



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

PROTECCIÓN DE LA INFANCIA EN EL
MARCO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA
DE 1978

Autor: Andrea Natalia Belón Torrero

4º E-1 BL

Derecho Constitucional

Tutor: María Macías Jara

Madrid

Abril 2019

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	6
1.1 Objeto.....	6
1.2 Justificación.....	7
1.3 Metodología.....	8
1.4 Plan de trabajo.....	8
2. LA PROTECCIÓN DEL MENOR DE EDAD A UN NIVEL JURÍDICO MULTIDISCIPLINAR, TERRITORIAL Y TEMPORAL	9
a. El menor de edad.....	9
b. Definición de infancia.....	9
i. La dignidad como fundamento de protección.....	10
c. Aproximación histórica: la evolución de los derechos del niño.....	12
d. Marco legislativo español.....	15
3. LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL	17
a. La Constitución Española de 1978.....	17
i. Derechos constitucionales.....	17
ii. Especial mención al derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la educación.....	18
3.1 Desarrollo legislativo estatal.....	24
3.2 El Defensor del Pueblo y el Defensor del Menor.....	27

4. EL INTERÉS DEL MENOR EN SITUACIONES DE CONFLICTO	30
4.1 Estado de la cuestión.....	30
4.2 Un límite a la libertad de expresión constitucional: el caso “Titiriteros”.....	33
5. PROTECCIÓN A LA INFANCIA EN OTROS SISTEMAS LEGALES	38
a. Derecho occidental.....	38
b. Derecho islámico.....	39
c. Derecho oriental.....	42
d. El autodenominado Estado Islámico: un retroceso primitivo en los derechos de los niños.....	44
6. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS	47
7. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN	51

Resumen

La protección del menor de edad desde un plano constitucional y jurídico es un tema de creciente interés en la sociedad actual y que ha sido objeto de cuantiosos desarrollos legislativos, así como pronunciamientos jurisprudenciales e interpretaciones doctrinales. Serán objeto de estudio las normas constitucionales pero también internacionales para abordar el contexto de protección de niños y adolescentes en la actualidad.

Se pondrán de manifiesto aquellas situaciones vulneradoras de los derechos y libertades de los menores así como críticas y propuestas de mejora del sector jurídico que ampara los derechos de los menores.

Todo ello se apoyará en la solidez del juicio que ofrece la doctrina y el enjuiciamiento jurisprudencial de nuestros tribunales.

Finalmente se elaborarán unas conclusiones sobre lo investigado en el presente proyecto.

Palabras clave: infancia, juventud, menores de edad, protección constitucional, derechos y libertades, internacional, interés superior del menor

Abstract

Protection of minors under the scope of the Spanish Constitution and legal system, is a topic of growing interest in our society, which has also been object to legislative action and jurisprudential as well as doctrinal pronouncement.

The object of study consists in the analysis of constitutional and international legislation in order to obtain a wide context of the protection of children and young people nowadays. Those situations where the rights and freedoms of minors are being violated will be pointed out, as well as critics and proposals of improvement.

The solidity of the resolutions of our tribunals and the rationale of experts will be indispensable in the elaboration of this study.

Finally, conclusions about the present investigation will be reached and collected.

Key words: childhood youth, minors, constitutional protection, rights and freedoms, international, higher interest of the minor

LISTADO DE ABREVIATURAS

ONU	Organización de las Naciones Unidas
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CEDN	Carta Europea de los Derechos del Niño
CE	Constitución Española
CC	Código Civil
TC	Tribunal Constitucional
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
FJ	Fundamento Jurídico
AI	Amnistía Internacional
OIJJ	Observatorio Internacional de Justicia Juvenil
OMS	Organización Mundial de la Salud
ETA	Euskadi Ta Askatasuna
EI/ ISIS	Estado Islámico
LO	Ley Orgánica
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOCM	Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid
Núm.	Número
Ss.	Siguientes
Art(s).	Artículo(s)

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Objeto

El presente proyecto de investigación pone el foco en la protección que brinda la Constitución Española de 1978, en adelante CE, a los menores de edad, niños y adolescentes.

Se pretende evidenciar la necesidad especial de protección que ampara a este colectivo por su especial vulnerabilidad, sin dejar a un lado su merecedora posición de igualdad con respecto al mayor de edad en la titularidad de derechos y libertades.

Ello sin perjuicio de que la falta de madurez limite el ejercicio de dichas facultades, y que su individual personalidad y criterio deban de ser tenidos en cuenta.

El estudio se circunscribe al marco legislativo español, como fundamento en los derechos reconocidos en la Constitución Española, y las diversas leyes impulsadas a nivel estatal que desarrollan lo contenido por esta.

No obstante, resulta indispensable indagar en la protección jurídica del menor en un contexto histórico e internacional, con el fin de poder asimilar y comprender las normativas existentes en nuestro país a día de hoy, así como realizar comparaciones con otros sistemas legales con el objetivo de extraer conclusiones más contextualizadas.

Un propósito primordial de esta investigación es el de analizar la efectividad de la protección que reciben los menores de edad a través de nuestra Carta Magna, y qué medidas pudieran ser las idóneas para evitar la vulneración de los derechos de los menores en situaciones donde sus derechos se ven comprometidos por la confrontación con otros derechos del mismo rango de protección.

El objeto de estudio se concreta en los siguientes objetivos específicos:

- Examinar cual es el fundamento de protección especial al menor de edad y su relación con los derechos que le son reconocidos
- Analizar la garantía legal y en especial constitucional que ampara el reconocimiento y efectivo ejercicio de los derechos de los menores de edad

- Estudiar en un marco internacional la situación de los menores de edad para facilitar la comparativa con nuestro sistema legal
- Analizar la colisión de derechos cuando subyace el interés de un menor de edad y como este opera como límite en el ejercicio de otros derechos protegidos constitucionalmente
- Establecer conclusiones fundamentadas y aportar iniciativas de mejora en la protección de los derechos y libertades de los menores de edad

1.2 Justificación

El menor de edad ha adquirido especial relevancia en las últimas décadas. El legislador ha sido consciente de la necesidad de dejar atrás el abuso y el sometimiento del menor por parte de instituciones familiares y administrativas.

El menor de edad pasa de ser concebido como sujeto “perteneiente a sus progenitores”, esto es un mero anexo y reflejo de la voluntad de sus padres, a un individuo pleno, merecedor de protección y amparo, aunque a la vez digno de opinar y tomar decisiones que le afecten directamente a su desarrollo vital.

En efecto, aparentemente nos encontramos ante un panorama idílico y garantista para los derechos de los menores de edad, sin embargo nada más lejos de la realidad.

Aun nos encontramos con casos alarmantes y de reciente actualidad que ponen de manifiesto las grietas que ahondan en las normas dirigidas a proteger a nuestros menores, así como la vital importancia que tiene la actualización o mejora de los mecanismos de protección, tanto en nuestro país como de manera exponencial en el plano internacional.

Todo ello justifica el interés del objeto de estudio y la oportunidad de ahondar en la materia seleccionada, teniendo en cuenta el cambio de rumbo tan radical que ha experimentado la legislación que afecta a los menores en los últimos años, así como la actualidad de sucesos a nivel global que aun vulneran los derechos más innatos de niños y adolescentes.

1.3 Metodología

Se ha realizado una investigación de base documental que mantiene un hilo coherente con el objeto de estudio.

Para ello se ha acudido al análisis de las normas que son de aplicación en nuestro país, a nivel estatal y que hunden su fundamento en la CE y otros textos internacionales ratificados por España, en materia de protección de menores.

También han sido tenidos en cuenta opiniones doctrinales y determinaciones jurisprudenciales para dotar de sentido e interpretación al contenido normativo, sobre el cual se han volcado juicios y conclusiones.

Se ha escogido un caso actual y polémico para su exposición y posterior análisis, con la intención de denunciar y visualizar el desamparo legal y de las Administraciones Públicas que experimentan los menores en nuestro país en algunas situaciones.

1.4 Plan de trabajo

El proyecto se divide en cuatro bloques temáticos dirigidos al análisis y comprensión de la garantía constitucional que ampara al menor de edad.

El primer bloque, *la protección del menor de edad a un nivel jurídico multidisciplinar, territorial y temporal*, pretende sostener el estudio de la protección que se le otorga al menor de edad en nuestro país en base a la evolución histórica y global que ha experimentado la materia hasta nuestros días.

El segundo capítulo, *la protección de la infancia en el texto constitucional*, se centra propiamente en el objeto de estudio, examinando en profundidad aquellos derechos reconocidos por la CE a los menores de edad y que ven la luz y son articulados de la mano de distintas normas sectoriales, centrándose en aquellas que tienen vocación de aplicación a nivel estatal y afectan al conjunto de los menores en nuestro país.

Seguidamente se aborda *el interés del menor en situaciones de conflicto*, donde se señala la concurrencia de derechos en aquellos casos donde late el interés superior de un menor y como ha de resolverse esta.

Por último un cuarto bloque, *protección a la infancia en otros sistemas legales*, analiza desde una perspectiva internacional la protección que otros sistemas de normas otorgan al menor de edad.

2. LA PROTECCIÓN DEL MENOR DE EDAD A UN NIVEL JURÍDICO MULTIDISCIPLINAR, TERRITORIAL Y TEMPORAL

a. El menor de edad

Todo adulto, sujeto pleno de derechos y capacidad para ejercitarlos, ha ostentado a lo largo de un periodo de su vida la condición de infante, como fase transitoria hacia la plenitud de su capacidad jurídica.

Tal vez sea el factor de la temporalidad el culpable de una tardía configuración legal de especial protección a la infancia.

b. Definición de infancia

Para llegar a comprender la necesaria vocación de protección jurídica del menor de edad que ha ido emergiendo en multitud de ordenamientos jurídicos a escala internacional, es preciso atender previamente al significado y valor genuino de esta etapa de desarrollo.

¿Qué es la infancia?

Según la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)¹, la primera infancia “se define como un periodo que va del nacimiento a los ocho años de edad y constituye un momento único del crecimiento en que el cerebro se desarrolla notablemente, puesto que durante esta etapa los niños reciben una mayor influencia de sus entornos y contextos.”

No obstante, la minoría de edad abarca más años de la juventud del individuo, dado que el desarrollo madurativo fisiológico y emocional no concluye hasta alcanzada una fase de evolución, que la doctora en psicología y directora del departamento de neurociencia de la Universidad de Harvard, Leah H. Somerville establece entorno a la horquilla de los

¹ La UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura) es una organización internacional cuyo objetivo es el alcance de la concordia internacional a través de las herramientas de cooperación y alianzas en materias de educación, ciencia y cultura.

Una de las líneas de trabajo es la colaboración de la organización con los Estados y sus gobiernos para conquistar derechos en la educación y la atención de la primera infancia a través de la prestación de servicios sanitarios y sociales.

dieciséis a los treinta años de edad.²

En países extranjeros, la edad que determina la adultez varía en función de las costumbres, la cultura y el sistema normativo en cuestión, en España, desde un punto de vista legal, se fija la mayoría de edad a los dieciocho años (art. 12 CE).

Resultan especialmente relevantes estos años de transformación hacia el alcance de la edad adulta, puesto que los conocimientos, valores, educación y medios de salud y atención que reciben los menores hoy, van a condicionar al adulto, ciudadano responsable e integrante de la sociedad del mañana.

i. La dignidad como fundamento de protección

La razón más genuina que hace al menor merecedor de protección es su dignidad como persona, cualidad innata a su naturaleza como a todo ser humano, desde el mismo momento del nacimiento en el que adquiere personalidad propia (arts. 29 y 30 CC) que no puede ser rebajada de ninguna manera por motivo del menor estadio de desarrollo del niño.

Téngase en cuenta el artículo 10 CE, “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

La dignidad requiere la aceptación de los siguientes tres postulados :

- I. La supremacía del ser humano implica la igualdad en dignidad
- II. El hombre conserva su dignidad desde el inicio de la vida hasta el mismo momento de la defunción, por encima de cualquier circunstancia, tiempo o lugar sin que la ausencia de autonomía del sujeto le despoje de su dignidad.
- III. La personalidad única e inviolable del ser humano es una manifestación de la dignidad.

² Somerville, L.H. (2016). *Searching for Signatures of Brain Maturity: What Are We Searching For?*. Neuron 13448, Volume 92, Issue 6, 1164-1167.

El Tribunal Constitucional, en adelante TC, define y considera el principio de la dignidad como *minimum* invulnerable³.

La dignidad es común denominador a todos los derechos, puesto que en caso de su vulneración, niega la posibilidad de ser considerado como persona, así como la posibilidad de poder ser titular de una serie de derechos fundamentales.

Ciertamente la dignidad intrínseca del ser humano no se traduce en una plena libertad de actuación y ejercicio sin límite de derechos puesto que un menor de edad y un mayor de edad son aunque iguales en titularidad derechos, distintos en capacidades.

Así, los menores de edad no ostentan una plena facultad para ejercer todos los derechos de los que son titulares legítimos, puesto que como indica RUIZ DE HUIDOBRO⁴, profesor del departamento de derecho privado de la Universidad Pontificia Comillas, la falta de capacidad natural del menor le priva de un proceso de discernimiento y consentimiento en múltiples ocasiones, motivo por el cual sus actuaciones en la esfera jurídica reciben la categoría de nulidad radical.

Subyace ciertamente una correlación entre la capacidad de autogobierno de la persona como manifiesto de su capacidad natural y la dignidad, pósito o *prius* de todos los derechos innatos a la condición humana de la persona.⁵

Sin embargo, la dignidad del sujeto exige que se autogobierne en la medida en que tenga capacidad natural. Por eso, en la distinción entre titularidad de los derechos y capacidad de obrar, en virtud de la nueva posición que ocupa el niño en el Derecho, se reconoce a los menores una capacidad progresiva para el ejercicio de los derechos atendiendo a su condición de personas en desarrollo.⁶

Teniendo en cuenta que el juicio y la razón son condiciones que se adquieren como consecuencia de procesos biológicos vinculados al paso del tiempo, esto es, la madurez, es necesario tener en cuenta la capacidad de actuación real del menor en cada etapa de su crecimiento físico y psíquico.

Así, se establecen franjas de edad relevantes para el Derecho para discernir el grado en el

³ STC 57/1994, de 28 de febrero. FJ 3.

⁴ Ruiz De Huidobro, J.M. (2016). La capacidad de obrar de los menores en C. Martínez García, (coord.), Tratado del Menor. La protección jurídica de la infancia y la adolescencia, Madrid: Aranzadi. 157 y ss.

⁵ Serna Bermúdez, P. (1999). Dignidad de la persona: un estudio jurisprudencial, Persona y Derecho 41, Universidad de Navarra. 142 y ss.

⁶ Lázaro González, I. E. (2011). Protección de la infancia vs. El niño, sujeto de derechos. Monográfico Los menores en España; Las víctimas más vulnerables. Crítica N°976, 21-25.

que el menor puede decidir por sí de forma autónoma o por el contrario cuándo requiere de apoyo de una persona mayor de edad.

Esto explica a modo de ejemplo, la privación del derecho de sufragio activo y pasivo de los menores de edad, ya que estos carecen de autonomía y juicio suficiente para participar en procesos electorales.

No obstante, no debe perderse de vista en este proceso cual es el verdadero interés del menor, de manera que no debe mantenerse al margen la opinión del niño, en función de diversos factores como la edad, grado de madurez y capacidades, siendo siempre necesario atender caso por caso de manera individual.

Se explica así la relevancia de considerar al niño como sujeto de derechos, le convierte en protagonista activo de su propia vida. Aunque la decisión pueda corresponder a un tercero y no al menor, quien decide pero ha de tener en cuenta la opinión del menor.⁷

c. Aproximación histórica

Si analizamos desde un punto de vista histórico la evolución de los derechos de los menores en civilizaciones estables vemos como en la Edad Antigua la sociedad carecía de normas protectoras a la infancia, puesto que los niños no eran considerados merecedores de amparo específico y a raíz de la estructura social patriarcal, las niñas lo hacían en menor medida aun si cabe.

Más tarde, a lo largo de la Edad Media, el niño recibía el trato de un adulto en cuestiones como la obligación de contribuir con su mano de obra al sostenimiento de las cargas familiares, o la representación de la familia como institución, mientras que por otro lado las niñas continuaban sin poder aspirar a ostentar dichas facultades que quedaban

⁷ Bartolomé Tutor, A. (2014). *Fundamento constitucional del artículo 162.2.1º del código civil. vinculación del artículo 162.2.1º del código civil con el interés superior del menor y los valores superiores de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad*. El reconocimiento de los menores de edad de capacidad de obrar progresiva en los actos relativos a los derechos de la personalidad. Con especial referencia al papel de los responsables parentales (7 y ss.), Tesis Doctoral, Madrid: Universidad Pontificia Comillas

integradas en la esfera de actuación del hombre, ya fuera padre, hermano, marido o hijo.

Tal y como apunta el profesor titular del departamento de sociología de la Universidad de Granada José OCÓN DOMINGO⁸, no eran anecdóticos los sucesos impunes de explotación, vejación, desmán, desidia e incluso muerte de menores a causa de violentos rituales anclados en la tradición popular o la cultura de distintas poblaciones históricas. Así, el sacrificio de niños en la región libanesa de Tiro y Sidón era considerado un ofrecimiento en aras de mitigar la furia de los dioses, mientras que en Egipto era costumbre anual ahogar en el Nilo a una joven con la intención de que las aguas se desbordaran y fertilizaran las tierras poco prósperas.

En China, las niñas eran relegadas a su suerte lejos de las ciudades ante la atenta mirada de lobos y otras criaturas feroces.

También en culturas occidentales, como en Esparta, era la Asamblea de Ancianos la encargada de decidir el destino del recién nacido, cabiendo la posibilidad de ser arrojado a las fieras salvajes del monte Taigeto tras una breve deliberación sobre cual debiera ser el destino del infante.

A pesar de que estas prácticas no se encuentran íntegramente erradicadas a nivel global, a modo de ejemplo la vigencia del matrimonio infantil o la técnica de la ablación genital femenina son un hecho a la orden del día en zonas de Asia meridional y países de África occidental y oriental, “donde más del 40% de las niñas contraen matrimonio de manera forzada”⁹, como expresión más extendida del abuso sexual infantil, sí se produce desde mediados del siglo XIX una conciencia generalizada de brindar protección a los más vulnerables de la sociedad, los niños.

La industrialización es como fenómeno social el desencadenante de la visualización de los derechos infantiles como consecuencia directa de la alta tasa de mortalidad infantil. Ya partir de la década de 1840 son aprobadas normas sectoriales específicas con el fin de erradicar situaciones de explotación laboral de menores y de acceso universal a la

⁸ Ocón Domingo, J. (2016). *Normativa Internacional de protección de la infancia*. Cuadernos de Trabajo Social, Vol. 19, 113-131.

⁹ OIJJ (2013). *El derecho de las niñas a decir no al matrimonio: Trabajando para terminar con el matrimonio infantil y mantener a las niñas en la escuela*. Informe mundial.

La fundación “El Observatorio Internacional de Justicia Juvenil” (OIJJ) fundada en el año 2002 en Bruselas tiene como fin primordial la lucha por los derechos de los niños y adolescentes, así como la obtención de justicia para estos. Principalmente estrecha el foco en casos severos donde subyace un riesgo de exclusión social.

educación, como la pionera ley francesa de 1874.¹⁰

En nuestro país la iniciativa francesa se cristaliza en la Ley de Protección a la Infancia de 1904.¹¹

En el siglo XX, internacionalmente conocido como “Siglo del Niño”, la Organización de las Naciones Unidas (ONU, inicialmente Liga de las Naciones) diseña el Comité para la Protección de los Niños.

En el año 1924 ve la luz la Declaración de los Derechos del Niño o Declaración de Ginebra, tratado internacional inspirado en la filosofía del médico y pedagogo contemporáneo Janusz Korczak¹² (nacido Henrik Goldszmit).

Una versión posterior de esta Declaración (1959) resume en diez principios los derechos de los niños.

Además, las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial se dejan ver de forma especialmente cruel entre la población infantil en situación de desamparo.

Surge así en 1947 la organización internacional “Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia” (UNICEF) que extiende desde una firme vocación de permanencia su área de actuación a la conquista de derechos básicos para la infancia en una dimensión internacional.

Es en el año 1979 que la ONU atribuye como “Año Internacional del Niño”, coincidiendo con el veinte aniversario de la aprobación de la última Declaración de los Derechos del niño (año 1959).

Una década después la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 31 de diciembre de 1990.

¹⁰ Buletin de l'Assemblée nationale “Loi du 19 mai 1874 sur le travail des enfants et des filles mineures employés dans l'industrie”, XII, B. CCIV, n°3094.

¹¹ Ley de Protección a la Infancia de 1904 (Gaceta de Madrid, 17 de agosto de 1904)

¹² “Médico por su formación y educador por vocación, su deseo de modificar la realidad lo llevó a desempeñar diferentes funciones en las que puso de manifiesto su amor por los niños y su sentimiento de responsabilidad ante los problemas sociales”, UNESCO (1994). Revista trimestral de educación comparada, vol. XXIV, n°1-2, 37-48.

A este precursor de los derechos del niño se le atribuye la frase “Es inadmisibles dejar el mundo tal como lo hemos encontrado.”

Se logra así adoptar el primer el tratado internacional con fuerza vinculante en el que se reconoce el conjunto de los derechos de los menores y mecanismos dirigidos a salvaguardar su protección.

Hasta el momento se trata de la mayor expresión de los derechos socio-económicos y culturales de los niños, con base sólida contenida en cincuenta y cuatro artículos, que cuenta con fuerza jurídica propia de manera que REIS MONTERO, profesor titular del departamento de educación de la Universidad de Lisboa y del Master Europeo en Derechos Humanos y Democratización, la define como “la toma de la Bastilla”¹³, puesto que conquista la liberalización y el reconocimiento de los derechos de los menores.

A día de hoy ha sido ratificada por todos los países a excepción de Somalia y los Estados Unidos de América.¹⁴

En el marco de la Unión Europea se aprueba por el Parlamento Europeo el 21 de septiembre de 1992 la Carta Europea de Derechos del Niño que exhorta a los Estados Miembros de la Unión a adherirse sin formular reservas a la CDN.

Y, basándose en la CDN se reconocen en el plano comunitario una serie de derechos para la infancia y la adolescencia y principios que deben de guiar la actuación de los gobiernos de los Estados Miembro y la sociedad en general.

d. Marco legislativo español

Una vez iniciados los pasos que culminan con la consagración de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), se exhorta a las Administraciones Públicas a nivel internacional, europeo y en España, estatal y autonómico, a plasmar su contenido en la creación, aprobación y modificación de normas que reproduzcan con sintonía su espíritu.

En nuestro país, la transición de la dictadura franquista hacia una monarquía parlamentaria basada en valores democráticos, facilitó la incorporación de legislación

¹³ Reis Montero, A. (2008). *La revolución de los derechos del niño*. Editorial Popular.

¹⁴ Derechos de la Infancia: perspectiva histórica de la evolución de los Derechos del Niño <http://www.derechosdelainfancia.es/historia/>

específica que ampara al menor de edad, siendo la aprobación de la Constitución Española de 1978 el hito fundamental que impulsó la defensa y ampliación de los derechos infantiles, a los que paulatinamente se han ido incorporando más protecciones y reconocimientos de derechos.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor¹⁵ y las posteriores Ley Orgánica 8/2015¹⁶, de 22 de julio y Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia¹⁷ fueron herramientas básicas para la renovación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La última versión actualizada configura los derechos de los menores acorde a su condición y grado de madurez, como sujetos de derechos, de acuerdo con la capacidad de discernimiento que gradualmente adquieren como consecuencia de su desarrollo físico e intelectual.

Corresponde a las autoridades públicas el efectivo desarrollo y cumplimiento de las actuaciones necesarias para erradicar el desamparo infantil.

A nivel autonómico y como consecuencia de la transferencia de competencias en clave territorial en materia de asistencia social a razón del artículo 148.1.20 CE, las Comunidades Autónomas revestidas de facultad para legislar, han ampliado la garantía normativa de promoción de los derechos del menor de la mano de las conocidas como “leyes de protección de la infancia”.¹⁸

¹⁵ LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.
(BOE 17 de enero de 1996)

¹⁶ Ley Orgánica 8/2015¹⁶, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia
(BOE 23 de julio de 2015)

¹⁷ Ley Orgánica 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia
(BOE 29 de julio de 2015)

¹⁸ Centro Documental Virtual sobre prevención del maltrato infantil y adolescente, Federación de Asociaciones para la Prevención del Maltrato Infantil (FAPMI)

3. LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL

a. La Constitución Española de 1978

i. Derechos constitucionales

La protección que brinda nuestra Constitución de manera especial a los sujetos menores de edad se fundamenta en un primer reconocimiento de que las autoridades públicas deben brindar a estos respaldo a nivel socioeconómico y jurídico para atender sus necesidades.

El artículo 39 CE señala esta asistencia básica y obligada, mientras que a su vez constituye una puerta de entrada a toda una serie de derechos que velan por el correcto desarrollo de los niños a nivel internacional, de la mano de los convenios y tratados ratificados por España.¹⁹

El conjunto de Tratados Internacionales que se incorporan a nuestro sistema normativo lo hacen a modo de normas propias, de carácter interno, de rango legal y con el mandato de vincular a todos los sujetos de derecho, incluidos los poderes públicos y sus administraciones.

Para la correcta interpretación de toda una serie de derechos, en especial los que recoge la Convención de los Derechos del Niño, deben de ser tenidos en cuenta los principios rectores que han de regir a la hora de su aplicación, puesto que una vez ratificada la Convención por nuestro país, es de igual aplicación que los principios propios de nuestra Constitución.

Estos son el principio de no discriminación (artículo 2); el principio del interés superior del niño (artículo 3.1); el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6);

¹⁹ Artículo 39 CE

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

y el respeto a la opinión del niño en todos los asuntos que le afecten (artículo 12).

La Convención recoge un amplio catálogo de reconocimiento de libertades y derechos de naturaleza social, económica, sanitaria, etc.

En cuanto a los deberes que recaen sobre las Administraciones Públicas, se halla la protección de los menores en un índole multifactorial en base a su igualdad ante la ley, puesto que el conocimiento o desconocimiento de su filiación no es relevante en la configuración de sus derechos.

Por otro lado son los padres, familiares o titulares de la tutela los que deben de brindar la más pronta asistencia para satisfacer las necesidades de estos.

La Convención ha supuesto un punto de inflexión en la consideración vital y jurídica de los mismos, puesto que, “los niños no son meros proyectos de futuro sino personas con plenos derechos, valiosas en sí mismas y en cada una de las etapas de su crecimiento y maduración”.¹⁴

Esta nueva exposición desarrolla de manera progresiva la arcaico óptica según la cual los niños son sujetos pasivos dependientes y receptores de la protección que le amparan los adultos.

Así pasan a ser “protagonistas activos” a los que se les reconoce el derecho a ser escuchados y a participar en la toma de decisiones que giran en torno a sus propios intereses y que influyen directamente en la calidad y el desarrollo de sus vidas.

“El niño pasa a ser un individuo con opiniones propias en consonancia con su capacidad y madurez. La Convención trata a los niños como sujetos actores, lo que implica la consideración de sus puntos de vista.”²⁰

- ii. Especial mención al derecho fundamental al honor, a la intimidad y propia imagen y a la educación

²⁰ Defensor del Pueblo: derechos de los niños y adolescentes
Los niños y adolescentes en el informe anual del Defensor del Pueblo 2016. Madrid
https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2017/06/Separata_Menores_INFORME_2016.pdf

Los denominados Derechos fundamentales en sentido estricto son los contenidos en el Título I, Capítulo Segundo CE y cuya redacción lleva al desarrollo de un derecho subjetivo público que nace directamente de la Constitución. El art. 81 CE otorga la competencia sobre la legislación de estos derechos al Estado mediante una ley orgánica, aunque, si bien es cierto que ellos no necesitan de una obligatoria legislación para su desarrollo.

Los Derechos Fundamentales en sentido estricto son susceptibles de amparo constitucional.

El artículo 18.1 CE enumera conjuntamente el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen ello no debe de crear confusión a la hora de distinguirlos entre ellos.²¹

Los derechos anteriores se encuentran íntimamente relacionados con el contenido inherente a la dignidad del ser humano y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) en tanto que son propiamente dichos, derechos de la personalidad de carácter autónomo.²²

Entendemos por derecho al honor desde un punto de vista negativo como la intromisión ilegítima en la esfera personal de una persona, esto es, tal y como matiza el TC:

*(...) el "honor", como objeto del derecho consagrado en el art. 18.1 C.E., es un concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, de ahí que los órganos judiciales dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso qué deba tenerse por lesivo del derecho fundamental que lo protege. No obstante esta imprecisión del objeto del derecho al honor, este Tribunal no ha renunciado a definir su contenido constitucional abstracto afirmando que ese derecho ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas(...)*²³

²¹ Artículo 18 CE

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en el sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
4. La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

²² STC 81/2001, de 26 de marzo. FJ 2.

²³ STC 180/1999, de 11 de octubre. FJ 4.

El derecho a la intimidad personal y familiar consiste en aspirar a la garantía de que todo individuo goce de “una esfera privada que quede libre de injerencias frente de otros individuos como de los poderes públicos, de suerte que atribuye a su titular la facultad de resguardar ese ámbito reservado, frente a interferencias no deseadas.”²⁴

Por otro lado, el derecho a la propia imagen del artículo 18.1 CE es definido por el TC a través de la siguiente descripción:

*es un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad (informativa, comercial, científica, cultural, etc.) perseguida por quien la capta o la difunde.*²⁵

Cuando el titular de estos derechos es un menor de edad, todas aquellas disposiciones que los afecten no pueden ser deliberadas libremente por estos, debido a su falta madurativa de discernimiento que se traduce en una incompleta capacidad de prestar consentimiento válido. Ciertamente sí pueden tomar decisiones acerca de su propia imagen, pues es el más fiel reflejo de su personalidad y vía esencial para expresarla.

En cuanto al derecho a la intimidad y al honor de los menores estos son de carácter indisponibles tanto por parte de estos como por terceros, puesto que cualquier acto de disposición es susceptible de herir profundamente ambos derechos, que una vez lesionados son de ardua sanación.

Consecuentemente, todos aquellos actos que afecten de forma directa o indirecta el honor personal e intimidad del menor son ineficaces de manera absoluta.

Pensemos por ejemplo en el menoscabo del honor de una menor de edad por la publicación de sus relaciones íntimas o fotografías personales en el centro educativo al que asiste a diario.²⁶

²⁴ Lozano M.L. (2014). *La degradación de los derechos del art. 18 de la CE*.

²⁵ STC 81/2001, de 26 de marzo. FJ 2.

²⁶ Macías Castillo, A. (2008). *El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen*. Diario La Ley, Sección Doctrina, 94 y ss.

La STS de 6 de diciembre de 1912 marcó el rumbo en la delimitación del derecho de difusión de información de interés público en un caso que afectaba al derecho al honor y a la reputación de una menor de edad. A partir de entonces queda reforzada doctrinal y jurisprudencialmente de la mano de la Sentencia del TC (STC) de 15 de julio de 1999²⁷ la obligación de proteger el anonimato de los menores, y la prohibición de divulgar datos de su entorno personal y familiar. Ello extiende su velo de protección a la imagen de los menores, de manera que la captación de fotografías a estos aun en espacios públicos atenta contra su intimidad, tal y como establece la Ley Orgánica (LO) 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en adelante, LOPJM²⁸.

se vulnerará el interés del menor cuando se muestre al menor o se difundan informaciones sobre el que atenten de forma objetiva a su dignidad o cuando supongan una disminución de su autoestima o reputación social. Por tanto, siempre que una información perjudique el interés del menor, deberá aplicarse la regla del anonimato de tal forma que se puede informar sobre el hecho si tiene interés público pero no sobre la identidad del menor de edad. En el ámbito de protección del menor de edad delincuente nos movemos por definición ante situaciones que suponen un menoscabo de su honor por lo que deberá aplicarse siempre la regla de la no difusión de la identidad del menor.²⁹

En el plano internacional se pone el foco en estos derechos a través del artículo 16 CDN, pues rechaza las intromisiones en la esfera de intimidad del menor de edad.

El punto 8.29 de la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Carta Europea de Derechos del Niño al igual que el punto 8.43 de esta amparan el uso indebido de la imagen del menor.³⁰

Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. El niño tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias. Todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales contra su honor.

²⁷ STC 132/1999 de 15 de julio, FJ 7.

²⁸ LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. (BOE 17 de enero de 1996)

²⁹ De Lama Aymá, A. (2006). *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Tirant Lo Blanch, 253 y ss.

³⁰ De La Rosa Cortina, J.M. (2016). *Honor, Intimidad y Propia Imagen de menores: diez años de la Instrucción 2/2006*. Centro de Estudios Jurídicos, 5 y ss.

Todo niño tiene derecho a ser protegido contra la utilización de su imagen de forma lesiva para su dignidad.³¹

Por otro lado el artículo 27 CE también denominado artículo “del derecho a la educación”, garantiza una protección constitucional al derecho de los menores de edad de recibir enseñanza básica gratuita.³²

Sin embargo tal y como apunta el artículo 27.2 CE el libre desarrollo de la personalidad es el fundamento sobre el que pivota este derecho, motivo por el cual puede existir una colisión de derechos en relación al artículo 27.3 CE. En este último se recoge el derecho de los padres a intervenir y orientar la educación religiosa y moral de sus hijos, ya que cuentan con capacidad de decisión en su esfera normativa.

Esto es así puesto que la protección de los derechos del menor es merecedora de una protección específica que en este caso es ejercida a través de sus progenitores puesto que su personalidad se encuentra en proceso de formación.

No obstante, esta pequeña colisión solo opera bajo la minoría de edad de los hijos, puesto que no aplica más adelante a la hora de la elección de una carrera universitaria u orientación profesional, pues cuando los hijos sean mayores de edad podrán escoger lo que quieran estudiar en atención al libre desarrollo de su personalidad.

Es decir, aunque el art. 27.3 CE reconoce el derecho de los padres para que sus hijos reciban una formación moral de acuerdo con sus propias convicciones, sólo podrán determinar la orientación de sus estudios, durante su minoría de edad, y con más énfasis, mientras éstos sean obligatorios (o sea hasta los 16 años) pues el libre desarrollo de la

³¹ Puntos 8.29 y 8.43 CEDN, DOCE nº C 241, de 21 de septiembre de 1992.

³² Artículo 27 CE

1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.
3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.
5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.
6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.
7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.
8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.
9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.
10. Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca.

personalidad opera como parámetro de libertad, no siendo compatible con el derecho de elección de los padres, puesto que se encuentra excluido del contenido del 27.3 CE.³³

Además hemos de tener en cuenta que este derecho configurado constitucionalmente a favor de los padres en la determinación de la educación de sus hijos, no se traduce en un derecho de adoctrinamiento ideológico o religioso, puesto que los niños aun siendo menores de edad, gozan de la misma libertad ideológica que los adultos.

Este es un derecho fundamental (artículo 16 CE y 14 CDN) que opera de forma plena, ya que la formación elegida por los padres, fuere religiosa o aconfesional, no supone una imposición de ideología en la conciencia interna de los hijos.

Así, tal y como establece la LOPJM se reconoce de manera específica la libertad ideológica del menor de edad.³⁴

Ahora bien, al gran filósofo ARISTÓTELES (384 a.C. – 322 a.C.) se le atribuye la frase “la inteligencia consiste no sólo en el conocimiento, sino también en la destreza de aplicar los conocimientos en la práctica”, la cual no puede ser más oportuna que acertada. En teoría, una vez que el joven es capaz de dirigir y tomar decisiones propias acerca de su futuro académico o profesional, no se encuentra limitado por los criterios parentales. No obstante, ¿tiene aplicación práctica este contenido constitucional?

Difícilmente tiene un joven de 16 años de edad la autonomía, madurez, e independencia económica que son necesarias para desvincularse de la formación impuesta por sus padres. Por lo tanto, a pesar de poseer ideologías discrepantes o criterios dispares acerca de cuál es modelo educativo acertado, los hijos continúan dependiendo de sus progenitores y si tal vez ya no obligados a acoger sus decisiones, sí que se encuentran notablemente influenciados por estos, a no ser que tratemos de manera más puntual el caso de un menor emancipado.

³³ Ribes Suriol, A.I. El Derecho de los padres a la formación religiosa y moral de sus hijos: sentido y alcance. Universitat de Valencia, 4 y ss.

³⁴ Artículo 6 LOPJM

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.

Por lo tanto este derecho que se encuentra implícito en el libre desarrollo de la personalidad del menor joven apenas goza de aplicación en la vida real, puesto que no se encuentra respaldado por legislación específica que prevea amparo socioeconómico.

Ciertamente, el Defensor del Pueblo interviene como garantía institucional en materia de educación, especialmente cuando los derechos relativos a la educación de los menores son vulnerados por parte de las administraciones públicas, no así frente a los padres .

Sería pues interesante analizar la viabilidad de algún mecanismo normativo que velara por el ejercicio de los derechos de los menores jóvenes en casos de disputa entre el criterio de los progenitores y el suyo propio, sin la necesidad de tener que acudir a un proceso judicial.

3.1 Desarrollo legislativo estatal

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen³⁵ junto a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero de protección jurídica del menor³⁶ (modificada en parte por el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil) son la principal herramienta que articula la normativa aprobada a proyectar los derechos fundamentales de los menores de edad, extraídos directamente de nuestro ordenamiento constitucional.

Respecto a los derechos personales mencionados en el apartado anterior y que corresponden al artículo 18.1 CE, esto es, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, es el artículo 4 LOPJM el que nos brinda una vía de aplicación más concreta y efectiva.³⁷

³⁵ LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen
(BOE 14 de mayo de 1982)

³⁶ LO 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor
(BOE 17 de enero de 1996)

³⁷ Artículo 4 LOPJM

1. Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones.

2. La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las

No obstante han de tenerse en cuenta diversas leyes satélites que hacen de matiz en la interpretación de muchos aspectos concretos que recoge la LOPJM de manera genérica. A destacar la Ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico³⁸ acerca de la protección de los menores en internet (artículo 9.1) y la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual³⁹ y en especial su artículo 7.1 que es el que establece la oportunidad del uso de la imagen, nombre y la grabación de la voz de un menor.

De manera general no es legítima la utilización de imágenes, nombres, grabaciones, etc. de menores en servicios de comunicación audiovisuales a excepción de que haya otorgamiento de consentimiento expreso del menor afectado o de su representante legal. Son los principios de protección a la infancia y a la adolescencia los que deben de guiar la gestión de los medios electrónicos y audiovisuales.

La finalidad es la de evitar la difusión de la identidad de los menores puesto que la divulgación de información comprometida, o de hechos delictivos o de carácter personal puede suponer un perjuicio en la concepción externa de ese menor, constituyendo así un daño lesivo para el honor de este.

No obstante, existen cauces para acceder al derecho, como puede ser la distorsión del rostro en una fotografía o evitar señalar datos personales que faciliten la identificación del menor. A efectos de esta injerencia en la esfera íntima del menor resulta irrelevante el comprobar la veracidad o autenticidad de la información objeto de publicación, pues tal y como señala la STC 172/1990,⁴⁰ el ánimo de extender una verdad no justifica la intromisión de un bien jurídico protegido constitucionalmente.

medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.

3. Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

4. Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública.

5. Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros

³⁸ Ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE 12 de julio de 2002)

³⁹ Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (BOE 1 de abril de 2010)

⁴⁰ STC 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 2.

*Estas garantías adicionales se justifican por el plus de antijuridicidad predicable de los ataques a estos derechos cuando el sujeto pasivo es un menor, pues no solamente lesionan el honor, la intimidad o la propia imagen, sino que además pueden perturbar su correcto desarrollo físico, mental y moral, y empañar en definitiva su derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la futura estima social.*⁴¹

Más allá de las normas legislativas de nuestro país, que responden también al mandato de normativa internacional, hay que tener en cuenta el refuerzo de instrumentos internacionales cuya misión es la de proyectar un marco normativo a nivel internacional que unifique y reconozca una serie de derechos que velan por la salud física, psíquica-emocional, moral y madurativa de los menores de edad.

Nuestra LOPJM hace referencia a aquellos Tratados de los que España forma parte con especial mención a la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas.⁴²

⁴¹ INSTRUCCIÓN 2/2006, de 15 de marzo de 2006, sobre el fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores, 1007.

⁴² Artículo 3 LOPJM

Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.

La presente Ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989.

Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente Ley y a la mencionada normativa internacional.

Artículo 5 LOPJM

1. Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo.
2. Los padres o tutores y los poderes públicos velarán porque la información que reciban los menores sea veraz, plural y respetuosa con los principios constitucionales.
3. Las Administraciones públicas incentivarán la producción y difusión de materiales informativos y otros destinados a los menores, que respeten los criterios enunciados, al mismo tiempo que facilitarán el acceso de los menores a los servicios de información, documentación, bibliotecas y demás servicios culturales. En particular, velarán porque los medios de comunicación en sus mensajes dirigidos a menores promuevan los valores de igualdad, solidaridad y respeto a los demás, eviten imágenes de violencia, explotación en las relaciones interpersonales o que reflejen un trato degradante o sexista.
4. Para garantizar que la publicidad o mensajes dirigidos a menores o emitidos en la programación dirigida a estos, no les perjudique moral o físicamente, podrá ser regulada por normas especiales.
5. Sin perjuicio de otros sujetos legitimados, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal y a las Administraciones públicas competentes en materia de protección de menores el ejercicio de las acciones de cese y rectificación de publicidad ilícita.

Artículo 8 LOPJM

1. Los menores gozan del derecho a la libertad de expresión en los términos constitucionalmente previstos. Esta libertad de expresión tiene también su límite en la protección de la intimidad y la imagen del propio menor recogida en el artículo 4 de esta Ley.
2. En especial, el derecho a la libertad de expresión de los menores se extiende:
 - a) A la publicación y difusión de sus opiniones.
 - b) A la edición y producción de medios de difusión.
 - c) Al acceso a las ayudas que las Administraciones públicas establezcan con tal fin.

3.2 El Defensor del Pueblo y el Defensor del Menor

El conocido como Defensor del Pueblo u Ombudsman es una figura institucional de previsión constitucional a través del artículo 54 CE que existe a nivel estatal, autonómico y europeo aunque en la práctica se encuentran coordinados entre sí.⁴³

La Ley Orgánica aprobada como garantía autónoma de la defensa de derechos fundamentales y libertades públicas en sentido amplio (incluidos principios rectores) toma forma en la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo.⁴⁴

La elección del Alto Comisionado de las Cortes Generales recae sobre el Congreso de los Diputados y el Senado durante un mandato de cinco años, destinado a la tarea de supervisión de la actividad de las administraciones públicas.

Su figura inmune asume sus funciones con total independencia e imparcialidad, además de que la actuación en el ejercicio de sus funciones es inviolable.

La relación con el Defensor del Pueblo no requiere de formalidades puesto que cualquier persona puede solicitar su intervención mediante la presentación de una queja, y el servicio es gratuito, es decir, que actúa de parte, aunque también de oficio.

El defensor del pueblo está legitimado para interponer recursos de amparo y de inconstitucionalidad.

En relación a los derechos de los niños y adolescentes su máxima aspiración es la de proporcionar atención y protección a los menores, en especial a aquellos que se encuentren en situaciones de especial vulnerabilidad o desamparo, tratando de garantizar el ejercicio de sus derechos constitucionales y de la CDN.

En especial, asisten quejas acerca de aquellas actuaciones ilegítimas de las administraciones y autoridades públicas.

3. El ejercicio de este derecho podrá estar sujeto a las restricciones que prevea la Ley para garantizar el respeto de los derechos de los demás o la protección de la seguridad, salud, moral u orden público.

⁴³ Artículo 54 CE

Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrán supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales

⁴⁴ LO 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo (BOE 7 de mayo de 1981)

También intervienen especialmente en los ámbitos de educación y de la salud para garantizar la existencia de plazas y centros educativos de manera que los menores vean realizado su derecho básico de tener acceso a la educación y escolarización.

Participan de la exigencia de que el personal docente escolar esté suficientemente cualificado, y que los niños en los centros escolares tengan posibilidades de obtener becas y otras ayudas. El fin es evitar posibles desigualdades y pérdidas de oportunidades de menores cuyas familias no tengan recursos para sufragar los gastos educativos de sus hijos.

También se pone el foco en los menores discapacitados como sujetos potencialmente vulnerables, defendiendo su inclusión en centros escolares de la mano de aquellos recursos que fueren necesarios para garantizar su normal aprendizaje en las escuelas.⁴⁵

Las quejas recibidas por los afectados se hacen llegar a las Administraciones Públicas, Instituciones o Entes involucrados a través de recomendaciones y sugerencias de actuación o modificación.

La siguiente sugerencia fue realizada por parte del Defensor del Pueblo ante una situación de discriminación en el acceso de estudios universitarios de la Universidad Rey Juan Carlos, donde únicamente se beneficiaban de los descuentos por matrícula de honor los alumnos que habían cursado bachillerato, no así los que habían realizado un curso de formación profesional, desamparados ante la posibilidad de obtener dichos descuentos.

Recomendaciones y sugerencias a partir de la tramitación ordinaria de los expedientes educación (i.2.1.2)

Recomendación de 24 de agosto, formulada ante la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, sobre la exención de precios públicos para iniciar estudios universitarios a los alumnos que obtuvieron matrícula de honor en el último curso de los estudios superiores de formación profesional. Se comprobó que esta universidad solo aplicaba la exención en los precios de la matrícula del primer curso de estudios universitarios a los estudiantes que accedían a la universidad desde bachillerato habiendo obtenido la calificación de matrícula de honor, pero no a los procedentes de formación profesional con la misma calificación, pese a que el real decreto 1892/2008, de 14 de noviembre, establece que el acceso a la universidad desde cualquiera de ambos supuestos debe realizarse desde el pleno respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Por tanto, se inició una actuación de oficio ante la universidad citada, formulando a su rector una Recomendación en este sentido.

Esta Recomendación fue aceptada, y en su cumplimiento la normativa de precios públicos por servicios académicos en la Universidad Rey Juan Carlos para el curso 2016-17 incluyó entre los posibles alumnos beneficiarios de exenciones a “los beneficiarios de matrícula de

⁴⁵ Defensor del Pueblo

honor'', suprimiendo cualquier referencia acerca de los estudios previos en los que se hubiera obtenido la matrícula.⁴⁶

Por otro lado se encuentra la figura del Defensor del Menor.

Este opera en un plano autonómico recayendo su creación y regularización en normas propias de las Asambleas de las distintas Comunidades Autónomas.

En cuanto a las funciones que asumen son de idéntica índole a las llevadas a cabo por el Defensor del Pueblo pero reducidas a un ámbito territorial concreto.

A modo de ejemplo, la Ley del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, la Ley 5/1996, de 8 de julio, del Defensor del Menor⁴⁷ contiene las más importantes competencias del Defensor del Menor de dicha comunidad.⁴⁸

En el año 2012 la Asamblea madrileña suprimió la figura del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, cuyas funciones fueron asumidas por el Instituto del Menor y de la Familia de la Comunidad de Madrid.

Consecuentemente se trata de una figura que no adquiere el rango de institucional, pues su creación y extinción no es de obligado mandato constitucional, sino una configuración autonómica para reunir las competencias básicas de asistencia y garantía a los derechos de los menores en las distintas Comunidades Autónomas.

⁴⁶ Defensor del Pueblo (2017). *Los niños y adolescentes en el informe anual del Defensor del Pueblo 2016*. Madrid. 12.

⁴⁷ BOCM 16 de agosto de 1996

⁴⁸ Artículo 3 Ley del Defensor del Menor

3.1. Corresponden al Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, las siguientes competencias:

- a) Supervisar la acción de las Administraciones Públicas de la Comunidad de Madrid, y de cuantas entidades privadas presten servicios a la infancia y la adolescencia en la Comunidad, para verificar el respeto a sus derechos y orientar sus actuaciones en pro de la defensa de los mismos, dando posterior cuenta a la Asamblea.
- b) Recibir y tramitar, de acuerdo con la presente Ley, las quejas que sobre situaciones de amenaza o vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes presente cualquier persona mayor o menor de edad.
- c) Proponer reformas de procedimientos, reglamentos o leyes, con el fin de hacer más eficaz la defensa de los derechos de la infancia y la adolescencia, y procurar la mejora de los servicios destinados a su atención en la Comunidad de Madrid.
- d) Propiciar el conocimiento y la divulgación y ejercicio de los derechos de la infancia y la adolescencia.
- e) Desarrollar acciones que le permitan conocer las condiciones en que los menores de edad ejercen sus derechos, los adultos los respetan y la comunidad los conoce.

4. EL INTERÉS DEL MENOR EN SITUACIONES DE CONFLICTO

4.1 Estado de la cuestión

Según DE OTTO⁴⁹ el verdadero contenido de derecho esencial es de una naturaleza que más que una garantía constituye una trampa, pues al haber contenido esencial, deja que sea el legislador o el máximo órgano de interpretación de la Constitución quien interprete ese contenido esencial.

La CE es la que debería no solo brindar sino también delimitar cada derecho de manera individual, por lo que se puede afirmar que incurre en una especie de “dejación de sus propias funciones”.

Si bien es cierto que el contenido esencial es útil para no desvirtuar un derecho, al ser el legislador el competente para desarrollar el derecho en cuestión mediante ley, al ser el legislador el que lo limita (reserva de legalidad) no podrá el ejecutivo desarrollar el contenido normal, ni modificar el contenido esencial.

No obstante sí podrá desarrollar vía reglamentaria contenido más allá que no afecta a la definición o contenido esencial del derecho.

En caso de que se extralimite del contenido normal, el TC podrá invalidarlo.

Los derechos, incluidos aquellos que son de carácter fundamental, presentan límites que demarcan su ejercicio y la elasticidad en su aplicación.

Por un lado son divisibles en internos, criterio interpretativo que no es más que aquella cuestión que entendemos que define el derecho y externos que pueden ser *generales*, como aquellos establecidos de manera general en la CE y que se deducen de esta, respondiendo a fines sociales o bienes constitucionalmente protegidos como la dignidad del art.10 CE o *concretos* como el orden público, en referencia a aquellas cuestiones que la CE recoge explícitamente para delimitar los derechos.

⁴⁹ De Otto y Martin-Retortillo (1988). *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas. 115 y ss.

En aquellas situaciones en las que los derechos colisionan con otros derechos en sus límites, esto es en los límites externos, se abre un escenario de confrontación de bienes jurídicos de igual rango de importancia y protección.

Así, si el ejercicio de uno de ellos vulnera el contenido esencial del otro, surge el motivo por el que resulta necesario priorizar uno sobre el otro a través de una ponderación de los DF en cuestión.

Esta habrá de efectuarse conforme a criterios de proporcionalidad, abogando por la ejecución de medidas lo menos restrictivas y lo más equilibradas posibles, garantizando la menor intervención, de manera que se imponga un sacrificio menor, tratando de proteger el interés general, en aras de conseguir la mayor satisfacción o ventajas posibles para este.

Resulta pues de significativa relevancia el dilucidar cuál es el interés general que debe de guiar el equilibrio de derechos en situaciones conflictivas.

La CE alude a él en repetidas ocasiones (arts. 30.3, 34.1, 44.2, 47, 128.1, 149.1.24, 155.1 CE , etc.), si bien puede considerarse como un término jurídico indeterminado puesto que no es definido por la Carta Magna, sino más bien empleado como una cláusula genérica que acompaña distintos mandatos constitucionales.

MUÑOZ MACHADO⁵⁰ estudia de cerca el derecho y la vocación de servicio público de la Administración con la finalidad de descifrar el concepto de interés general.

Llega a la conclusión de que este consiste en una atribución de legitimidad al Estado para que este actúe en defensa dichos intereses a través de la prestación de servicios y constitución de garantías para el colectivo ciudadano.

En consecuencia, el interés general es una herramienta que a la vez de suministrar poder de actuación al Estado, lo limita en cuanto a la dirección a la que este uso de poder debe de dirigirse, constituyéndose así como un principio general del derecho que puede ser invocado de manera directa y autónoma.

Cuando hablamos de interés general, no podemos olvidar la especial importancia del interés general de los menores de edad, niños y adolescentes.

⁵⁰ Ribes Suriol, A.I. *El Derecho de los padres a la formación religiosa y moral de sus hijos: sentido y alcance*. Iustel. 560 y ss.

El Estado y la Administración debe de orientar su conducta a una protección preferente de los intereses y de los derechos de los niños, puesto que a raíz de su singular vulnerabilidad como consecuencia de la falta de madurez y desarrollo físico y cognitivo del que hacíamos referencia *ut supra*, no pueden ejercer sus derechos por sí solos.

Si el Estado no asumiera esa función de velar por sus intereses, se encontrarían desvalidos.

Así, el interés general o también denominado “superior” del niño se convierte en un principio que debe de ser tenido en cuenta en base a el análisis en cada circunstancia concreta de todos aquellos factores que correspondan al interés de uno o más menores. Para ello deben de seguirse los pasos que la Convención sobre los derechos del Niño indica.

En un primer lugar se ha de determinar cuáles son los elementos pertinentes en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar ese interés superior, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás.

En segundo lugar, el seguimiento de un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho.

La evaluación y la determinación del interés superior del niño son dos pasos que deberán seguirse siempre que haya de tomarse una decisión.⁵¹

Si fuera el caso de que dos intereses legítimos se enfrentasen por incompatibilidad, es necesario ponderar ambos derechos, de manera que aun siendo estos de protección fundamental, ha de priorizarse el interés superior del menor, teniendo siempre en cuenta cualquier circunstancia personal, familiar o social.⁵²⁵³

⁵¹ UN. Convención sobre los derechos del Niño, art. 3.1. por ⁵¹ Núñez Zorrilla, C. (2016). El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Persona y Derecho*, Vol. 73/2015/2, Universidad Autónoma de Barcelona, 126.

⁵² Núñez Zorrilla, C. (2016). El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Persona y Derecho*, Vol. 73/2015/2, Universidad Autónoma de Barcelona, 126.

⁵³ En atención al artículo 2.1 LOPJM:

Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir

4.2 Un límite a la libertad de expresión constitucional: el caso de los titiriteros

Un claro ejemplo de lo defendido con anterioridad se encuentra plasmado en el artículo 20 de nuestra Carta Magna, que articula una defensa especial a los derechos que podrían resumirse bajo la rúbrica de “libertad de expresión” pero que comprenden todas las siguientes vertientes:

1. Se reconocen y protegen los derechos:
 - a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
 - b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
 - c) A la libertad de cátedra.
 - d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.
2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.
3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.
4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.
5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.⁵⁴

Cobra especial relevancia el cuarto apartado de este artículo pues blinda el ejercicio de estos derechos haciendo un especial hincapié en la salvaguarda de los derechos de los menores que operan a modo de límite infranqueable en el ejercicio de estos otros derechos fundamentales.

No obstante resulta poco frecuente que en la práctica sean tenidos en cuenta estos límites puesto que no se les concede la importancia que merecen.

Un caso particular que llamó la atención fue la polémica obra de teatro “*La Bruja y Don Cristóbal*” de los “titiriteros” contratados por el Ayuntamiento de Madrid con motivo de las celebraciones de los carnavales, dirigida a un público infantil a pesar de su contenido plagado de muestras de agresividad no apto para la visualización por menores de edad.

⁵⁴ Art. 20 CE

Tal fue el alboroto que, ambos integrantes de la compañía “Títeres de Abajo”, fueron procesados por la presunta comisión de un delito de enaltecimiento del terrorismo e incitación al odio por la exposición de una pancarta que reivindicaba la frase “Gora Alka-Eta”.

La principal argumentación en la que se basó la defensa de los titiriteros en la prevalencia de su derecho fundamental reconocido en el artículo 20 de la Constitución entorno a la libertad de expresión y la protección de su obra artística.

El Juzgado de Instrucción número 46 de Madrid se inhibió en la investigación de los hechos a favor de Sala de lo Penal, Sección 3ª de la Audiencia Nacional dado la naturaleza del tipo penal.

Conforme fue avanzando el procedimiento, finalmente tanto la Audiencia Nacional como el Juzgado de Madrid archivaron la causa, ya que no quedó debidamente acreditada la perpetración del ilícito, mientras que los acusados habían cometido el hecho fruto de controversia con ocasión del ejercicio de un derecho fundamental y de las libertades públicas.

Ciertamente, los delitos de enaltecimiento del terrorismo e incitación al odio son de una extrema gravedad, tal es así que las penas previstas son de especial dureza.

Ello responde al rechazo que late en el corazón de una gran mayoría de la sociedad española, que durante décadas ha sido testigo de la lacra que supuso la banda terrorista a día de hoy ya disuelta “Euskadi Ta Askatasuna” (ETA), autora de numeroso atentados mortales durante al menos seis décadas (de 1958 a 2018).

El terrorismo en una materia sensible y delicada, motivo por el cual resulta más que comprensible que una presunta apología o ensalzamiento del mismo produzca una inmediata reacción de actuación y de condena.

No obstante, no nos compete a los ciudadanos de a pie dictaminar las actuaciones y decisiones judiciales, en respeto de uno de los principios más básicos de nuestra democracia, como lo es el principio de independencia judicial.

Sin embargo, sí opino que ha de señalarse la dificultad que reside en la apreciación de supuestos donde los derechos de los niños son vulnerados, ya que no despiertan una alarma social al igual que sí lo hace el caso del terrorismo, y en numerosas ocasiones estas situaciones pasan inadvertidas y por ende los derechos quedan desamparados.

De lo acontecido durante la representación satírica, fruto de discordia social y judicial fue la pancarta mencionada pero no otros sucesos acontecidos como el ahorcamiento de un guiñol que representaba a un juez, el asesinato de una bruja a su agresor, el apuñalamiento de un policía que golpeaba a ésta última o también la violación de una monja.

Sucesos no solamente impregnados de una ideología radical antisistema conducentes a una extrema politización muy llamativa de la obra, sino de una violencia máxima y sádica, severamente hiriente y traumatizante a la sensibilidad de los menores.

Y a pesar de la falta de atención que produce el acontecimiento, la garantía que vela por los derechos de los niños sí existe y la encontramos en el anteriormente citado artículo 20 CE.

Dicho artículo especifica concretamente que el respaldo al libre ejercicio de los derechos de libertad de expresión y difusión de la obra artística a través de cualquier medio o soporte encuentra su límite de manera especial entre otras, en la protección de la infancia y de la adolescencia, esto es de los menores de edad.

Tal y como señala GUINEA FERNÁNDEZ es cierto que “la libertad de expresión y de información no se puede coartar bajo la idea de la defensa de los derechos de los menores. Tampoco se puede permitir la difusión de todo tipo de informaciones sin la toma de las cautelas pertinentes, poniendo en peligro los derechos de los menores.”⁵⁵

Por lo tanto y teniendo en consideración que la función estaba dirigida a un público infantil en un evento municipal organizado para el entretenimiento de los pequeños con motivo de la celebración de los carnavales, es mandato constitucional que esta producción se encontrara censurada y mutilada en aquellos aspectos que pudieran propiciar una confrontación hacia esta singular protección a los menores de edad.

Así, llama negativamente la atención la ausencia de consecuencias legales y judiciales que esta explícita e irrefutable agresión al ejercicio del derecho del menor a no visualizar contenido que lesione su integridad psíquica y emocional.

⁵⁵ Guinea Fernández, D. (2013). *Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid*. El honor del menor (287 y ss.). Informes del Defensor del Menor.

La cuestión que ello lleva a plantearnos es de la necesidad de visibilizar los casos en los que los derechos de los menores son infringidos y de concienciar de la envergadura de estas agresiones, y sobre todo, no permitir bajo ningún concepto la impunidad de aquellas actuaciones transgresoras.

En el caso concreto que nos atañe sería preciso ahondar donde reside la presunta responsabilidad por los hechos acontecidos y hasta qué punto respondería cada sujeto partícipe.

En primer lugar no cabe duda de que los titiriteros son actores de primer grado en esta situación, puesto que han concebido una obra, bien dirigida a menores, bien reproducida ante menores a sabiendas y de forma dolosa, con contenido manifiestamente inapropiado, que restringe su derecho y libertad de expresión que fundamenta la defensa procesal de su obra.

En segundo lugar resulta imperativamente obligada la investigación de la actuación de la administración pública, en este caso de la concejalía de cultura del Ayuntamiento de Madrid, como organizador exclusivo del evento y parte contratante de la obra satírica.

Si bien es cierto que el Ayuntamiento hubiera podido desconocer el contenido violento y hubiere actuado como consecuencia de la confianza depositada en los sujetos, queda por determinar la negligencia de carácter inexcusable cometida al no comprobar dicho contenido y desentenderse así de su obligación de salvaguardar los derechos y la salud de los menores en una actividad precisamente configurada para estos.

También sería oportuno analizar la posible responsabilidad parental en aquellos casos en los que los menores hubieren sido acompañados por sus progenitores, y estos no actuaran consecuentemente con rechazo a la visualización de la función por parte de sus hijos.

Finalmente, resulta irónico que habiendo más de un presunto responsable partícipe para la comisión de esta vulneración, no haya sido procesado judicialmente, ni sancionado en vía administrativa ninguno de ellos, quedando totalmente indemne y desamparado el daño producido en los menores.

Si los actores y la administración pública se desvinculan del suceso y se desentienden de sus consecuencias ¿quién vela por el interés superior del menor al que nuestro ordenamiento jurídico tanta relevancia y custodia dedica?

Además, tal y como indica ÁLVAREZ VÉLEZ, “la previsión que realiza el apartado 4,

del artículo 20 del texto constitucional, debe combinarse con la prohibición expresa de censura previa, que queda establecida en apartado 2^o.⁵⁶

Esto quiere decir que la presunta garantía de protección a los derechos de los menores no es tal, puesto que solamente opera *ex – post* mediante resolución judicial como método para declarar la lesión cometida, nunca para evitar dicha lesión.

Entonces, ¿ante qué clase de protección a la juventud y a la infancia nos encontramos?, pues más que una protección se trata de garantizar una condena y posterior resarcimiento de la infracción, mientras esta ya se ha cometido.

Es decir, más que un límite a la libertad de expresión, supone meramente una consecuencia procesal debido a una extralimitación del derecho a expresarse, que al fin y al cabo, no se ha visto *limitado* en su ejercicio, como es mandato del apartado cuarto del artículo 20 CE.

Ello responde a la, en mi opinión, excesiva priorización que se le otorga la libertad de expresión en nuestro país, fruto de un “efecto rebote” que hunde su origen en la inexorable represión a numerosos derechos fundamentales hoy reconocidos y de manera especialmente generalizada y sistemática, al derecho de expresión, padecida durante la dictadura franquista.

Sin embargo, esta interpretación extrema, vacía de contenido el artículo 20.4 CE puesto que no opera como una garantía a un derecho sino más bien como un paliativo ante su vulneración.

De nada sirve redactar normas y legislar sobre la protección de derechos a la infancia y a la juventud si más tarde no los respetamos porque tan siquiera los consideramos infringidos, o peor, porque ni de lejos estimamos la importancia y la necesidad inmediata de actuación que exige su salvaguarda.

⁵⁶ Álvarez Vélez, M.I. (1994). *La protección de los derechos del niño (en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español)*. Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas. 160.

5. PROTECCIÓN A LA INFANCIA EN OTROS SISTEMAS LEGALES

Es evidente que aún queda una gran labor por llevar a cabo en el ámbito de la prevención y condena de las lesiones de derechos infantiles.

Por ello resulta de gran trascendencia proceder a analizar la articulación de distintos sistemas de derecho para asimilar las similitudes, diferencias y dificultades a las que nos enfrentamos en la batalla por la conquista de los derechos de los menores.

Es necesario hacer una primera distinción entre aquellos ordenamientos jurídicos que asientan su base en una construcción legislativa de carácter laica manteniendo la rama del derecho canónico al margen del ordenamiento estatal, en contraposición de aquellos que sí hunden sus raíces en una confesión religiosa, lo cual nos lleva a diferenciar tal y como apuntan NÚÑEZ RIVERO y ALONSO CARVAJAL entre el derecho occidental europeo y el derecho árabe en los cuales vamos a centrar el estudio.

a. Derecho occidental

España como país integrante junto con los demás Estados miembros de la Unión Europea, (a excepción de Polonia e Irlanda donde sí encontramos una fuerte vinculación Iglesia-Estado), es un Estado de base civil aconfesional.

Además hemos de tener en cuenta que dentro del marco europeo ha sido posible legislar materias comunes relativas a menores lo cual ha facilitado la unificación de criterios a seguir en distintos planos legislativos y judiciales.

Las Declaraciones y Convenios que son suscritos por el Estado español se incorporan a nuestro ordenamiento por medio de los derechos constitucionales estipulados en los artículos 94 y 96, vehículos que constatan la adhesión de convenios y tratados internacionales válidamente ratificados por España, además de que el conjunto de derechos recogido en la Ley Orgánica del Menor también prevea dicha integración.

Como instrumentos jurídicos relevantes no podemos dejar de mencionar el Convenio Europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores al igual que el restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20

de Mayo de 1980, también los Reglamentos comunitarios 1347/2000 del Consejo de 29 de Mayo del 2000 y el 2201/2003.

Cabe destacar que al igual que otros Estados ajenos a Comunidad, la Unión Europea se adhirió al Convenio de la Haya de 25 de Octubre de 1980, un convenio elástico y menos rígido que trata todos aquellos elementos civiles en torno a la sustracción internacional de menores, el cual prescinde del cumplimiento de los criterios aplicables para el reconocimiento de resoluciones así como del requisito esencial de la obtención de una resolución judicial o administrativa de custodia de menores.

En definitiva, el esfuerzo de los sistemas legales occidentales por uniformar las pautas con respecto al derecho de menores es digno de ser reconocido puesto que se han obtenido resultados de eficacia en materia de cooperación internacional en conflictos que traspasan las fronteras del ámbito interno nacional.

Por otro lado nos encontramos con los países islámicos cuyas normas se encuentran notoriamente estructuradas por principios religiosos.

La ausencia de participación en convenios internacionales dificulta notablemente las relaciones internacionales con terceros países en materia de sustracción internacional de menores o reconocimiento de sentencias extranjeras en materias como el derecho de familia. Para ello se ha acudido al derecho convencional multilateral a través del Convenio de la Haya de 1980 respecto a los aspectos civiles de la sustracción interparental de menores, de manera que la vía adoptada ha sido la de la suscripción de acuerdos bilaterales entre Estados occidentales y Estados árabes.

La falta de convergencia la encontramos en el retorno a la estricta interpretación de las normas de la “*Sharia*”⁵⁷ que viven los Estados árabes a día de hoy y los cada vez más liberales y menos tradicionalistas sistemas occidentales.

b. Derecho islámico

De manera contrapuesta a los sistemas legales anteriores, los de origen musulmán albergan sus cimientos en normas jurídicas de origen religioso basados en la doctrina

⁵⁷ dictámenes de los juristas acerca de la doctrina islamista basada en los textos sagrados

establecida por las interpretaciones del *Quaram*⁵⁸ y la *Sharia*, los *Haddit*⁵⁹, las decisiones de la *Umma*⁶⁰.

Cuando hablamos de Derechos Humanos o de Derechos Fundamentales desde un prisma objetivo y con valor propio al margen de las normas, en los países de arraigo islámico estos derechos no se sitúan en la cima inviolable de la condición humana, sino supeditados a las normas islámicas.

La autoridad política se encuentra sesgada por la voluntad divina y los mandamientos de la religión islámica, de manera que no se concibe una soberanía legal al margen de la ley de Dios.

Es cierto que un progresivo aumento de la demanda y presión ejercida por la comunidad internacional ha influido en la extensión de una conciencia de separación entre ambos postulados, traduciéndose ello en un esfuerzo por parte de los estados islámicos en salvar la distancia mantenida con respecto a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas que proclama como derecho fundamental el de la libertad religiosa.

Fruto de ello es la decimonovena Conferencia Islámica de Ministros de Asuntos Exteriores en la que vio la luz la Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos en el Islam aprobada en la Conferencia de El Cairo del 9 al 14 de *muharram* de 1411 o 31 de julio al 5 de agosto de 1990.

También han de tenerse en cuenta los convenios y tratados bilaterales suscritos a nivel individual por distintos estados de tradición islámica con países de sistemas occidentales, a modo de ejemplo el existente entre Marruecos y España de 30 de mayo de 1997 sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de familia como lo son derecho de custodia y visita así como la devolución de menores.

No obstante, la Declaración del Cairo encuentra en el ejercicio de los derechos que proclama un límite que recoge en sus artículo 24 y 25.

⁵⁸ libro sagrado del islam que contiene la palabra de Dios revelada a Mahoma

⁵⁹ del árabe “narración” o “referencia” alude a las acciones y dichos del profeta Mahoma, siendo esta fuente un pilar integrante de la Sunna, segunda fuente de la ley musulmana tras el Corán

⁶⁰ decisiones de la comunidad o asamblea de creyentes

(...) todos los derechos y deberes estipulados en esta declaración están sujetos a los preceptos de la Sharia islámica, y la Sharia Islámica es la única fuente de referencia para la aclaración o interpretación de cualquiera de los artículos del presente documento(...) ⁶¹

Con respecto a los derechos de la infancia y de la adolescencia se recogen las siguientes declaraciones de derechos:

(...) Los padres, y todo aquel que ocupe su lugar, tienen derecho a elegir el tipo de educación que deseen para sus hijos, siempre que se tengan en cuenta sus intereses y su futuro a la luz de los valores morales y de las prescripciones de la Sharia.

Los progenitores tienen derechos sobre sus hijos, así como los parientes tienen derechos sobre los suyos, de acuerdo con los preceptos de la Sharia. (...) ⁶²

En consecuencia resulta evidente que el principio rector de las normas jurídicas de estados islámicos la configura la prevalencia de la doctrina de la fe islámica o “*Sharia*” como elemento interpretativo frente al que en occidente consideramos que es de mayor importancia la búsqueda o tendencia a legislar en beneficio del “interés superior del menor”.

Sin embargo, “en Europa tampoco se ha sido ajeno históricamente a este criterio, como cuando hasta hace 25 años en algunos países occidentales primaba incluso como causa de nulidad del matrimonio el “*Bonun Fidei*” católico.” ⁶³

Un modo de reforzar los derechos de los menores en estos países lo muestra el reflejo de la evolución política de los estados occidentales, esto es, la de concienciar en la necesidad de segregar entre el poder de Estado e Iglesia, pues solo cuando entendamos que los fundamentos de dignidad y los derechos humanos son inherentes a la condición humana por encima del culto religioso, podrá resultar eficaz la puesta en marcha de una dinámica normativa por la lucha de los derechos de los niños y adolescentes.

⁶¹ Arts. 24 y 25 Declaración del Cairo del 9 al 14 de *muharram* de 1411 o 31 de julio al 5 de agosto de 1990

⁶² Art. 7 Declaración del Cairo del 9 al 14 de *muharram* de 1411 o 31 de julio al 5 de agosto de 1990

⁶³ Núñez Rivero y Alonso Carvajal (2011). *La protección del menor desde un enfoque del derecho constitucional*. Departamento de Derecho Político, UNED, Revista de Derecho UNED, nº9. 288 y ss.

c. Derecho Oriental

Como tercer sistema legal nos encontramos con los países que integran Asia meridional, oriental y el sudeste asiático.

La principal problemática en estos territorios no reside en la falta de reconocimiento de derechos humanos y específicamente infantiles o su categorización por debajo de otros principios rectores, sino la ausencia de compromiso y voluntad por parte de las autoridades competentes de hacer efectivo los contenidos ratificados en las distintas declaraciones de derechos internacionales.

El conjunto de gobiernos que integran estas regiones asiáticas se han adherido a garantizar el reconocimiento y ejercicio de los derechos contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, hasta el punto de ratificar su voluntad a través de la Asociación para la Cooperación Regional en el Sudeste Asiático.

No obstante, emerge un abismo sin medida entre la política teórica y la realidad aplicada a la vida de los niños, debido a la falta de implantación de medidas gubernamentales y administrativas que protejan el ejercicio de estos derechos.

En muchos casos se imponen costumbres ancestrales bárbaras, fuertemente arraigadas a nivel regional o local por encima de las normas del Estado mientras las autoridades miran hacia otro lado cuando se quebrantan, si es que no son estas mismas las que las vulneran.

De hecho, no en raras ocasiones son los propios funcionarios los que toleran y participan en actos de abuso de menores en comunidades o núcleos familiares “ya sea a través de su connivencia y complicidad activas o de su tolerancia y consentimientos tácitos”.⁶⁴

Los menores de edad suman alrededor de un 40% de un índice de población muy numeroso en estas zonas de Asia, siendo sin embargo el grupo poblacional más descuidado por los gobiernos.

⁶⁴ AI (1998). *Niños en Asia meridional: sus derechos y el futuro de la región*. Informe. Karachi. Amnistía Internacional es una organización internacional por los derechos humanos fundada en 1961 por el británico Peter Benenson.

A ello hay que sumar que estas regiones se encuentran en la actualidad en un pernicioso y lento proceso de desarrollo en el que la situación económico-financiera y las políticas sociales son de acentuada precariedad lo cual reduce los escasos recursos disponibles y dificulta todavía más la protección de estos menores.

Es por ello preciso que la predisposición de los gobiernos de los estados asiáticos se vea reflejada en la articulación de normas protectoras de carácter social y económico con el objetivo de consolidar los distintos derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño siendo necesaria una reforma y adaptación de la legislación nacional interna con el fin de armonizarla con la normativa internacional, agravar las penas en caso de incumplimiento o no persecución de delitos infantiles por parte de autoridades y funcionarios, así como asegurar la dotación de recursos y provisiones oportunas para sostener el correcto y funcionamiento de los procedimientos judiciales para evitar dilaciones indebidas.

Por último, se ha de tener en cuenta que son muchos los sujetos que participan en el desarrollo de las comunidades desde un plano internacional, esto es haciendo hincapié de manera especial en la responsabilidad de gobiernos, organismos y empresas internacionales en la protección de los derechos de los niños y adolescentes puesto que es su deber contribuir a la defensa de estos derechos ante los gobiernos de estas regiones, mientras que en especial las empresas deberían de ser obligadas a rechazar conductas de explotación infantil laboral o trabajo en circunstancias de peligro o riesgo así como cualquier otra situación de abuso contraria a la normativa internacional.

Según señala un Informe de “Amnistía Internacional”, “La población infantil de Asia meridional representa la cuarta parte de la población infantil mundial, lo que les ocurra a los niños de esta región es importante para el conjunto de los niños”.⁶⁵

⁶⁵ AI (1998). *Niños en Asia meridional: sus derechos y el futuro de la región*. Informe. Karachi.

- d. El autodenominado Estado Islámico: un retroceso primitivo en los derechos de los niños

El autodenominado Estado De Irak y Siria (EI) o Califato Islámico, también ISIS por sus siglas en inglés, conocido en occidente por el nombre de Dáesh (*al-Dawla al-Islamiya al-Iraq al-Sham*) es definido como un grupo terrorista paramilitar fundamentalista yihadista, auto-declarado Estado si bien no reconocido por la comunidad internacional e integrado por radicales fieles a Abu Bakr al-Baghdadi, líder de la organización.

El Estado Islámico se encuentra catalogado por la ONU como organización terrorista, actor de múltiples agresiones sistemáticas a los Derechos Humanos, hasta tal punto que sus crímenes podrían llegar a definirse como de “lesa humanidad” o de carácter genocida.

A día de hoy el EI se encuentra debilitado y al borde de su extinción.

Sin embargo, no son lejanas las atrocidades cometidas por esta organización terrorista.

Más allá de los atentados y matanzas perpetrados en territorio de Occidente, en Siria e Irak las víctimas del EI suman a lo largo de la última década más de ocho millones de personas que habitan el territorio que ha llegado a controlar el EI en Siria e Irak.

La estrategia de guerra y resistencia del grupo EI es la de camuflar a sus combatientes entre la población civil local, de manera que resulte dificultoso plantearles una ofensiva, perjudicando así de manera cruel la vida de los habitantes que residen en territorio bajo la influencia del Califato.

Hacen uso de hospitales y centros educativos en los que fijan sus bases militares, dejando a los más vulnerables, enfermos y niños como diana de las ofensivas realizadas por la coalición internacional contra el EI.

A ello hay que sumar las labores de adoctrinamiento, reclutamiento y entrenamiento militar al que someten por la fuerza a miles de menores soldados.

No obstante, el IS no es pionero en el uso violento de menores, puesto que más de 120.000 niños son sometidos a realizar trabajos forzados o a participar en contiendas activas.

AMNISTÍA INTERNACIONAL señala en su Informe 2017/2018 el registro de alrededor

de 12.500 vejaciones graves contra los niños en un medio de hostilidad máxima y violencia extrema. Al menos 7.000 víctimas menores en territorio sirio y otros 3.000 niños han sido adiestrados para combatir en las milicias yihadistas.

Los más jóvenes de los denominados “cachorros del Califato” apenas cuentan con cuatro años de edad.

Estos niños han sido víctimas de barbaries distintas, como bombas u otras armas explosivas, ataques suicidas, lapidaciones, secuestros, crucifixiones, torturas de diversa índole, abuso y agresión sexuales, matrimonio forzado, privación de servicios básicos de sanidad y educación, explotación, etc.

La táctica del uso de niños es recurrente dado que resulta más efectivo y fácil de implantar en ellos la semilla del radicalismo yihadista debido a su vulnerabilidad, ingenuidad así como facilidad de ser influenciados a través de la enseñanza extremista de la religión islámica en su corriente ‘wahabí’, raíz ideológica del EI.

Este movimiento deformador del islam responde a una literal interpretación de los textos sagrados de las cuales trazan imposiciones de lo más arcaicas y extremistas, llegando incluso a la fijación de falsos dogmas o *hadices*.

Así, una vez que los menores son obligados a abandonar los centros de enseñanza, frecuentan los colegios del ISIS.⁶⁶

Países como Siria en el que la escolarización ascendía hasta casi la totalidad de los niños en edad escolar primaria y alrededor del 70 % de los niños en edad escolar secundaria al inicio de la guerra, en el año 2016 UNICEF señaló que alrededor de tres millones de menores sirios carecían de acceso a la educación más básica.

No obstante, los menores sirios no solo padecen ataques como consecuencia de la contienda, sino que su alta mortalidad se encuentra condicionada por la ausencia y falta de acceso a la atención médica más básica.

En mitad del conflicto sirio y según la OMS en 2015 al menos la mitad de los hospitales y demás centros de salud públicos se encontraban cerrados o en mal funcionamiento debida a la falta de personal, medicamentos o daños en las estructuras de los edificios hospitalarios, mientras la mitad de los médicos ejercientes en Siria han huido del país.

⁶⁶ Rami Abdel Rahman, responsable del Observatorio sirio para los Derechos Humanos en el Reino Unido, declaración para la Agencia de Noticias británica Reuters.

Por otro lado, miles de menores, muchos de ellos huérfanos o abandonados a su suerte, se ven en la necesidad de huir de territorio hostil, convirtiéndose entonces en desplazados o refugiados completamente desamparados fuera de las fronteras de su país de origen.

UNICEF estima que alrededor de siete millones de niños habitan en Siria bajo un umbral de pobreza que impide garantizar sus necesidades básicas.

Hay que tener en cuenta que las secuelas de la guerra no solo producen efectos inmediatos en la vida de los niños, puesto que se trata de auténticos traumas que a largo plazo van a acompañar en su desarrollo psicológico, físico y mental a estos menores, pudiendo ser el caso que haya heridas que ni siquiera el paso del tiempo logre sanar.

Entre las víctimas infantiles, las niñas son las que especialmente padecen violencia de índole sexual, como la esclavitud sexual y el tráfico de venta y compra de menores, asesinatos, secuestros y violaciones, así como matrimonio infantil.

La contienda siria arroja la escalofriante cifra de más de 470.000 muertos hasta la fecha, incluyendo en ella a más de 12.000 niños, y 7,5 millones de desplazados.

Según UNICEF 8,4 millones de niños se encuentran de alguna forma afectados por la guerra dentro o fuera de las fronteras sirias mientras anhelan alcanzar una vida digna en la que sus derechos sean respetados y garantizados.

6. CONCLUSIONES

Una vez concluidos el estudio y la redacción del proyecto de investigación se han de analizar los resultados obtenidos.

Hemos podido comprobar y estudiar el origen de las primeras normas que fueron adoptadas en la defensa de los derechos de los menores durante los inicios del siglo XX, siendo el máximo exponente la vinculante Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Esta motorizó un impulso generalizado en muchos Estados, que a escala nacional y de la Unión Europea actualizaron el catálogo de derechos y libertades de los menores de edad.

Hemos sido testigos de cómo ha evolucionado radicalmente la concepción del menor como ser accesorio y propiedad de sus progenitores a individuo con carácter, opinión y personalidad propios, que debe de ser tenido en cuenta en aquellas decisiones que le afecten de manera directa, de acuerdo a su concreto grado de desarrollo madurativo.

Hemos hallado el fundamento último de protección de los menores, que es el que en última instancia soporta la protección de todo ser humano, esto es, la dignidad de la persona.

Si bien esta cualidad también innata en el menor no se traduce de manera automática en el libre ejercicio de los derechos de los que es titular, puesto que no ostentan suficiente capacidad madurativa

Además hemos profundizado en la comparación de distintos sistemas legales y en como los derechos de los menores son configurados en cada uno de ellos.

De ello extraemos la conclusión de que los sistemas legales occidentales si articulan auténticas garantías, institucionales y legales, como el Defensor del Pueblo, o el principio rector del interés superior del menor cuyo espíritu que debe de guiar la actuación de las autoridades y la adopción de normas por parte de los poderes legislativos.

Esto es posible gracias a la estricta separación entre confesión y Estado, puesto que permite democratizar con objetividad la vida pública dejando al lado doctrinas religiosas. Consecuentemente ha sido posible armonizar y unificar criterios comunes para la adopción de normas en relación con los derechos de los menores y en materia de

cooperación internacional en aquellos conflictos que involucran a menores de edad y que afectan a más de un Estado.

Hemos comprobado que los sistemas legales agrupados en Oriente y los de aquellos países que hunden sus raíces en la confesión islámica se encuentran profundamente influenciados y limitados por valores socioculturales o principios religiosos.

Esta injerencia en la vida pública dificulta el avance normativo en el reconocimiento de derechos para los menores de edad.

No obstante, no es esta la única causa que frena la conquista internacional de los derechos del niño, puesto que en muchas ocasiones se trata de países en vía de desarrollo, por lo que carecen de los medios económicos para la implantación de medidas protectoras y su aseguramiento.

Es por ello que corresponde a los gobiernos de estos Estados solidificar sus normas a nivel interno de acuerdo con las normativas internacionales, así como asegurar el cumplimiento y la dotación de recursos imprescindibles para su correcta aplicación.

Por otro lado, los Estados occidentales, organismos y empresas internacionales están obligados a ejercer mecanismos de presión para fomentar el desarrollo legislativo propicio y las garantías necesarias para asegurar su implantación, aun siendo necesarias para ello la toma de medidas drásticas como interponer sanciones económicas o comerciales con países concretos.

En mi opinión y a modo de ejemplo, los países occidentales no deberían de permitir la comercialización de textiles confeccionados en países donde los menores ven vulnerados sus derechos a través de la explotación laboral infantil, a pesar de la repercusión económica que ello pudiere desencadenar.

Se ha contrastado la especial vulnerabilidad del colectivo de niños y adolescentes, especialmente en lugares en situación de conflicto armado como en Siria, donde el grupo poblacional más inocente es utilizado sin escrúpulos para los fines deshumanizadores de colectivos terroristas (EI).

En cuanto a los derechos fundamentales que el Título I, Capítulo Segundo de la CE destina a la especial protección de niños y adolescentes, dignos de protección de amparo constitucional, hemos analizado en especial los arts. 18 y 27 CE respecto al derecho al

honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como a la educación.

Ello, bajo el marco interpretativo del artículo 39 CE que ordena la protección integral de los menores por parte de las administraciones y los progenitores, así como los principios que recoge la CDN basados en el aseguramiento de la igualdad, no discriminación e interés superior del menor de edad.

El derecho al honor, imagen e intimidad del menor constituyen bienes jurídicos protegidos de carácter indisponibles de manera que operan como límite a otros derechos, como el derecho a la información (STC 134/199 de 15 de julio).

Por otro lado, el derecho a la educación que reconoce nuestra Carta Magna garantiza una protección entorno al derecho a recibir enseñanza pública básica gratuita, sin perjuicio del derecho de los progenitores a dirigir la educación moral y religiosa de sus hijos durante esta etapa.

Hemos analizado como este derecho de los padres no colisiona en la práctica con el derecho a la libertad ideológica de los niños y adolescentes puesto que solo impone la impartición de un modelo educativo concreto, no así de una ideología.

Sin embargo, hemos criticado la falta de apoyo que recibe el menor una vez finalizada la etapa de orientación parental, pues si bien en teoría goza de autonomía en la toma de las decisiones que le afectan en materia de enseñanza, en la práctica resulta extremadamente complejo sino imposible tener la independencia, madurez y capacidad económica que son necesarias para poder desvincularse de la formación impuesta por sus progenitores.

Ello debería de traducirse en la elaboración de mecanismos de respaldo al estatus del menor mayor de 16 años de la mano de ayudas estatales y dotaciones económicas específicas para asegurar el efectivo ejercicio de elección de los jóvenes evitando así la dilación de posibles procedimientos judiciales o administrativos.

Hemos comprobado la garantía institucional que el Defensor del Pueblo y el Defensor del Menor, como figuras independientes, representan.

El Defensor del Menor está legitimado para interponer recursos de amparo y para interceder por el menor ante las Administraciones Públicas a través de recomendaciones y sugerencias. Tal y como hemos verificado, sus funciones son especialmente relevantes en el área de la educación.

Finalmente hemos realizado un profundo análisis de aquellas situaciones donde se

encuentran en conflicto varios derechos fundamentales , siendo uno de ellos el de protección a la infancia y a la juventud.

Así, de la mano de un caso real, hemos visto como el límite del artículo 20.4 CE de protección a los menores frente a la libertad de expresión no opera correctamente en el plano práctico, puesto que el interés superior del menor no adquiere prioridad en la concurrencia de ambos derechos.

Así, señalamos un punto de debilidad en el ejercicio de este derecho de protección del menor de previsión constitucional, puesto que no se le concede la importancia que merece, quedando relegada su efectividad a un reconocimiento posterior a la materialización de la lesión de los derechos de los menores en aras al ejercicio de esa libertad de expresión.

Por lo que más que un límite opera a modo de sanción procesal para aquel que vulnera derechos de los menores de edad.

Ello es consecuencia de una tendencia de excesiva protección del derecho de libertad de expresión en nuestro país, fruto de la represión vivida durante la dictadura franquista.

Resulta por lo tanto de imperiosa necesidad la articulación de una norma de rango legal que configure la previa revisión del contenido protegido por el derecho de la libertad de expresión, especialmente cuando este se encuentre dirigido a la visualización, lectura, estudio o audición de menores de edad.

Su efectividad sería posible a través de la configuración de un equipo o comité independiente integrado por expertos en materia de protección de menores como lo son psicólogos y juristas, que pudiesen discernir al margen de intereses políticos o partidistas si el contenido audiovisual es apto para menores de edad.

Confiamos en que el legislador pueda ir perfeccionando los mecanismos oportunos para salvaguardar los derechos fundamentales de protección del artículo 20.4 CE, puesto que contamos con los medios institucionales y las herramientas legales adecuados, de manera que la protección a los menores de edad sea realmente efectiva y no solo una teoría declarativa sin verdadera aplicación práctica.

7. BIBLIOGRAFÍA

DOCUMENTACIÓN

ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I.

(1994) *La protección de los derechos del niño (en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español)*, Madrid. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas.

BARTOLOMÉ TUTOR, A.

(2014) *Fundamento constitucional del artículo 162.2.1º del código civil. vinculación del artículo 162.2.1º del código civil con el interés superior del menor y los valores superiores de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad*. El reconocimiento de los menores de edad de capacidad de obrar progresiva en los actos relativos a los derechos de la personalidad. Con especial referencia al papel de los responsables parentales. Tesis Doctoral. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.

DE LA ROSA CORTINA, J.M.

(2016) *Honor, Intimidad y Propia Imagen de menores: diez años de la Instrucción 2/2006*. Centro de Estudios Jurídicos.

DE LAMA AYMÁ, A.

(2006) *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Tirant Lo Blanch.

DE OTTO y MARTIN-RETORTILLO

(1988) *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas.

GUINEA FERNÁNDEZ, D.

(2013) *Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid*. El honor del menor. Informes del Defensor del Menor.

LÁZARO GONZÁLEZ, I. E.

(2011) *Protección de la infancia vs. El niño, sujeto de derechos*” Monográfico “Los menores en España; Las víctimas más vulnerables. Crítica N°976.

LEY 5/1996, de 8 de julio, del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid (BOCM 16 de agosto de 1996)

LOZANO, M.L.

(2014, 20 de marzo). La degradación de los derechos del art. 18 de la CE. *Noticias Jurídicas*. Obtenido el 13/01/2019 de <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4879-la-degradacion-de-los-derechos-del-art-18-de-la-ce/>.

MACÍAS CASTILLO, A.

(2008) *El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen*. Diario La Ley, Sección Doctrina, Número 6911-6913.

MUÑOZ MACHADO, S.

(2011) *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*.

Tomo IV: Iustel.

NÚÑEZ RIVERO y ALONSO CARVAJAL

(2011) *La protección del menor desde un enfoque del derecho constitucional*.

Departamento de Derecho Político, UNED, Revista de Derecho UNED, nº9.

NÚÑEZ ZORRILLA, C.

(2016) *El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*.

Persona y Derecho, Vol. 73/2015/2, Universidad Autónoma de Barcelona.

OCÓN DOMINGO, J.

(2016) *Normativa Internacional de protección de la infancia*. Cuadernos de Trabajo Social, Vol. 19.

REIS MONTEIRO, A.

(2008) *La revolución de los derechos del niño*. Editorial Popular

RIBES SURIOL, A.I.

El Derecho de los padres a la formación religiosa y moral de sus hijos: sentido y alcance.

Universitat de Valencia. Obtenido el 01/04/2019 de <https://www.uv.es/revista-dret/archivo/num1/pdf/anaribes.pdf>

RUIZ DE HUIDOBRO, J.M.

(2016) *La capacidad de obrar de los menores en C. Martínez García, (coord.), Tratado del Menor. La protección jurídica de la infancia y la adolescencia*. Madrid: Aranzadi.

SERNA BERMÚDEZ, P.

(1999) *Dignidad de la persona: un estudio jurisprudencial*. Persona y Derecho 41. Universidad de Navarra.

SOMERVILLE, L.H.

(2016) *Searching for Signatures of Brain Maturity: What Are We Searching For*. Neuron 13448, Volume 92, Issue 6.

LEGISLACIÓN

CARTA EUROPEA DE DERECHOS DEL NIÑO

DOCE nº C 241, de 21 de septiembre de 1992.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

de 31 de octubre de 1978.

(BOE 29 de diciembre de 1978)

INSTRUCCIÓN 2/2006

de 15 de marzo de 2006, sobre el fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores.

LO 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo
(BOE 7 de mayo de 1981)

LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen
(BOE 14 de mayo de 1982)

LO 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor
(BOE 17 de enero de 1996)

Ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico
(BOE 12 de julio de 2002)

Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual
(BOE 1 de abril de 2010)

NACIONES

UNIDAS

(1924) *Declaración sobre los Derechos del Niño*, de 24 de septiembre.

(1989) Convención sobre los derechos del Niño, resolución 44/25 de 20 de noviembre.

JURISPRUDENCIA

STC 172/1990 de 12 de noviembre

STC 57/1994, de 28 de febrero

STC 180/1999, de 11 de octubre

STC 132/1999 de 15 de julio

STC 81/2001, de 26 de marzo

STS de 6 de diciembre de 1912

OTRAS FUENTES

AMNISTÍA INTERNACIONAL

(1998) *Niños en Asia meridional: sus derechos y el futuro de la región*.

Informe 22 de abril de 1998. Karachi. Obtenida el 22 de Febrero de 2019 de <https://www.amnesty.org/download/Documents/152000/asa040121998es.pdf>

BBC NEWS

(2017) *Educados para el terror: los adolescentes adoctrinados y entrenados por Estado Islámico para cometer atentados en Europa*

Artículo de prensa de 29/08/2017.

Obtenido el 15/03/2019 en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-40990781>

BIENESTAR Y PROTECCIÓN INFANTIL

Visitado el 02/02/2019 en <http://www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes>

DEFENSOR DEL PUEBLO

El Defensor y los derechos de los niños y adolescentes. Obtenida el 05/04/19 en

<https://www.defensordelpueblo.es/infancia/>

<https://www.defensordelpueblo.es/grupo-social/menores/>

(2017) *Los niños y adolescentes en el informe anual del Defensor del Pueblo 2016*. Madrid

Obtenida el 05/04/19 en

[https://www.defensordelpueblo.es/wp-](https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2017/06/Separata_Menores_INFORME_2016.pdf)

[content/uploads/2017/06/Separata_Menores_INFORME_2016.pdf](https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2017/06/Separata_Menores_INFORME_2016.pdf)

DERECHOS DE LA INFANCIA

Visitado el 02/02/19 en <http://www.derechosdelainfancia.es/historia/>

LOZANO GAGO, M.L.

(2014) *La degradación de los derechos del art. 18 CE*. Artículo doctrinal de 20/03/2014.

Obtenida el 01/02/2019 de <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4879-la-degradacion-de-los-derechos-del-art-18-de-la-ce/>

OIJJ

(2013) *El derecho de las niñas a decir no al matrimonio: Trabajando para terminar con el matrimonio infantil y mantener a las niñas en la escuela*. Informe Mundial 19 de julio de 3013. Obtenida el 10/02/2019 de

<https://www.oijj.org/es/news/justicia-juvenil-en-el-mundo/el-derecho-de-las-ninas-a-decir-no-al-matrimonio-trabajando-para-t>