, ni el derecho de educar a los hijos ni el ejercicio de la libertad religiosa de los padres puede desconocer que los hijos son, a su vez, titulares del mismo derecho. El Tribunal Constitucional afirma así que frente al derecho de los padres “frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el «interés superior» de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE)”.⁴⁰

Quisiera, en lo que sigue, analizar una sentencia particularmente relevante del Tribunal Constitucional en la materia que nos interesa⁴¹ que se pronunció sobre un recurso de amparo presentado contra las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que conociendo un recurso de casación anularon la sentencia previa de la Audiencia Provincial de Huesca que había absuelto a los recurrentes de amparo del delito de homicidio, condenándolos como autores de un homicidio por omisión a las penas de dos años y seis meses de prisión, concurriendo con el carácter de atenuante muy calificada la de haber actuado bajo arrebatos o estado pasional.

⁴⁰ STC 141-2000, F.J. 5.

⁴¹ Sentencia 154-2002. Dictada por el pleno, acordada por la unanimidad del Tribunal, cuyo ponente fue el magistrado Pablo Cachón.

Los hechos relevantes del caso son los que siguen. Un niño de trece años de edad Testigo de Jehová —al igual que sus padres— sufre una caída a consecuencia de la cual es llevado por éstos a un hospital. En el centro asistencial se les informa a los padres que el niño se hallaba en una situación de alto riesgo hemorrágico, por lo que era necesaria una transfusión sanguínea, a la que se opusieron los padres por sus convicciones religiosas, solicitando el alta de su hijo al no haber tratamientos alternativos. El hospital no accedió al alta sino que solicitó autorización al juzgado de guardia para realizar la transfusión, la que fue concedida en caso de ser imprescindible para la vida del niño, precisamente el supuesto del caso.

Los padres no se negaron, pero al disponerse los médicos a efectuar la transfusión, el niño —sin intervención de sus padres— la rechazó enfática y violentamente, entrando en un estado de excitación que podría haber precipitado una hemorragia cerebral. Después de varios intentos, solicitaron que los padres intervinieran para convencer a su hijo, a lo que se negaron por sus convicciones religiosas. Ante tal escenario el personal médico desechó la posibilidad de realizar la transfusión contra la voluntad del niño por considerarla médicamente contraproducente y descartaron también hacerlo bajo anestesia por ser ética y médicamente imprudente, accediendo a la petición del alta.

El niño fue llevado, con posterioridad a otros dos hospitales, en los cuales se realizó el mismo diagnóstico de la necesidad vital de la transfusión, oponiéndose a ella nuevamente tanto los padres como el niño. En ninguno de los dos centros hospitalarios se intentó realizar la transfusión forzosamente basándose en la autorización judicial vigente o solicitándose otra.

Luego de este periplo por tres hospitales distintos —que duró cinco días— el niño fue llevado por sus padres a su hogar. Al séptimo día un juzgado de instrucción autorizó la entrada en el domicilio del niño con el fin de realizar todo lo necesario para que éste fuera transfundido. Para tales efectos, fue llevado a otro hospital —manifestando sus padres nuevamente sus convicciones religiosas— llegando en estado de coma al centro en donde se le realizó la transfusión de sangre contra la voluntad pero sin oposición de los padres. Al día siguiente, es decir, el octavo día desde que los acontecimientos comenzaron, el niño falleció.

La demanda de amparo, promovida por los padres del niño, se fundamenta en la violación de la libertad religiosa y la integridad física y moral, protegidas por los artículos 16.1 y 15 de la Constitución, respectivamente. La argumentación de los demandantes se funda en dos razonamientos: el primero, la relevancia de la oposición del niño; y, el segundo, la imposibilidad de exigirles una acción disuasoria ante la negativa de su hijo.

Sobre la primera línea argumental, los recurrentes sostienen que tanto la Constitución, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley Orgánica de Protección del Menor de Edad, reconocen a todo niño o niña la

libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Además, la Ley Orgánica de Libertad Religiosa sólo establece como límites legítimos la protección de los derechos de los demás y la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática, ninguno de los cuales se aplica al caso. Señalan, además, que todo niño o niña, de conformidad a la ley de protección, tiene el derecho a ser oído en cualquier procedimiento en que esté implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, derecho que puede ejercitar por sí mismo cuando tenga suficiente juicio. Por último, como consta en los hechos probados, la posibilidad de una inminente transfusión provocó en el niño una reacción de pánico que no pudo ser disipada por la persuasión llevada a cabo por el personal sanitario, de lo que se sigue que el niño tenía derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes. En suma, de acuerdo a las disposiciones citadas, se vulneraron por las sentencias impugnadas los artículos 15 y 16.1 de la Constitución al negar validez y relevancia jurídica a la libre y consciente manifestación de voluntad del niño.

A su turno, sobre la segunda línea argumental, la acción de amparo se justifica en la ausencia de un conflicto entre las convicciones religiosas de los padres y de la vida del niño, ya que ni el niño quería suicidarse ni los padres querían la muerte, produciéndose, en verdad, una contradicción entre la conciencia religiosa del niño y un tratamiento al cual éste se oponía. Por otra parte, no puede exigirse a los padres que renieguen de sus convicciones ya que gozan de una inmunidad de coacción porque no pueden ser obligados a practicar actos de culto contrarios a sus propias creencias. Incluso más, la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos no se opone sino, más bien, es perfectamente coherente con la práctica realizada por aquellos. A una conclusión idéntica se llega, según los demandantes, al revisar el artículo 10 de la Ley General de Sanidad y otras disposiciones que reconocen que *teniendo el niño suficiente juicio los padres estaban obligados, antes que a hacerle desistir, a prestarle la 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. La pretendida disuasión que debieron llevar a cabo los demandantes, contra la voluntad de su hijo, habría supuesto una contribución angustiosa a la conculcación de sus derechos y a la violación de unas convicciones que los padres inculcaron en ejercicio legítimo de un derecho.*

Complementando lo anterior, los recurrentes sostienen que, echando mano a la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional, toda asistencia médica coactiva es ilícita a menos que tenga una justificación constitucional, hipótesis que no se aplica al caso y, por último, *insisten en que la atribuida función de garantes en la sentencia condenatoria no pueda traspasar las exigencias de la racionalidad, ni los derechos fundamentales ni mucho menos los derechos de un tercero.*

El Ministerio solicita sea denegado el amparo, fundándose en las razones que siguen. En primer lugar, sostiene la incapacidad legal del niño para adoptar una decisión irrevocable

acerca de su vida o su muerte, la que correspondía a los padres como titulares de la patria potestad, la que debe ejercerse, por aplicación del artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección y del artículo 154 del Código Civil, respondiendo siempre de la vida y salud del niño. En segundo lugar, argumenta que *el tratamiento específico, transfusión de sangre, concreto y único posible para el fin curativo pretendido, constituye un límite válido al derecho fundamental a la libertad religiosa de los recurrentes, no cuando la colisión es con su derecho fundamental a la vida sino cuando el titular del derecho a la vida es una tercera persona respecto de la que existe una especial relación de responsabilidad por ser titulares de la patria potestad. El límite a la libertad religiosa es la salud del niño y los padres como garantes, dada la incapacidad legal de éste para tomar una decisión tan trascendental y definitiva sobre su vida, debieron cumplir su obligación de guarda y custodia, la que les imponía el deber de salvar la vida de su hijo, transformándose en un límite constitucional a la libertad religiosa.*

La primera cuestión jurídica relevante a resolver por el Tribunal Constitucional es si el adolescente es titular del derecho a la libertad religiosa. La respuesta es, sin duda, afirmativa. Tanto la Constitución (artículo 16.1), la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (artículo 2.1), la Ley Orgánica del Protección al Menor de Edad (artículo 3 y 6) y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 14) reconocen a los niños y niñas el derecho a la libertad religiosa. Además, el Tribunal Constitucional ya había dicho —STC 146-2000— que los niños y niñas son titulares plenos de sus derechos fundamentales, particularmente de la libertad religiosa, sin que el ejercicio y la facultad de disponer sobre ellos se abandone completamente a las decisiones de quienes ejerzan su cuidado, los que deberán siempre incidir en función de la madurez del niño o niña, los distintos estadios de su capacidad de obrar y velando por el interés superior del niño y no al servicio de otros intereses que puedan postergarlo.⁴²

La segunda cuestión importante se relaciona con el significado y relevancia constitucional de la oposición del niño al tratamiento médico prescrito. Para el Tribunal Constitucional, el niño expresó claramente su voluntad, coincidente con la de sus padres, de excluir la transfusión sanguínea como tratamiento médico posible, dato que es absolutamente relevante, tomando en consideración, además, la inexistencia de tratamientos alternativos. Pero, todavía más, lo crucial es que —haciendo abstracción de los motivos que llevaron al niño al rechazo— éste al oponerse a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo estaba ejercitando un derecho de autodeterminación distinto que se traduce en el derecho fundamental a la integridad física. Ahora bien, respecto de la relevancia de la oposición, el Tribunal la desconoce. En efecto, sostiene que *“en todo caso, y partiendo también de las consideraciones anteriores, no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza —y así lo entienden las Sentencias ahora impugnadas— que el menor fallecido, hijo de los recurrentes en amparo, de trece años de edad, tuviera la madurez de juicio*

⁴² STC 141-2000, F.J. 5.

*necesaria para asumir una decisión vital, como la que nos ocupa. Así pues, la decisión del menor no vinculaba a los padres respecto de la decisión que ellos, a los efectos ahora considerados, habían de adoptar”.*⁴³

El tercer aspecto fundamental y central en juego es dilucidar si se vulnera la libertad religiosa de los demandantes de amparo al exigirles la posición de garantes. Para responder a esta cuestión jurídica que es la decisiva de la sentencia en comento, el Tribunal Constitucional, antes de entrar de lleno en los supuestos específicos del caso, expone el contenido y límites propios del derecho a la libertad religiosa. En general, sostiene que la libertad religiosa tiene una dimensión objetiva, o sea, la neutralidad de los poderes públicos y el mantenimiento de relaciones de cooperación de éstos con las diferentes iglesias; y otra subjetiva, esto es, como derecho subjetivo que tiene una faz interna de libre configuración de las convicciones y una externa que alude a la posibilidad de ejercer y mantener dichas convicciones y creencias sin coacciones.

Ahora bien, “el derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente”.⁴⁴ La Ley Orgánica de Libertad Religiosa, en su artículo 3.1. desarrolla el artículo 16.1. estableciendo que “el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moral pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”, límites que son coincidentes con los dispuestos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además, dichos límites a la libertad religiosa —como a todo derecho fundamental— deben ser útiles, proporcionales y respetar el contenido esencial del derecho.

Luego de esa alusión general a la doctrina sustentada por el propio Tribunal respecto del alcance y límites de la libertad religiosa, éste realiza una específica ponderación en el caso concreto: *la condición de garantes exigida por las sentencias recurridas constituye una intromisión inconstitucional en el ámbito propio de la libertad religiosa. Descarta, además, cualquier otro límite al ejercicio de la libertad religiosa que pudiera entrar a tallar en el caso.* El sentenciador argumenta, por último, que la posición de garante y su calificación no es una cuestión fáctica respecto de la cual no pueda pronunciarse el Tribunal. En efecto, “*los órganos judiciales no pueden configurar el contenido de los deberes de garante haciendo abstracción de los derechos fundamentales, concretamente —por lo que ahora específicamente interesa— del derecho a la libertad religiosa, que proclama el art. 16.1 CE*”.⁴⁵

⁴³ STC 154-2002, F.J. 10.

⁴⁴ STC 141-2000, F.J. 4.

⁴⁵ STC 154-2002, F.J. 11.

El juicio ponderativo a realizar, para efectos de determinar el deber específico que exigía la posición de garantes, es entre el derecho preponderante a la vida del niño y el derecho a la libertad religiosa y de creencias de los padres. Para el Tribunal, el principio de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder a favor de otro en caso de conflicto, no exceda las necesidades de realización del derecho preponderante. Y, según las circunstancias de este caso concreto, *“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 suasoria de los padres ni que, con independencia del comportamiento de éstos, no hubiese otras alternativas menos gravosas que permitiesen la práctica de la transfusión”*.⁴⁶ En suma, *“cabe concluir que la exigencia a los padres de una actuación suasoria o de una actuación permisiva de la transfusión lo es, en realidad, de una actuación que afecta negativamente al propio núcleo o centro de sus convicciones religiosas. Y cabe concluir también que, al propio tiempo, su coherencia con tales convicciones no fue obstáculo para que pusieran al menor en disposición efectiva de que sobre él fuera ejercida la acción tutelar del poder público para su salvaguarda, acción tutelar a cuyo ejercicio en ningún momento se opusieron”*.⁴⁷

Considerando todos los elementos de análisis anteriores, el Tribunal Constitucional decidió otorgar el amparo solicitado y, en consecuencia: a) reconocer que a los recurrentes en amparo se les ha vulnerado su derecho fundamental a la libertad de religión (artículo 16.1 CE); y b) restablecer en su derecho a los recurrentes y, a tal fin, anular las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.⁴⁸

Quisiera, ahora, adelantar algunas ideas críticas respecto de la resolución que acabo de presentar. Es destacable que el Tribunal Constitucional, recurriendo a tratados, la Constitución, leyes y, especialmente, la Convención sobre los Derechos del Niño comparta la tesis de que los niños y niñas son titulares directos, sin intermediarios, de todos los derechos humanos en general y de algunos que les son propios por las características particulares que éstos poseen. Pero ¿aplica consistentemente el Tribunal Constitucional esta idea matriz que acabo de presentar en el caso particular? Yo creo que no. En efecto, el Tribunal pierde, en mi opinión, una excelente oportunidad para establecer una línea divisoria relevante en el desarrollo progresivo de la autonomía de todo niño o niña y, en cambio, opta, para obviar esa posibilidad, por una decisión que considero altamente peligrosa. Ante un caso tan claro y evidente de un adolescente de 13 años que posee

⁴⁶ STC 154-2002, F.J. 12.

⁴⁷ STC 154-2002, F.J. 15.

⁴⁸ Probablemente la doctrina del fallo se encuentre fielmente representada por este extracto textual del razonamiento del juez constitucional: “En definitiva, acotada la situación real en los términos expuestos, hemos de estimar que la expresada exigencia a los padres de una actuación suasoria o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa yendo más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor. En tal sentido, y en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias”. STC 154-2002, F.J. 15.

suficiente capacidad intelectual para adoptar una creencia religiosa y mantenerla firmemente en el tiempo, incluso frente a la insistencia —en tiempos distintos— de varias personas que lo exhortaron a aceptar una transfusión, el Tribunal considera irrelevante la oposición del niño al tratamiento (F.J. 10) aunque sí la considera, en términos muy ambiguos, como un presupuesto fáctico relevante para testear la pugna entre la posición de garantes y la libertad religiosa de los padres. Esta dicotomía me parece incoherente. Si la decisión tenaz y dramática del adolescente de persistir en sus convicciones es tan importante para excusar de la posición de garantes a sus padres debería medirse con igual intensidad para calificar la seriedad de la oposición al tratamiento del propio adolescente, pudiendo, entonces, el Tribunal haber acogido el amparo argumentando directamente que los recurrentes no debieron ser condenados por delito alguno, ya que su hijo actuó autónomamente, prefiriendo la muerte a romper sus creencias.

El Tribunal Constitucional es repetitivo en insistir en las circunstancias especiales del caso, tratando de no establecer un precedente general de que las convicciones religiosas de los padres puedan excusarlos del deber de cuidado respecto de sus hijos, particularmente enfatizando la claridad y continuidad de la oposición del adolescente a la transfusión. Creo que estas peculiaridades que hacen tan especial y dramático el caso no son para excusar la posición de garantes de los padres sino, más bien, para reconocer la relevancia constitucional de la voluntad expresada seria y libremente por el adolescente.

En suma, considero que el Tribunal Constitucional, para evitar un precedente peligroso, decidió de forma temeraria ya que la doctrina establecida resulta preocupante debido a que los padres que hubieren adoctrinado suficientemente a sus hijos en creencias religiosas que pudieren ser potencialmente contrarias a la preservación de la vida, tendrían la garantía que esas creencias predominarán sobre la vida de aquéllos. Bastaría con no entorpecer el actuar del personal sanitario, aun cuando no autorizaran la intervención de éstos. Lo que conduciría, al parecer, a colocar la vida de los niños y niñas a merced de las creencias religiosas de sus padres. Claro, todo este peligro se dispararía si la balanza la lleváramos al lugar que corresponde, esto es, a calificar jurídicamente si la adhesión a una cierta convicción religiosa o de cualquier otro tipo puede ser relevante cuando un adolescente ha alcanzado la madurez necesaria, que a los 13 años puede plantear dudas pero probablemente no las plantee respecto de un adolescente de 16 años. Todos concordamos que una persona no termina un día siendo niña o niño y despierta al día siguiente con 18 años recién cumplidos siendo un adulto. Quizás el Derecho debería realizar esfuerzos para hacer otras distinciones que contribuyan al tránsito de la ciudadanía infantil a la ciudadanía plena y uno de esos pasos es distinguir para efectos, por ejemplo, del ejercicio de derechos y la responsabilidad, la calidad de adolescente, como un estado que se encuentra a medio camino entre la niñez y la adultez. Ni la Ley 41/2002 ni el Tribunal Constitucional, según hemos visto, han logrado articular adecuadamente dicho tránsito.

7. Conclusiones

Para finalizar este trabajo, quisiera señalar algunas ideas a modo de síntesis de lo que he sostenido a lo largo de estas líneas y, al mismo tiempo, sugerir algunas conclusiones sobre el tema que me ha ocupado.

La Convención sobre los Derechos del Niño inauguró un nuevo paradigma de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que concretiza una evolución significativa desde un sistema tutelar de protección, basado en el control social de los “menores” en riesgo social que deben ser objeto de amparo, a un sistema integrado de protección de los derechos de la infancia que supone reconocerlos como sujetos de derecho admitiendo, a la vez, su condición de personas en desarrollo.

La Convención sobre los Derechos del Niño nos impone el desafío de transformar a los niños, niñas y adolescentes de menores a ciudadanos. Obviamente no me refiero a la definición constitucional de ciudadanía sino, cosa distinta, a una concepción mucho más extensa de ciudadanía relacionada con una cierta identidad política que se forja mediante la compenetración con los asuntos públicos por parte de todas las personas que forman una sociedad. De este modo, la ciudadanía de los niños y niñas es diversa a la de los adultos pero igualmente intensa. Sus opiniones habrán de extenderse no tan solo a los asuntos que los afectan directamente, sino que se expanden a todas las cuestiones que tengan que ver con la construcción de esa identidad pública.⁴⁹ Para que se produzca dicha transformación no basta el reconocimiento normativo de la calidad de titulares de derechos a los niños, niñas y adolescentes. Se requieren, además, mecanismos específicos para asegurar que esos derechos serán efectivamente ejercidos, siendo necesario que los tribunales adopten decisiones consistentes con este principio.

Con todo, los ordenamientos jurídicos reconocen que debido a circunstancias fácticas no es posible dotar a los niños, niñas y adolescentes de una autonomía plena, lo que resulta difícil de conciliar en cuanto, por un lado, se les reconoce la calidad de titulares de derechos y, por otro, basados en razones fundadas en la madurez física y psíquica, se entiende que no se les pueden conceder todos los derechos en plenitud como a una persona adulta. Frente a esta dicotomía la Convención nos dota de la idea de autonomía progresiva para intentar sortearla.

En efecto, del artículo quinto de la Convención se puede deducir que el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes es progresivo en razón de la evolución de sus facultades y que a los padres —o demás responsables en su caso— les corresponde impartir la orientación y dirección apropiadas para que aquéllos ejerzan los derechos reconocidos por la Convención y se preparen para una ciudadanía plena. Por lo mismo, las funciones parentales de orientación y apoyo decrecerán de modo inversamente proporcional a la evolución de las facultades de los niños, niñas y adolescentes.

⁴⁹ Véase BARATTA, A.: ob. cit.

En plena armonía con lo expuesto más arriba, la Convención también consagra otro principio fundamental: el interés superior del niño. Éste⁵⁰ no es sólo una enunciación inspiradora o programática, por el contrario, es una norma imperativa que impone un cierto deber de conducta que consiste en la satisfacción plena de los derechos de los niños y, además, la consideración primordial de sus intereses y derechos por sobre otros. Así, el interés superior del niño debe entenderse de modo tal que produzca la mejor satisfacción de sus derechos y, por lo mismo, radica en el propio interés del niño que progresivamente vaya asumiendo su ciudadanía plena. Un mecanismo para lograrlo se relaciona directamente con los derechos del niño, niña y adolescente a formarse un juicio propio, a expresar su opinión y a ser escuchado, los que constituyen, a su vez, los fundamentos directos del reconocimiento para éstos del derecho a la libertad religiosa.

Por último, quisiera destacar las siguientes conclusiones específicas:

- 1.** Debe consolidarse la situación de las personas menores de edad como titulares de derechos fundamentales. Para ello, es indispensable no sólo otorgarles, efectivamente, todos los derechos reconocidos por la Constitución o por la Convención sobre los Derechos del Niño sino, más que eso, es necesario regular dentro del ordenamiento jurídico interno las diferentes modalidades y peculiaridades que deben establecerse para ciertos derechos complejos, entre ellos, por cierto, la libertad religiosa de los niños, niñas y adolescentes y sus consecuencias.
- 2.** Profundizar en las reformas que sean necesarias, sobre todo en el Derecho Civil, para que se configure un espacio familiar participativo, que prepare adecuadamente al niño, niña y adolescente para la vida adulta. Es indispensable transitar, desde un modelo tradicional de cuidado paterno filial que se sustenta en la patria potestad, a un sistema de responsabilidad parental que introduzca dentro de la familia instituciones que fomenten el diálogo, la discusión y el respeto de todas las opiniones en su interior. La familia exige, digámoslo así, para tomarnos en serio los derechos de la infancia y adolescencia, una cierta democratización.
- 3.** En fin —y la negación a tratamientos médicos es un buen ejemplo de esa necesidad—,⁵¹ es urgente flexibilizar el binomio polar “mayoría de edad versus minoría de edad”, para agregar la adolescencia como una categoría intermedia que produzca efectos jurídicos que permitan considerar como vinculante la opinión del adolescente, pero bajo ciertas restricciones que aseguren su interés superior, menos intenso en esta etapa pero que no lo abandonará sino hasta que alcance la mayoría de edad plena.

⁵⁰ El artículo 3.1. de la Convención dispone lo siguiente: “En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

⁵¹ Otros casos relevantes son: la opinión del adolescente para elegir el tipo de educación que quiere recibir; y la posibilidad de un adolescente de decidir y demandar tratamientos médicos por sí solo y en forma confidencial, por ejemplo, la solicitud de métodos anticonceptivos (incluida la anticoncepción de emergencia).