

EL DERECHO ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO

En homenaje al Profesor Dr. Gustavo Suárez Pertierra

Coordinadores

DIONISIO LLAMAZARES FERNÁNDEZ
JOSÉ M^a CONTRERAS MAZARÍO
OSCAR CELADOR ANGÓN
M^a CRUZ LLAMAZARES CALZADILLA
ALMUDENA RODRÍGUEZ MOYA
FERNANDO AMERIGO CUERVO-ARANGO

tirant lo blanch

Valencia, 2021

Copyright © 2021

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Dionisio Llamazares Fernández
José M^a Contreras Mazarío
Oscar Celador Angón
M^a Cruz Llamazares Calzadilla
Almudena Rodríguez Moya
Fernando Amerigo Cuervo-Arango

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: V-3382-2021
ISBN: 978-84-1113-285-5
ISBN CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES: 978-84-259-1917-6
NIPO: 091-21-063-4
MAQUETA: Disset Ediciones

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>

LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA DEL MENOR DE EDAD EN SU ESFERA PERSONAL POR PARTE DEL PODER PÚBLICO EN LOS ÁMBITOS IDEOLÓGICO Y CONFESIONAL: ESTUDIO JURISPRUDENCIAL

FERNANDO SANTAMARÍA LAMBÁS
Universidad de Valladolid

SUMARIO: 1.- El poder público ante el derecho de libertad de conciencia del menor en su esfera personal. 2.- La libertad de conciencia del menor como derecho fundamental y el papel del Estado como garante del mismo. 2.1. Actos ideológicos y/o religiosos de conciencia *strictu sensu* realizados por padres o tutores sobre la conciencia del menor asumiendo compromisos de conciencia. 2.2. Jurisprudencia sobre esos actos ideológicos y/o religiosos de conciencia *strictu sensu* realizados por padres o tutores sobre la conciencia del menor asumiendo compromisos de conciencia. 2.3. Jurisprudencia respecto a algunas de las situaciones que inciden sobre las etapas configuradoras del derecho de libertad de conciencia en la esfera personal. 2.3.1. Discriminación por la menor edad. 2.3.2. Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2.3.3. Integridad físico-sexual y libertad sexual del menor. 3.- Conclusiones.

1. EL PODER PÚBLICO ANTE EL DERECHO DE LIBERTAD DE CONCIENCIA DEL MENOR EN SU ESFERA PERSONAL

Los derechos fundamentales se presentan en las Constituciones en general y, en concreto en la española de 1978 con una protección reforzada. Junto a ellos están los deberes fundamentales que tienen tantos ciudadanos como gobernantes. De modo que los ciudadanos aceptan que el poder democrático proteja sus derechos y, por ello, todos los operadores jurídicos que actúan en el Estado deben participar en la promoción, protección y garantía de los derechos ciudadanos¹. Pero en ocasiones, nos encontramos con situaciones en las que el poder conculca los derechos fundamentales de los ciudadanos y es necesario que éstos puedan defenderse del abuso del poder político. Nos interesa destacar en este trabajo que papel debe jugar el poder público, a través de los operadores

¹ Vid. en este sentido PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Los deberes fundamentales», en *Doxa*, nº 4, 1987, 14 pp. Recuperado de: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10915/1/Doxa4_19.pdf (última visita 10-I-2020).

jurídicos por medio de los cuales actúa (legisladores, jueces y fiscales, etc.), ya que es deber del mismo, como hemos señalado *supra*, promocionar, proteger y garantizar los derechos fundamentales. Cuando la colisión de derechos fundamentales se produce entre particulares, la teoría horizontal de los derechos fundamentales afirma también la protección jurídica reforzada de los mismos. Si estamos ante menores de edad, sin duda esos operadores deben actuar, así el Ministerio Fiscal que sin duda juega un papel clave cuando se trata de menores de edad, los jueces y Tribunales, las diferentes Administraciones públicas, etc. Cuando esa protección del poder público de los derechos fundamentales del menor se debe realizar frente a quienes tienen la patria potestad² y la guarda y custodia de los menores, ya sean padres o tutores, no estamos poniendo en duda que es mucho mejor que sean los padres y no el Estado quien se encargue de educar al hijo en libertad y para la libertad; pero si esto conduce a una lesión de los derechos fundamentales del menor³, hay que actuar en defensa de su interés y por ello, el papel del poder público se debe poner de manifiesto en esa defensa a través de los operadores señalados entre otros. Ahora bien, el Derecho no puede quedar excluido pues el menor también está presente en la sociedad y va a tener que participar de la misma⁴.

2. LA LIBERTAD DE CONCIENCIA DEL MENOR COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y EL PAPEL DEL ESTADO COMO GARANTE DEL MISMO

Nuestra Constitución contiene preceptos⁵ que en su conjunto protegen al menor que es titular de todos los derechos fundamentales⁶, de los cuales, hay dos que ocupan una posición preponderante, uno, el derecho a la vida (art.15 CE), sin el cual no caben los demás derechos; y otro, el derecho de libertad de conciencia, concebido doctrinalmente por mi maestro, el profesor LLAMAZARES FERNÁNDEZ⁷ y que, en expresión del TC está implícitamente

² Vid. ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor. El interés del menor a la libre formación de la conciencia*, Tecnos, Madrid, 2006, 151 pp.

³ Vid. sobre derechos fundamentales del menor ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid 2003, 348 pp.

⁴ Vid. en este sentido PUENTE ALCUBILLA, V., *Minoría de edad, Religión y Derecho*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pp.245-246. ALÁEZ CORRAL, B., *op. cit.*, nota 3, p.2.

⁵ Unos directamente, (artículos 12, 48, 20.4, 39.4), y, otros, que por referirse a "todos", incluyen también a los menores, cobrando especial importancia los artículos 9.2, 10 y 14 CE.

⁶ En este sentido vid. FJ 5 STC 141/2000 de 29 de mayo y FJ 9 STC 154/2002 de 18 de julio.

⁷ Vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia. I, Conciencia, tolerancia y laicidad*, 4ª ed. reelaborada y puesta al día. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2011, pp.15-40. *Ibid.*, «Conciencia y Derecho», en *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, N°18, 2018, tirant lo Blanch, pp.19-43.

reconocido junto con la libertad de pensamiento en el art.16.1 CE; derecho sin el cual, la persona queda muerta en vida, como se percibe si nos detenemos en la definición de LLAMAZARES FERNÁNDEZ, como derecho subjetivo individual que protege una serie de facultades⁸: El menor es titular de los derechos fundamentales⁹, y dentro de éstos de los denominados derechos personalísimos¹⁰ y, entendemos que tiene en el ejercicio del principio de autonomía, capacidad para actuar por sí mismo. Aunque también es titular de los derechos patrimoniales, en relación con ellos, tiene una capacidad de actuación limitada.

El menor ejercita su libertad de conciencia en dos ámbitos, el privado y el público. En el privado, sobre todo se da en su actuación dentro del ámbito familiar¹¹ y, en el público, sobre todo en el ámbito escolar¹². En el ámbito privado, su vida se desarrolla en la familia, especialmente cuanto el niño tiene menor edad, produciéndose en la adolescencia un incremento de la vida privada del menor en ámbitos ajenos al familiar.

Dentro de la etapa de menor edad, si falta madurez, o ejercen el derecho los padres o tutores por el menor¹³ o lo ejerce el menor y, si el menor tiene madurez suficiente la cuestión cambia, ya que el papel de los padres queda aminorado, pues la madurez del menor, le otorga una mayor capacidad para ejercitar la titularidad de los derechos de la personalidad que ostenta, como veremos a continuación al contemplar el derecho del menor a actuar conforme a las propias convicciones.

Nos detenemos en el supuesto de falta la madurez del menor, que hemos dicho *supra* que o ejercen el derecho los padres o tutores o lo ejerce el menor.

⁸ Derecho a la libre formación de la conciencia para poder tener unas u otras convicciones; Derecho a poder manifestar o silenciar esas creencias y Derecho a actuar conforme a las mismas.

⁹ En este sentido vid. FJ 5 STC 141/2000 de 29 de mayo y FJ 9 STC 154/2002 de 18 de julio.

¹⁰ La distinción tradicional entre capacidad jurídica y capacidad de obrar que se ha venido utilizando en relación con los derechos, afectaba claramente al ejercicio de los derechos de los menores de edad y debe quedar circunscrita a los derechos patrimoniales. Junto con buena parte de la doctrina entendemos no aplicable esa dicotomía a los derechos de la personalidad y por ello, al derecho de libertad de conciencia.

¹¹ Vid. PUENTE ALCUBILLA, V., *loc. cit.*, pp.245 y ss., nota 4.

¹² Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, S., «El derecho del menor a ser educado conforme a su propia conciencia según los estándares del TEDH», *UNED. Revista de Derecho Político*, N.º 95, enero-abril 2016, pp. 147-188.

¹³ Entendemos que no es adecuado, puesto que es un derecho personalísimo, que no admite su ejercicio por un tercero, salvo que expresamente se establezca, como ocurre con el art.27.3CE, derecho que queda circunscrito sólo a eso, por ello, nadie puede pretender extenderlo más allá, cuestión ésta del alcance de este derecho que suscita debate doctrinal y además cuando se habla de un derecho de los padres, va ínsitamente unido el carácter "funcional" del mismo, en función de la tutela de interés del menor, de sus derechos. Vid. PUENTE ALCUBILLA, V., *op. cit.*, pp.276-278, nota 4, p.3.

Si entendemos que esa libre formación de la conciencia¹⁴ debe ser “en libertad y para la libertad”, la actuación de los adultos –padres o tutores- debe tener unos límites¹⁵ claros a priori. En base a lo dicho hasta ahora consideramos que los padres no deben tomar ciertas decisiones de conciencia¹⁶ respecto al menor.

Por tanto, la labor paterna como acompañante de la educación de su hijo, para educar “en libertad y para la libertad”, tendría que exigir un a priori, y es que la formación de los padres, sea lo suficientemente abierta y tolerante que admitan que su hijo, es un ser distinto a ellos y que su labor como padres es de acompañamiento, no de hacer a sus hijos a imagen y semejanza suya. Como esto es algo que no está garantizado, la cuestión es si en estos casos, no tiene el Estado una obligación de defensa de los derechos fundamentales del menor, frente a quienes mantenga una actitud lesiva de la educación en libertad y para la libertad. ¿Supondría esto una injerencia estatal o la otra forma de verlo es que se estaría protegiendo la libertad de conciencia del menor? He tenido la ocasión de escuchar a padres decir “que quieren que sus hijos sean felices, pero dentro de un orden”, es decir, de la programación de la mente paterna que a su vez fue previamente programada y así sucesivamente retrocediendo en el tiempo. La felicidad, entendida, no como una meta, sino como ejercicio en el camino de la vida, exige que los padres no pretendan que los hijos sean felices al modo de entender de aquéllos, sino al modo de los propios hijos.

Vamos a fijarnos, siguiendo a la jurisprudencia, en cada una de esas etapas del concepto libertad de conciencia, atendiendo a las peculiaridades por razón

¹⁴ FERNÁNDEZ-CORONADO, A. y PÉREZ ÁLVAREZ, S.: «La libre formación de la conciencia del menor a través de Internet», en PÉREZ ÁLVAREZ, S., BURGUERA AMEAVE, L. y PAUL LARRAÑAGA, K. (dirs.), *Menores e internet*, Aranzadi, Navarra, 2013.

¹⁵ Esos límites son: 1) que el titular del derecho es el menor y no los padres o tutores; 2) que los padres no tienen un derecho, sino una función supletoria, pues el menor no puede ejercer ese derecho; 3) que los padres, en interés del menor, deben procurar una libre formación de la conciencia “en libertad y para la libertad”, ya que el menor es titular del derecho a la libre formación de la conciencia en libertad y para la libertad, lo que conlleva que las actuaciones paternales no se dirijan a adoctrinar.

¹⁶ No deben tomar las padres decisiones de conciencia por el menor que le vayan a implicar vitalmente, como en tratamientos sanitarios vitales, como impedir una transfusión de sangre que pondría en peligro la vida del menor, negarle un tratamiento médico. Ni deben dejar que sea un tercero quién dirija esa formación de la conciencia del menor “en libertad y para la libertad”, por ejemplo: Imbuir o hacer que terceros imbuyan a su hijo convicciones o creencias confesionales o ideológicas en claro adoctrinamiento. Obligarle a asistir a actos confesionales o ideológicos. Decidir los padres sobre su integridad física o moral (caso de circuncisión no por razones médicas, sino por creencias de los padres, realización de tatuajes en el menor), que están íntimamente conectadas con decisiones sobre su integridad física y/o sexual, que se conecta con la intención de determinar o condicionar su sexualidad y educación sexual por convicciones de los padres. Intromisión en su honor, intimidad y propia imagen, con especial referencia en los últimos tiempos al “*sharenting*”.

de la menor edad del titular del derecho de libertad de conciencia, que, de no tener ese derecho, no podría ser persona en plenitud.

Cuando el menor quiere ejercitar su derecho de libertad de conciencia se puede encontrar con una resistencia, mayor o menor, de los padres o, en su caso de quienes tengan la patria potestad, que pueden tener un sentido de la vida diferente de la de los hijos o tutelados. Sin duda, el cambio en la concepción de la patria potestad, unido al reconocimiento de la titularidad plena del menor del derecho de libertad de conciencia y el reconocimiento del ejercicio de dicho derecho por el propio menor en función de su madurez, ha influido para que la realidad del menor en el ámbito familiar le permita tener espacios de libertad, frente a la concepción tradicional de la patria potestad, en la que los padres decidían sobre los hijos en cuestiones de conciencia, con una visión paternalista y tutelar. A pesar de ese cambio producido, es una realidad que, todavía se presentan conflictos dentro del ámbito familiar sobre decisiones de conciencia que competen exclusivamente al menor y que en muchos casos siguen tomándose por los padres. Es cierto, que hay muchos casos en los que el menor no muestra oposición, incluso manifiesta encontrarse cómodo con la decisión paterna, pero también lo es, que hay otros casos en los que el menor no coincide con la decisión de los padres y se opone a ello, produciéndose en ocasiones lesiones del derecho del menor a la libertad de conciencia que en muchos casos llegan a los tribunales.

En el ámbito público, el menor pasa la mayor parte de su tiempo en el centro escolar y cuando ya es adolescente con sus amigos, por lo que comienza a tomar decisiones personales por sí mismo. Por ello, el derecho a la educación cobra especial importancia y, es precisamente en el ámbito escolar donde se mezclan tanto los sujetos (padres-hijos), como los lugares (ámbito familiar-ámbito escolar) en las tomas decisiones sobre aspectos personalísimos del menor que tienen en la CE reflejo en los arts. 16 y 27 CE.

2.1. Actos ideológicos y/o religiosos de conciencia strictu sensu realizados por padres o tutores sobre la conciencia del menor asumiendo compromisos de conciencia

En España hasta 1978, el Estado confesional católico anterior atribuía eficacia civil a actos confesionales, no por respeto a la libertad religiosa, que no la había, sino por coherencia con el sistema confesional del Estado. Esa atribución de eficacia civil en el estado laico cuando tiene lugar, es por diferente motivo, siendo en ocasiones necesaria para respetar el derecho fundamental de libertad religiosa de los ciudadanos.

En el estado confesional se mantenía un concepto de patria potestad tradicional en el que las decisiones sobre los hijos las tomaban los padres o tutores, desde una posición de *imperium* sobre los hijos, también sobre actos de

conciencia *strictu sensu* de los menores. En el estado laico eso ha continuado realizándose de ese modo, quizá por tradición, tal vez, porque es complejo el cambio, pero el concepto de patria potestad se modifica, dejando los padres o tutores esa posición dominante y ocupando un lugar de acompañamiento a sus hijos.

Hemos defendido *supra*, que la educación del menor debe estar en manos de los padres o tutores que deben trasladarle valores, pues no hay peor educación que la educación sin valores, dejando al menor al albur de cualquiera, ya sea poder público, medios de información, terceros en general. Pero a la vez que la educación en valores particulares del art.27.3 CE, existen los valores constitucionales del art.27.2 CE¹⁷, por eso defendemos el estudio de esos valores en las etapas educativas, ya sea de modo transversal en el currículo o por medio de una asignatura concreta.

Además de la transmisión de valores que ya hemos considerado necesaria, hay otros aspectos en la vida del menor, en los que habitualmente, los padres, tanto en el estado confesional católico, como actualmente en el estado laico, hemos tomado decisiones que afectan *strictu sensu* a la conciencia de nuestros hijos, hasta el extremo de asumir compromisos de conciencia en nombre de la conciencia de nuestros hijos y sobre la conciencia de los mismos. Es decir, tomamos decisiones de conciencia, sobre la conciencia de nuestros hijos. Lo hacemos, sin duda, con la mejor intención. Ningún cristiano, por ejemplo, puede pensar que no está bien bautizar a su hijo, sino todo lo contrario y así podríamos poner otros ejemplos, como la pertenencia a un partido político, etc. Pero no se trata sólo de que los padres creamos que hacemos bien para nuestros hijos, sino de situarnos como conciencia diferente a la de ellos y asimilar que la decisión de conciencia debe ser de la conciencia sobre la que recae el compromiso.

Una diferencia clave respecto al estado confesional es que esos actos confesionales, con carácter general, no tienen repercusión en el ámbito civil y, si la tienen, ya hemos señalado *supra* por qué. Así hoy, una persona bautizada no se ve obligada a contraer matrimonio canónico, como sí ocurría antes de 1978 en España.

Pero esa menor gravedad, respecto a las futuras decisiones de conciencia del menor, de la ausencia de eficacia civil de actos confesional *strictu sensu*, es decir, el ser bautizado o no, no influye en la vida civil¹⁸ al no tener repercusión respecto a la legislación secular. Ello, no debe impedir que hagamos un plan-

¹⁷ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., «Principios informadores del sistema educativo español», en *Educación como transmisión de valores*, en CASTRO JOVER, A. (coord.), The International Institute for the Sociology of Law, 995, pp.26-78.

¹⁸ Vid. AJII núm. 1 de Moncada (Provincia de Valencia), de 21-VI-2017 en el que se dice que: "el hecho de que la niña esté bautizada no resulta especialmente relevante, pues en nuestro

teamiento al menos teórico, de si no sería más coherente con lo que implican las decisiones de conciencia, posponer esos actos ideológicos y/o religiosos a un momento posterior en la vida del menor, donde la asunción de obligaciones en conciencia, sean ya realizadas por la propia persona, cuya conciencia se ve afectada por las mismas, en un momento posterior alcanzada la mayoría de edad, o al menos la madurez en la menor edad.

Como conclusión diferenciamos dos momentos: uno, la educación en valores y dos, los actos de conciencia *strictu sensu* donde se adquieren compromisos de conciencia. Respecto a la educación en valores defendemos la educación en valores particulares por los padres o tutores y públicos como ciudadanos de la sociedad. Respecto al segundo momento, actos de conciencia *strictu sensu*, planteamos un ejercicio de reflexión sobre el estado de la cuestión en el sentido señalado.

2.2. Jurisprudencia sobre esos actos ideológicos y/o religiosos de conciencia *strictu sensu* realizados por padres o tutores sobre la conciencia del menor asumiendo compromisos de conciencia

La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre aspectos relacionados con estos actos realizados en nombre del sujeto de conciencia. Nos vamos a detener en algunos de ellos.

A) El bautismo: Distinguimos entre la protección de datos del menor y 2) Los conflictos de padres o tutores sobre la decisión de bautizar al hijo. 1) Protección de datos del menor: Los aspectos sometidos a la resolución de los tribunales de justicia han versado sobre la protección de datos y su tratamiento, sobre los libros de bautismo y si se los puede considerar o no fichero y la declaración de apostasía, entre otros. Se han presentado números recursos ante la Audiencia Nacional en materia de protección de datos sobre el bautismo, la cancelación registral¹⁹ y la declaración de apostasía. Percibimos dos líneas doctrinales diferentes: una, desde 2007²⁰ a 2008²¹; y otra, desde

contexto cultural se trata de una tradición social y ello no implica necesariamente una apuesta de futuro por una formación de tipo religioso o de carácter público".

¹⁹ Vid. PELAYO OLMEDO, J.D., «La adscripción religiosa como dato especialmente protegido. El caso del registro bautismal en España», en *Revista de derecho político*, N°94, 2015, pp.143-182.

²⁰ Vid. SAN (Sala C-A, Sección 1ª) de 10-X-2007. Vid. AJII núm. 1 de Moncada (Provincia de Valencia), de 21-VI-2017 en el que se dice que: "el hecho de que la niña esté bautizada no resulta especialmente relevante, pues en nuestro contexto cultural se trata de una tradición social y ello no implica necesariamente una apuesta de futuro por una formación de tipo religioso o de carácter público".

²¹ Destacamos el cambio que se establece con la STS (Sala C-A, Sección 6ª) de 19-IX-2008 que no considera ficheros a los libros de Bautismo, como señala el FJ 4.

2011²². Recientemente la AN²³ se pronuncia sobre un caso de una persona que entiende ha habido vulneración de sus derechos fundamentales y libertades públicas al denegarse su derecho a ejercer la oposición respecto de los datos de carácter personal²⁴ obrantes en los archivos de la Iglesia Católica y a que éstos sean cancelados²⁵. 2) Conflictos de padres o tutores sobre la decisión de bautizar al hijo: Nos referimos a un caso de conflicto de los padres sobre la decisión de bautizar al hijo, estando ambos divorciados, en la que los tribunales toman la decisión de que el padre o la madre, como sucede en este supuesto²⁶, tomen la decisión de realizar o no el bautismo, acto personalísimo de conciencia del menor. La cuestión que planteamos va más allá de los conflictos paternos por la toma de la decisión, de modo que sea la conciencia del menor, quien, habiendo recibido una educación en valores particulares y públicos, tome esa decisión de asumir compromisos que recaen sobre su conciencia a partir de una edad de en la que haya alcanzado suficiente madurez para asumir compromisos desde su conciencia.

B) La primera comunión: Distinguimos entre la protección de datos del menor y la decisión de conciencia sobre acto de asunción de compromiso confesional, tomada por los padres sobre la conciencia del menor. 1) Protección de datos de menor: El caso que nos ocupa es de unos menores, que van a celebrar su primera comunión, y reciben cartas publicitarias en las que se les ofrecen regalos por tal motivo, habiendo obtenido la entidad que las envía sus datos de los tabloneros de anuncios de la Iglesia, sin que hubiesen

²² Vid. STS (Sala C-A, Sección 6ª) de 10-XI-2011.

²³ Vid. SAN (Sala C-A) de 26 de octubre de 2018.

²⁴ Vid. PELAYO OLMEDO, J.D., «Retos y desafíos en la protección de datos personales que revelan las convicciones religiosas. propuestas en un nuevo marco jurídico», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, N° 35, 2019, pp.269-350.

²⁵ Vid. SAN (Sala C-A, Sección 1ª) de 18-XII-2009. El TS se ha pronunciado sobre el carácter de fichero de los Libros de Bautismos y sobre la aplicación de la LOPD a los mismos en diversas sentencias, siendo la primera de ellas la STS (Sala C-A, Sección 6ª) de 19-IX-2008.

²⁶ Caso de discrepancias entre el padre y la madre sobre la procedencia de bautizar o no al menor y que reciba o no educación religiosa. La primera instancia (SJPI n°5 Pontevedra) se pronuncia a favor de la madre. Ante los recursos de apelación presentados por padre y madre, la SAP Pontevedra (Sección 1ª) 304/2018 de 20-IX-2008 considera que en el caso concreto es la madre la que debe decidir sobre la procedencia del bautismo del hijo menor y sobre su educación religiosa. Por ello, se atribuye a la conciencia de la madre, la decisión sobre los valores particulares para educar a su hijo, así como sobre la toma de decisión de un acto de asunción de compromiso por parte de la conciencia del hijo, cuya decisión va a tomar la conciencia de la madre. En su momento los padres decidieron en el proyecto inicial de vida, no bautizar al menor y que no recibiese educación religiosa, permitiendo a la madre la elección de centro escolar. Y la AP de Pontevedra decide atribuir a la madre la facultad de decidir la procedencia del bautismo del hijo menor y de su educación religiosa en la fe católica. Nos surge una pregunta, ¿si se trata de una confesión religiosa diferente de la católica, el fallo hubiese sido en el mismo sentido?

pasado a formar parte de ningún fichero²⁷. 2) Decisión de conciencia sobre acto de asunción de compromiso confesional, tomada por los padres sobre la conciencia del menor: Hay un caso en el TEDH contra España (Caso Rupperecht contra España) en el que se muestra la discrepancia de los padres sobre las decisiones de conciencia de su hija²⁸. En la jurisdicción española encontramos el caso de una menor que desea hacer la primera comunión con sus compañeros que llegó ante el Juzgado de Primera Instancia n° 1 de Logroño, que dictó auto en procedimiento de Jurisdicción voluntaria n° 900/2018, en cuya parte dispositiva se disponía: “Se concede autorización judicial para el comienzo de la catequesis para el próximo curso 2018/2019 de la menor Violeta”. Se presenta recurso de apelación y por AAP de La Rioja (Sección 1ª) 82/2019 de 17 de mayo se desestima el mismo confirmando la primera resolución.

C) El menor ante asociaciones ideológicas y confesionales: Los casos de menores ante las asociaciones se centran en una serie de cuestiones: intromisión ilegítima en la propia imagen, el derecho de asociación con carácter general²⁹, sobre la adquisición de deberes y obligaciones por su afiliación política³⁰, sobre la pertenencia de un menor a un grupo ideológico o confesional. Defendemos la titularidad de los derechos del derecho del menor, en este caso del derecho de asociación, pero lo que ponemos en tela de juicio es que el menor pueda adquirir obligaciones derivadas de tal hecho. Por eso, defendemos la titularidad del derecho, pero con arreglo a la distinción señalada *supra*, entre educar en valores y actos de compromiso de conciencia. Creemos que hay que estar atentos a los compromisos que puede adquirir un menor en las asociaciones con carácter general y en especial en las ideológicas y religiosas, ya que es la conciencia del menor la que va a asumir obligaciones, por ello, al menos si se trata de un menor debe tener madurez suficiente para asumir compromisos de conciencia.

²⁷ Vid. SAN (Sala C-A, Sección 1ª) de 12-V-2004.

²⁸ Vid. STEDH (Sección 3ª), de 19-II-2013 (Caso Rupperecht contra España), donde se muestra la discrepancia de los padres sobre las decisiones de conciencia de su hija. Considero que el padre debería haber argumentado ante la jurisdicción española que la decisión afecta a la libertad de conciencia de la menor, al tomar la madre una decisión que asume un compromiso sobre la conciencia su hija menor y que es decidido por la conciencia de la madre.

²⁹ En España el art.22 CE de 1978 y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, en su art.7 se reconoce el Derecho de participación, asociación y reunión de los menores.

³⁰ Vid. LEONI, F., «Naturaleza jurídica del partido político en Italia», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* Núm. 62. Octubre-Diciembre 1988, p.133, respecto al Derecho italiano: “la inscripción a un partido político de un menor crea derechos y obligaciones.

2.3. *Jurisprudencia respecto a algunas de las situaciones que inciden sobre las etapas configuradoras del derecho de libertad de conciencia en la esfera personal*

2.3.1. Discriminación por la menor edad

Hay una serie de aspectos a tener en cuenta: 1) Discriminación por razón de la minoría de edad en materia de empleo³¹. La Directiva 2000/78, de 2 de diciembre³², en aplicación del art. 13 del Tratado de la Unión Europea, insiste en esta orientación al incluir la edad en el repertorio de motivos prohibidos para establecer diferencias en el empleo y la ocupación. La Directiva no es tan exigente, como en relación con otros motivos de discriminación prohibida tipo la nacionalidad o el sexo, al permitir más fácilmente diferencias de trato basadas en la edad, si así se deriva de las características o requerimientos profesionales del puesto de trabajo. El art. 6 de la citada Directiva contempla, a pesar de lo dispuesto en el art. 2.2, la justificación de diferencias de trato por motivos de edad y advierte que los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios. El art. 17 ET, contiene de forma expresa, esa prohibición de discriminación por razón de edad. Los tribunales se han pronunciado. Veamos algunas sentencias de los distintos tribunales en materia laboral. Varias sentencias del TJUE³³ se pronuncian sobre la normativa nacional de varios países de la UE en materia de discriminación laboral por razón de edad. El TC³⁴ también se ha pronunciado, reconociendo la capacidad del menor para contratar y aportamos algunas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia³⁵. 2) Discriminación por razón de la minoría de edad en materia de prisión preventiva³⁶. 3) Discriminación por razón de la minoría de edad en materia de privación de derechos a menores vinculados al estatuto de

³¹ Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S., «La discriminación por razón de edad», en *Temas Laborales*, Nº59//01, pp.93-134.

³² «DOCE» núm.303, de 2-XII-2000, pp.16-22.

³³ Vid. STJUE de 28-I-2015 (Caso Starjakob), STJUE (Gran Sala) de 8-III-2011 (Caso Gerardo Ruiz Zambrano contra Office national de l'emploi (ONEM)), STJUE nº 188 de 18-VI-2009 (Caso David Hütter contra Technische Universität Graz).

³⁴ El ATC 77/1997 de 12 de marzo inadmite el recurso de inconstitucionalidad presentado y reconoce la capacidad del menor de edad para contratar.

³⁵ Vid. STSJ Cataluña 1867/2018 de 21 de marzo. STSJ de Aragón 161/2005 de 28 de febrero.

³⁶ Vid. STEDH de 22-V-2012 (Caso Turgut Özkan contra Turquía).

ciudadano de la Unión europea³⁷. La discriminación del menor de edad por razones de orientación e identidad sexual del menor la veremos más adelante.

2.3.2. Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen

El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art.18 CE) son derechos de la personalidad. Estos derechos, según el art. 20.4 CE, configuran un límite de carácter “especial” a la libertad de información (art. 20.1.d CE). En el art.18.1 CE “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” y como veremos a través de la jurisprudencia en ocasiones prima ese derecho frente a otros (art.20.1 CE, entre otros) y en otras va a ocurrir lo contrario. A) El derecho al honor: Las diferencias entre el derecho al honor y el derecho a la intimidad y a la propia imagen se ponen de manifiesto en la STS 774/2006 de 13 de julio que tiene interés en la medida en entra en la distinción de los derechos al honor y a la intimidad³⁸. Los Tribunales se han pronunciado sobre el derecho al honor de los menores de edad; el TEDH³⁹. Y el TS se pronuncia sobre varios casos, sobre ponderación entre el derecho al honor y la libertad de información⁴⁰, sobre obtención de fotografías de menor de edad en estudio fotográfico por profesional: exposición de dichas imágenes al público, faltando el consentimiento para dicho fin⁴¹. B) El derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: Cuando los hijos menores con falta de madurez suficiente carecen por sí mismos de la capacidad de obrar, es posible que los padres puedan ejercitar algunas de las facultades en que consiste el derecho a la propia imagen de sus hijos menores. Pero también es posible que los padres interfieran en el ejercicio de ese derecho fundamental por el menor, planteándose en la mayoría de los casos los conflictos paterno-filiales por la facultad del menor para configurar su propia imagen externa a medida que va adquiriendo autonomía de la voluntad, frente a los deseos paternos de dirigir esa imagen del menor, en cuestiones de vestimenta, corte de pelo, accesorios corporales, etc. Así, CHAPARRO⁴² pone

³⁷ Vid. STEDH (Caso Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias contra España) de 11-X-2016

³⁸ Vid. FJ 3º STS 774/2006 de 13 de julio.

³⁹ En la STEDH de 21-IX-2010 sobre el caso Polanco et Movilla Polanco contra España se desestima la demanda, con opinión disidente un juez. Se considera que no hay violación del derecho al honor que forma parte de la identidad personal e integridad moral porque los requisitos del art. 8 del Convenio exigen que haya un atentado de tal gravedad que se vea comprometida sui integridad personal.

⁴⁰ Vid. FJ 3º núm. 10 de STS 13/2018 de 12 de enero.

⁴¹ Vid. FJ 5º SAN de 18 de mayo de 2012.

⁴² CHAPARRO MATAMOROS, P., «El derecho a la propia imagen. Especial referencia a los menores de edad», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm.10/2014 parte

de manifiesto que los intereses de los menores pueden entrar en conflicto con los intereses de los padres, quienes con el afán de satisfacer los suyos propios, pueden llegar a manipular al menor. Nuestro análisis se ceñirá a algunos de los casos en que predomina el art.18 CE frente a otros preceptos en juego. La quiebra del derecho a la intimidad del menor⁴³ puede darse por varias vías: 1) por las autoridades gubernamentales, 2) por los medios de comunicación y, 3) por los padres de los menores, entre otros. 1) Cuando la quiebra del derecho es por las autoridades gubernamentales: El TEDH se ha pronunciado en dos casos sobre posible vulneración de la intimidad personal del menor de edad. El TC en el ATC 40/2017 de 28 de febrero señala, en su FJ 3⁴⁴ un aspecto interesante sobre ámbito material de protección del derecho constitucional a la intimidad personal. La STC 99/2019, de 18 de julio establece límites realizando una interpretación restrictiva en el sentido más favorable a la esencia del derecho a la propia imagen, reconociendo la intromisión ilegítima de una campaña publicitaria sobre respeto a mayores promovida por el Ayuntamiento de Madrid con carencia de interés cultural relevante y sin existir el consentimiento de los fotografiados (niños y adultos). 2) Cuando la quiebra del derecho es por los medios de comunicación⁴⁵: El TC se ha pronunciado en varias

Doctrina Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2014. En *Aranzadi digital*. Thompson Reuters Aranzadi, 2003. Recuperado de: https://insignis.aranzadigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc500001700fa98fb8653b2419&marginal=BIB\2013\2445&docguid=I3c29a7e0831d11e3b34a01000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=2&epos=2&ctd=28&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName= (última visita 03-02-2020).

⁴³ *Ibid.*, 19 pp. COLÁS ESCANDÓN, A.M^a., «La defensa del interés del menor en el conflicto entre el derecho a la intimidad de los menores de edad y los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad de sus progenitores», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 9/2017, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2017. En *Aranzadi digital*. Thompson Reuters Aranzadi, 2003. Recuperado de: [https://insignis.aranzadigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc600001700fada1ac9d09910c&marginal=BIB\2017\13186&docguid=I9c885330b5fe11e7b65b01000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=8&epos=8&ctd=76&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=\\$!params.suggestScreen&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=](https://insignis.aranzadigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc600001700fada1ac9d09910c&marginal=BIB\2017\13186&docguid=I9c885330b5fe11e7b65b01000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=8&epos=8&ctd=76&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=$!params.suggestScreen&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=) (última visita 03-02-2020). ROMERO COLOMA, A.M^a., «Derecho a la intimidad y menores de edad», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm.820/2011 parte Comentario. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2011. En *Aranzadi digital*. Thompson Reuters Aranzadi, 2003. Recuperado de: [https://insignis.aranzadigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc600001700fb2248dc63ef65b&marginal=BIB\2011\1776&docguid=I74e6c1f08a5811e0bf1101000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=5&epos=5&ctd=7&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=\\$!params.suggestScreen&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=](https://insignis.aranzadigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc600001700fb2248dc63ef65b&marginal=BIB\2011\1776&docguid=I74e6c1f08a5811e0bf1101000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=5&epos=5&ctd=7&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=$!params.suggestScreen&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=) (última visita 03-02-2020).

⁴⁴ Vid. FJ 3 del ATC 40/2017 de 28 de febrero.

⁴⁵ Vid. AAP Sevilla (Sección 6^a) 309/2018 de 18 octubre. En su FJ 2^o se dice que: «El recurso ha de ser estimado, pues siendo objeto del procedimiento una posible intromisión ilegítima

sentencias, casos de hijos de personas conocidas socialmente⁴⁶, así como en el caso de un reportaje sobre discapacitados que ilustra la fotografía de un menor que no era tal, en STC 158/2009, de 29 de junio. También lo ha hecho el TS, en varias ocasiones, el caso sobre la publicación de un reportaje periodístico sobre discapacitados de una fotografía de un niño sin el consentimiento de sus padres en STS 158/2009 de 29 de junio, el caso de imagen captada a un menor y posteriormente utilizada en una campaña de un partido político en STS de 8 de mayo de 2010, el caso de difusión de imagen del menor sin consentimiento de sus padres en STS de 8 de mayo de 2010⁴⁷, el caso de hijos menores de un jinete a los que se lesiona su derecho a la intimidad y a la propia imagen durante unas vacaciones en Kenia en STS de 18 de febrero de 2013, el caso de publicación de fotografías de los hijos menores de actriz en STS 540/2014, de 25 de septiembre, el caso de acoso a través en una red social de internet a una hija menor de una cantante en STS 409/2014, de 14 de julio⁴⁸ y, el caso de hijos menores fotografiados al salir del colegio en compañía de sus padres en STS 655/2015 de 25 de noviembre. 3) Cuando la quiebra del derecho es por los padres o tutores o por terceros particulares: La mayor parte de los supuestos los encontramos en el ámbito familiar⁴⁹. Partimos de que sería posible exigir responsabilidad a los padres por lesión del derecho a la intimidad de sus hijos, siempre que se pueda afirmar que no estamos dentro de los supuestos excepcionales en que se permite la intromisión de los padres en la intimidad de sus hijos menores de edad por ser la mejor forma de proteger sus intereses. En el caso de estar ante la posibilidad de exigir responsabilidad a los padres hay dos vías⁵⁰: o la reclamación⁵¹ por vulneración del derecho a la intimidad del

en los derechos a la intimidad y a la imagen de un menor de edad, no puede aprobarse un acuerdo transaccional al margen del Ministerio Fiscal, que es parte necesaria en todos los procedimientos de protección de tales Derechos Fundamentales y especialmente garante de los atinentes a los menores de edad”. SAP Valladolid (Sección 3^a) 253/2018 de 31 mayo en la que se declara que los demandados han cometido una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de unos menores, al haber divulgado una fotografía sin el preceptivo permiso de sus progenitores.

⁴⁶ STC 176/2013 de 21 de octubre, STC 127/2003 de 30 de junio; STC 134/1999, de 15 de julio; STC 1997/1991, de 17 de octubre.

⁴⁷ En el caso no hubo consentimiento de los padres con anuencia del Fiscal para la difusión de la imagen del menor y que esta imagen no puede considerarse accesoria de un acto informativo, pues aunque se captó por la televisión pública durante la inauguración de una escuela a la que acudieron personalidades públicas, lo relevante es que esa imagen se utilizó posteriormente en una campaña de un partido político de Manises para promocionarse y procurar el voto en las elecciones, ya sin ninguna justificación informativa.

⁴⁸ Vid. STS 409/2014, de 14 de julio.

⁴⁹ Sobre los piercings de los hijos: Vid. SAP de Cantabria 157/2004 de 28 de abril y SAP Zaragoza 158/2006 de 22 de mayo.

⁵⁰ Vid. COLÁS ESCANDÓN, A.M^a., *op. cit.*, pp.24-29, nota 59, p.18.

⁵¹ El Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de parte, puede ejercitar contra los padres que han vulnerado el derecho a la intimidad de su hijo menor de edad las acciones oportunas

menor o, la comisión de un delito de descubrimiento y revelación de secretos por parte de los progenitores.

2.3.3. Integridad físico-sexual y libertad sexual del menor

A) El derecho del menor a la integridad física: El derecho a la integridad física y psíquica del menor se menoscaba a través de los castigos corporales, que hace años eran asumidos socialmente y que hoy, ni el Derecho, ni la sociedad admiten. Con el cambio en la concepción de la patria potestad, la legislación ha ido modificándose, tanto en materia civil como penal. En el ámbito civil, el art. 154 CC ha eliminado ese *ius corrigendi*. La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, modifica el art.154 CC y el art.268 CC, de modo que se introduce la obligación de respetar la integridad física y psicológica de los hijos en el ejercicio de la patria potestad y se elimina la parte del precepto en que se decía que los padres, en el ejercicio de su potestad “podrán también corregir moderada y razonablemente a los hijos”. En materia penal, el CP de 1995 castigaba como delito, la violencia familiar habitual, en el art.153 CP y como falta, golpear o maltratar de obra, no constitutivo de lesión (el maltrato ocasional aislado), en el art.617.2 CP. Después de aprobarse el CP ha habido diversas modificaciones en el Código penal en materia de violencia doméstica⁵², en especial el delito de maltrato ocasional del art.153 CP, calificando como delitos lo que hasta esa reforma eran faltas, incluso en caso de poca entidad, que cobran mayor virtualidad al producirse dentro del ámbito familiar. Las Audiencias Provinciales mantienen en sus resoluciones el criterio mantenido con anterioridad a la supresión del derecho de corrección, lo que cambia es el motivo. Antes de la reforma, lo que se consideraba permitido a los padres por razón del *ius corrigendi*, tras la reforma se mantiene, pero ahora por la aplicación del principio de insignificancia o intervención mínima del

previstas en el art. 9 LOPJHIM en defensa de la intimidad del niño, tal y como prescribe el art. 4 LOPJM. Vid. la Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 2/2006, sobre el fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores, en su apartado 4.

⁵² La LO 14/1999, de 9 de junio; que introduce, entre otras innovaciones, la inclusión como pena accesoria de determinados delitos de la prohibición de aproximación a la víctima, la tipificación como delito específico de la violencia psíquica ejercida con carácter habitual sobre las personas próximas y hacer posible el ejercicio de oficio de la acción penal en los supuestos de faltas, al mismo tiempo que se adecúa la imposición de la sanción penal a las posibles consecuencias sobre la propia víctima; por LO 11/2003, de 29 de septiembre se elevan a la categoría de delito las infracciones que antes eran consideradas faltas y sobre las que se entendía el derecho de corrección como causa de justificación; por LO 1/2004, de 28 de diciembre con corrección de errores en BOE de 12 de abril de 2005 de Medidas de protección integral contra la violencia de género se distingue entre los supuestos de violencia de género y de violencia doméstica; por LO 1/2015, de 30 de marzo que modifica el apartado 1 del art.153 CP.

Derecho penal⁵³. Como señala ALGARRA, en su análisis de la jurisprudencia hasta 2009, los tribunales son muy estrictos a la hora de no condenar a los padres por ese principio⁵⁴, pues se exige que se trate de una conducta correctiva física de muy leve intensidad, sin utilizar ningún tipo de instrumento y sin causación de lesiones, línea mantenida en la jurisprudencia desde 2009 a 2019⁵⁵. La SAP de Madrid (Sección 29ª) 235/2018 de abril considera que el hecho de “golpear” a los hijos, por leve que sea no puede estar amparado en el derecho de corrección⁵⁶, pues el art.154 CC prevé que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y con respeto a su integridad física y psicológica. La jurisprudencia⁵⁷ trata sobre diferentes aspectos relacionados con la retirada de la patria potestad⁵⁸ y exigencia de pruebas objetivas para dicha retirada⁵⁹ ante el daño corporal⁶⁰ y

⁵³ Vid. sobre la jurisprudencia de esta materia en ESTELLES AROLAS, E., «El derecho de los padres a los hijos: una necesaria reforma legislativa». Tesis doctoral, Universidad Católica de Valencia, 2017, pp. 379-410.

⁵⁴ Vid. en este sentido las resoluciones de los tribunales en ALGARRA PRATS, E., «La corrección de los hijos en Derecho español» en *Aranzadi: Revista Doctrinal*, Nº 5, 2010, pp.45-96. Esta revista ha sido continuada desde 2011 por *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*. En *Aranzadi digital*. Thompson Reuters Aranzadi, 2003. Recuperado de: [https://insignis.aranzadigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc6000001700fb4d13992be7cbe&cmarginal=BIB\2010\1260&docguid=Idaec241084da11dfb74f010000000000&ds=A RZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&cspos=1&epos=1&td=2&predefinedRelationships Type=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=\\$!params.suggestScreen&selectedNodeName0065=&selec_mod=false&displayName=\(última visita 03-02-2020\).](https://insignis.aranzadigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc6000001700fb4d13992be7cbe&cmarginal=BIB\2010\1260&docguid=Idaec241084da11dfb74f01000000000&ds=A RZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&cspos=1&epos=1&td=2&predefinedRelationships Type=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=$!params.suggestScreen&selectedNodeName0065=&selec_mod=false&displayName=(última visita 03-02-2020).)

⁵⁵ La jurisprudencia, si hay golpes al hijo/a menor por el padre o la madre con un objeto: con cinturón (SAP Barcelona (Sección 20ª) 273/2009, SAP Tarragona (Sección 4ª) 108/2012 de 6 de marzo, SAP Murcia (Sección 3ª) 183/2012 de 20 de julio, SAP Islas Baleares 80/2017 de 2 de marzo; con palo (SAP Madrid (Sección 15ª) 19/2013 de 8 de enero, SJP nº6 de Málaga 292/2017 de 11 de septiembre); con cable (SJP nº25 Barcelona 332/2011 de 1 de septiembre, SAP Madrid (Sección 6ª) 416/2011 de 16 de noviembre); si se causan lesiones al hijo/a menor por el padre o la madre: SAP Castellón (Sección 2ª) 273/2011 de 14 de junio, SAP Madrid (Sección 30ª) 649/2013 de 12 de diciembre, STS (Sala de lo Penal, Sección 11ª) 449/2017, SAP Murcia (Sección 3ª) 501/2017 de 28 de noviembre. La SAP Valladolid (Sección 2ª) 258/2016 de 28 de octubre condena al padre como autor de un delito de maltrato en el ámbito familiar, concurriendo la atenuante de reparación de daño.

⁵⁶ Vid. FJ 3º SAP de Madrid (Sección 29ª) 235//2018 de abril, en el sentido de que, en ningún caso, se pueden amparar los malos tratos y menos las lesiones causadas en el derecho de corrección.

⁵⁷ Vid. DIAZ CABIALE, J.A.; CUETO MORENO, C., «La necesidad de revisar la jurisprudencia sobre las consecuencias del empleo de la dispensa en el juicio (especialmente en materia de violencia doméstica y de género)», en *Revista española de Ciencia penal y Criminología*, núm. 19-22, 2017, pp. 1-38

⁵⁸ Vid. SAP Segovia 17/2002 de 22 enero.

⁵⁹ Vid. STEDH (Sección 5ª) (Caso B.B. y F.B contra Alemania) de 14-III-2013 marzo 2013. STEDH (Sección 5ª) (Caso Tlapak and Others contra Alemania) de 22-III-2018.

⁶⁰ Hay numerosas sentencias del TEDH sobre la retirada de la patria potestad. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 1274/2011 de 29 noviembre. RJ 2012\1810 (Caso maltrato habitual de menor por sus padres con retirada de la patria potestad por cinco años).

psíquico causado y también dicha retirada de la patria potestad se da por otras razones⁶¹ diferentes al castigo corporal, como puede ser la comisión de delitos contra la libertad del menor.

B) El derecho del menor de libertad sexual: El menor es titular del derecho de libertad sexual, al tratarse de un derecho fundamental y tiene derecho a que se respete su intimidad y que nadie actué conculcando su libertad sexual. Ese derecho del menor a decir “no o siquiera a pensar “no”, basta para que todas las conductas tipificadas como delitos en el CP por los ataques a la libertad sexual del menor sean condenadas. El interés del menor es objeto de específica consideración en la LO 8/2015 de 22 de julio de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia⁶². A efectos de la aplicación del interés superior del menor⁶³, se tendrán en cuenta una serie de factores⁶⁴ y esos criterios indicados se ponderan teniendo en cuenta los siguientes elementos generales⁶⁵. Pero en el caso de menores, el consentimiento de la víctima, no invalida la agresión tipificable como delito. Encontramos numerosos casos en los

⁶¹ STEDH (Sección 5ª) (Caso Wunderlich contra Alemania) de 10-I-2019.

⁶² Ley que reforma la LO 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, estableciendo en su art.2 que: “todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan”.

⁶³ Vid. art.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1996/BOE-A-1996-1069-consolidado.pdf> (última visita 03-02-2020).

⁶⁴ a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectiva. b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor; así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

⁶⁵ a) La edad y madurez del menor. b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante. c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo. d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro. e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales. f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinente y respeten los derechos de los menores.

que hay ataques sexuales⁶⁶ a menores, por particulares –familiares, personas del entorno cercano o no y, por miembros de grupos ideológicos y religiosos, tipificadas en el Título VII (Delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexuales) del Libro I del CP. Pero además, hay otra serie de conductas que forman parte del ejercicio de la libertad sexual del menor y de su derecho a la identidad y orientación sexual, aspectos como el derecho del menor a no ser discriminado por su condición de tal, el derecho a no ser circuncidado por ideologías o creencias paternas, el derecho a no sufrir una infibulación y/o ablación del clítoris, el derecho a ser respetado en su orientación e identidad sexual⁶⁷, entre otros. Y todo esto encuentra su fundamento en el derecho de libertad sexual del menor, impidiendo y en su caso castigando mutilaciones sexuales, del tipo que sean, ya que no solo hay lesión a su integridad física y psíquica, sino ulteriores problemas para que van a impedir su disfrute sexual en el futuro. Como garantía en defensa del menor el art.156 CP niega relevancia al consentimiento de cualquier menor de edad para excluir la antijuridicidad de las lesiones en materia de trasplantes, cirugía transexual y esterilizaciones.

B1) La circuncisión: En cuanto a la circuncisión⁶⁸ la jurisprudencia se pronuncia en numerosas resoluciones de las cuales extraemos una serie de aspectos que nos permiten constatar el estado de la cuestión a nivel jurisdiccional. 1) Diferencia de trato penal y judicial de la circuncisión respecto a la ablación del clítoris⁶⁹: La mayor gravedad de la lesión que supone la ablación del clítoris en la mujer, no es incompatible con la prohibición de circuncidar al menor de edad varón, cuando hay ausencia de razones médicas en la misma. De ahí que tanto la lesión del clítoris como la del pene masculino sean ataques a la integridad sexual de la persona, con independencia de la edad y de las diferencias en las lesiones causadas en uno y otro caso. Por ello, entendemos se debe modificar el art.23.4 LOPJ que no incluye la circuncisión entre los delitos extraterritoriales y si lo hace con la ablación del clítoris. Así se pone de manifiesto en resoluciones judiciales⁷⁰, en las que la diferencia de trato entre

⁶⁶ Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M., «Delitos contra la indemnidad sexual de menores», en *Comentario a la reforma penal del 2015*, QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), 2015, pp.421-433. TAMARIT SUMALLA, J.M., “La valoración judicial del impacto del delito en la víctima en casos de abuso sexual infantil», en *Revista de Victimología*, N°. 6, 2017 pp.33-56.

⁶⁷ Vid. SAP Huesca (Sección 1ª) 36/2015 de 13 marzo, ATS (Sala Civil) de 10-III-2016 y la Instrucción de 23-X-2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales.

⁶⁸ Vid. ALARCÓN PARRA, *op. cit.*, nota 31, p.10.

⁶⁹ Vid. sobre esa diferencia de trato DE MAGLIE, C., *op. cit.*, pp.81-84, nota 33, p.11.

⁷⁰ Vid. AAP Castellón de 2-IX-26 y AAP Barcelona de 6-VI-2008. En ambas resoluciones se excluye de contenido penal la circuncisión realizada. En el caso de Castellón no se ve delito del art.149.2 CP. En el caso de Barcelona, el padre lleva al hijo a Marruecos, donde le realizan la misma con arreglo a la *lex artis* por un médico marroquí y ante la reclamación de la madre, como el acto se produjo fuera del territorio nacional, concluye la Audiencia que falta

de la mutilación genital femenina y la masculina se extiende a la posible persecución extraterritorial las intervenciones de circuncisión. 2) Exigencia del consentimiento de ambos progenitores para realizar la circuncisión del menor: Algunas resoluciones dejan claro la exigencia del consentimiento de ambos progenitores para realizar la circuncisión al hijo menor de edad. Hay varias sentencias de AAPP⁷¹ sobre la prohibición de practicar la circuncisión salvo con consentimiento expreso y escrito de ambos progenitores o, en su defecto, autorización judicial. El hilo de conductor de nuestro trabajo es que ante actos relativos a derechos de la personalidad del hijo –en la línea del art. 162.1 CC–, se debería esperar que el menor alcanzase un cierto grado de madurez, o la mayoría de edad, que ha sido objeto de iniciativa parlamentaria en Noruega. Algunos autores⁷² consideran que prohibir la realización del ese acto atenta contra la autonomía interna de las confesiones religiosas, cuando más bien, consideramos que estamos ante un límite a esa autonomía interna⁷³, en aras de la defensa del derecho de libertad de conciencia del menor. De modo que, en ningún caso, puede priorizarse la autonomía interna de un grupo ideológico, religioso o de otro tipo frente al derecho de una persona, sea mayor o menor de edad. Consideramos que debe cambiarse la perspectiva de la visión social, legal y jurisprudencial de la circuncisión, entendiéndose que se debe prohibir en el caso ajeno al ámbito de la salud del menor, pues las creencias⁷⁴ de los padres no pueden justificar un ataque a la integridad físico-sexual del menor, cuando además dicha intervención no tiene vuelta atrás. Por ello, nos parece que apunta en buena dirección la Sentencia del Tribunal Regional de Colonia de 7 de mayo de 2012 ha condenado la circuncisión por motivos religiosos y ha considerado que se viola la integridad física del menor y su futura capacidad de autodeterminación en materia religiosa. No compartimos la afirmación realizada por LÓPEZ-SIDRO⁷⁵ de que “La libertad religiosa de los padres para decidir en cuanto a la formación y adscripción religiosa de los hijos no ha sido tomada en cuenta”, ya que precisamente esta sentencia nos sirve para reafirmar nuestra distinción realizada *supra* entre educación en valores, y realización de

la jurisdicción de los tribunales españoles, por cuanto la circuncisión no se encuentra dentro de los delitos extraterritoriales del artículo 23.4 de la Ley orgánica del poder judicial.

⁷¹ Vid. SAP Madrid (Sección 24ª) 611/2012 de 30 mayo, la SAP Salamanca (Sección 1ª) 319/2013, de 1 de octubre, la SAP de Murcia (Sección 4ª) 22/2015, de 23 de abril, la SAP Murcia 157/2016 de 19 de mayo, la SAP Islas Baleares 157/2016 de 19 de mayo.

⁷² BRIONES MARTINEZ, I.M., *op. cit.*, nota 36, p.11.

⁷³ Vid. RODRIGUEZ GARCÍA, J.A., «Autonomía de las confesiones y derecho comunitario: La protección de los datos personales en este contexto», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Nº 49, 2019, 63. pp.

⁷⁴ Vid. SAP de Madrid 1215/2008 de 20 noviembre (se prohíbe al padre practicar la circuncisión al hijo por motivos exclusivamente religiosos). SAP de Lérida (Sección 1ª) 355/2014, de 1 de octubre (circuncisión al hijo por razones culturales de los padres).

⁷⁵ LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A., *op. cit.*, 13 pp.

actos; la primera, que respeta y defiende la educación en los valores por parte de los padres o tutores y, la segunda, que no respetaría la libertad de conciencia del menor, si se realiza por cualquier tercero, aunque sean padres o tutores. 3) Presuntos delitos en torno a la circuncisión: En ocasiones con motivo de la circuncisión realizada al menor se cometen una serie de delitos⁷⁶, como el de lesiones cometidas por imprudencia⁷⁷, homicidio con imprudencia⁷⁸.

B2) Mutilación genital femenina⁷⁹: Sobre la mutilación genital femenina suele hablarse de ablación del clítoris, pero puede conllevar otras lesiones como la infibulación, etc. Hay numerosas resoluciones judiciales⁸⁰ sobre la mutilación genital femenina y en la mayoría de casos son por la ablación del clítoris. Dichas resoluciones abordan cuestiones diversas: 1) Los padres ante la mutilación genital femenina de su hija, solicitudes de asilo relacionadas con dicha mutilación. 2) Casos de petición del derecho de asilo. 3) Medidas judiciales de protección del menor. 1) Los padres ante la mutilación genital de su hija: a) Casos de condena de los padres por ablación del clítoris de su hija: se trata de condenas por lesiones causadas en la hija por mutilación genital, en unos casos dentro del territorio nacional y en otros en el extranjero. La mayoría de los casos son de condena al padre, a la madre o a ambos como autores responsables de un delito de lesiones en su modalidad de mutilación genital, con la concurrencia de un error de prohibición vencible, cometido en España⁸¹. También hay jurisprudencia sobre hechos cometidos en el extranjero⁸². b) Casos de absolución de los padres por ablación del clítoris de su hija, por hechos cometidos en España y en el extranjero⁸³. 2) Casos de petición del derecho de asilo: Encontramos resoluciones judiciales que condene el asilo⁸⁴ y otras que

⁷⁶ Vid. sobre la circuncisión en la jurisprudencia penal, MOTILLA, A., «Las circuncisiones rituales de menores. ¿acto contra la integridad física? Perspectivas civil y penal», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIV, 2018, pp.19-22.

⁷⁷ SAP Almería (Sección 1ª) 203/2004 de 3 de noviembre. SAP Lérida (Sección 1ª) 355/2014 de 1 de octubre.

⁷⁸ . SAP Zaragoza 8/2010 de 15 de febrero.

⁷⁹ Vid. sobre las mutilaciones genitales SANTAMARÍA LAMBÁS, F., *op. cit.*, pp.253-255, nota 41, p.12.

⁸⁰ Vid. HERMIDA DEL LLANO, C., «La mutilación genital femenina desde la perspectiva jurídica española», en *Bajo Palabra. Revista de Filosofía*, II Época, Nº15, 2017, pp.57-61.

⁸¹ Vid. STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 835/2012 de 31 de octubre (alteración del placer sexual) y STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 399/2014 de 8 de mayo.

⁸² Caso de lesiones por ablación cometida fuera de España por una madre a su hija se termina pronunciando la STS 939/2013 de 16-XII-2013 con un voto particular. Aplicación del art.23.4.1 LOPJ.

⁸³ Vid. STS (Sala de lo Penal) 939/2013 de 16 de diciembre.

⁸⁴ Vid. STS (Sala C-A, Sección 5ª), de 6-X-2006, STS (Sala C-A, Sección 5ª), de 11-V-2009.

lo niegan⁸⁵. 3) Medidas judiciales de protección del menor⁸⁶: Varias son las medidas legales que se pueden tomar para intentar evitar la mutilación genital de niñas residentes en España en riesgo de sufrirla, la retirada del pasaporte (art. 158 CC), la declaración de riesgo o desamparo (artículos 17 y 18 LO 1/1996), la prohibición de salida del territorio nacional⁸⁷, por señalar algunas. La situación que se presenta es de riesgo y no de una vulneración efectiva de un derecho, de ahí, como señala LLAMAZARES CALZADILLA⁸⁸, la necesidad de detectar las situaciones de riesgo concreto para poder reaccionar con medidas proporcionadas y evitar que aquel se realice. Hay resoluciones judiciales que no conceden el asilo, ante el temor de la mujer a que se le practique la ablación del clítoris.

C) Interrupción voluntaria del embarazo de mujer menor de edad⁸⁹. La doctrina ha elaborado aportaciones críticas sobre el *iter* legislativo en materia de interrupción del embarazo. Ese *iter* sobre las sucesivas reformas legales se puede seguir en el estudio de LACASTA⁹⁰. Vamos a detenernos en la nueva regulación aprobada por Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo. Esta ley de 2015, en su artículo 2º modifica la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Se modifica el apartado 9 del art. 5º⁹¹ de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Esta normativa supone que para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. Y, en su artículo pri-

⁸⁵ Vid. SAN (Sala C-A, Sección 1ª) de 2-II-2005 y STS (Sala C-A, Sección 5ª) de 4-VII-2008. SAN (Sala C-A, Sección 3ª) de 7-IV-2005; SAN (Sala C-A, Sección 5ª) de 12-V-2010; SAN (Sala C-A, Sección 2ª) de 13-XI-2014. SAN (Sala C-A, Sección 2ª), de 23-II-2018. Dentro de las resoluciones que niegan el asilo: Vid. SAN (Sala C-A, Sección 4ª) de 21-III-2007 JUR 2007\98569, STS (Sala C-S, Sección 5ª) de 4-VI-2008. RJ 2008\3417, SAN (Sala C-A, Sección 4ª) de 22-IV-2009. JUR 2009\206954, SAN (Sala C-A, Sección 5ª) de 12-V-2010 JUR 2010\182834, SAN (Sala C-A, Sección 8ª) de 21-I-2013 JUR 2013\53159, SAN (Sala C-A, Sección 2ª) de 3-V-2013 JUR 2013\161539, SAN (Sala C-A, Sección 2ª) de 4-VII-2013 JUR 2013\247294.

⁸⁶ Vid. Auto del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Gerona de 20 junio 2007. JUR 2007\209315 en su FJ 2º.

⁸⁷ AAP Gerona (Sección 2ª) 157/2007 de 2 de julio. SAP de Barcelona (Sección 12ª) 235/2009 de 3 abril.

⁸⁸ LLAMAZARES CALZADILLA, M.C., op. cit., pp.709-728, nota 49, p.14.

⁸⁹ Vid. ASENSIO SÁNCHEZ M.A., op. cit., pp.131-132, nota 2, p.1.

⁹⁰ LACASTA GOÑI, M., op. cit., pp. 159-184, nota 51, p.14.

⁹¹ Vid. la nueva redacción del apartado 9 del art.5 de la Ley 41/2002.

mero, modifica la LO 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción del embarazo suprimiendo el apartado cuarto del art.3, de modo que termina con la suficiencia del consentimiento de la menor aprobada en 2010, por lo que la reforma de 2015 basada en el proyecto de 2013 del ministro Gallardón, que no salió adelante, en este aspecto si se trasladó a la nueva regulación de 2015, lo que supone una vuelta atrás en materia de consentimiento del menor, ya que se vuelve al consentimiento de los padres en actos personalísimos que entendemos deben depender de la conciencia del menor maduro. Esta modificación legal de 2015 supone que, una decisión de conciencia del menor, es asumida de nuevo por los padres o tutores, de modo que la conciencia que decide vuelve a ser una conciencia ajena a la implicada. La jurisprudencia se ha pronunciado sobre la interrupción voluntaria del embarazo de menor en varias resoluciones; una, sobre obstaculización a la menor⁹² y otras, en casos de menores de edad, con 16 años y con vida independiente de sus padres⁹³. Esta normativa supone que para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. Esta modificación legal de 2015 supone que, una decisión de conciencia del menor, es asumida de nuevo por los padres o tutores, de modo que la conciencia que decide vuelve a ser una conciencia ajena a la implicada. La jurisprudencia se ha pronunciado sobre la interrupción voluntaria del embarazo de menor en varias resoluciones; una, sobre obstaculización a la menor⁹⁴ y otras, en casos de menores de edad, con 16 años y con vida independiente de sus padres⁹⁵.

Ahora bien, hay un problema no resuelto que ha sido puesto de manifiesto por la doctrina como es el del derecho del padre del *nasciturus* que lleva consigo la madre menor de edad. Ese padre puede ser mayor de edad o estar en la misma circunstancia de menor edad que la madre. El TC pasó de soslayo cuando realizó la afirmación en el FJ 13⁹⁶ de la STC 53/1985, de 11 de abril y

⁹² La STEDH (Sección 4ª), sentencia de 30-X-2012. TEDH.2012\96 (asunto P. y S. contra Polonia) declara que ha habido violación de los artículos 8, 5.1 y 3 de la Convención en el caso de una menor embarazada tras una violación a la que se obstaculizó el acceso al aborto.

⁹³ En España, se pronuncian sobre el aborto de menores de edad, la SAP Málaga (Sección 3ª) 49/2002 de 20 de abril, la SAP Málaga (Sección 3ª), sentencia núm. 49/2002 de 20 abril.

⁹⁴ La STEDH (Sección 4ª), sentencia de 30-X-2012. TEDH.2012\96 (asunto P. y S. contra Polonia) declara que ha habido violación de los artículos 8, 5.1 y 3 de la Convención en el caso de una menor embarazada tras una violación a la que se obstaculizó el acceso al aborto.

⁹⁵ En España, se pronuncian sobre el aborto de menores de edad, la SAP Málaga (Sección 3ª) 49/2002 de 20 de abril, la SAP Málaga (Sección 3ª), sentencia núm. 49/2002 de 20 abril.

⁹⁶ FJ 13. Consideran los recurrentes que el consentimiento en los supuestos previstos en los núms. 1 y 3 del art. 417 bis del Código Penal, en la redacción dada por el proyecto, no debería corresponder únicamente a la madre y hacen especial referencia a la participación del padre, estimando que la exclusión de ésta vulnera el art. 39.3 de la Constitución. El

es que el derecho del padre debe ser regulado por ley, puesto que la paternidad es cosa de dos y además en estas cuestiones ya se han dado pasos en interés del menor en el sentido de la corresponsabilidad, como sucede, en las decisiones a favor de las guardas compartidas por padres y madres, dirección acorde con la sociedad que vivimos y que respeta el principio de igualdad. Por ello es necesario que la ley reconozca que el padre⁹⁷ del *nasciturus* tenga algo que decir y que desde luego, en aras del interés del propio *nasciturus* y del principio de igualdad, no se deje que la decisión de la interrupción voluntaria del embarazo solo dependa de la mujer menor que lleva en su seno al hijo de ambos, sino que el padre pueda tener opciones si desea que su hijo nazca. Por tanto, somos partidarios de que la decisión no dependa de los padres de la mujer menor embarazada, sino del consentimiento de la madre menor y del padre del *nasciturus*.

3. CONCLUSIONES

1) El menor de edad es sujeto titular de los derechos fundamentales, entre ellos, del derecho de libertad de conciencia, aunque a la hora de su ejercicio haya que atender a las particularidades de la menor edad madura o no.

2) La razón de la protección al menor de edad radica en que es sujeto titular de los derechos, por ello, no se puede basar solo en que es un sujeto a proteger por su condición de debilidad.

3) El concepto de patria potestad ha cambiado y por ello, los padres no tienen un derecho respecto de sus hijos, sino que realizan una función supletoria, en los casos en el que el menor no puede ejercer el derecho por sí mismo. En el caso del derecho de libertad de conciencia entendemos que la menor edad madura debe ser habilitante para el ejercicio de ese derecho del menor, en plenitud, por él mismo.

4) Consideramos que la transmisión de valores particulares es propia de los padres o tutores y que la transmisión de valores constitucionales es cuestión del poder público, compatibles ambas de la lectura conjunta de los apartados 3 y 2 del art.27 CE.

5) Somos partidarios de ahondar en el estudio de la distinción entre la transmisión de valores que sin duda va a incidir sobre la conciencia del menor y la realización de actos de asunción de compromisos de conciencia, caso este último, en el que cada vez se cuestiona más que los padres puedan asumirlos en nombre de la conciencia del menor.

Tribunal entiende que la solución del legislador no es inconstitucional, dado que la peculiar relación entre la embarazada y el *nasciturus* hace que la decisión afecte primordialmente a aquélla.

⁹⁷ Vid. LASALLE OSÉS, E., op. cit., nota 53.

BIBLIOGRAFÍA

- ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, tecnos, Madrid, 2003, 348 pp.
- ALARCÓN PARRA, *Miedo, ansiedad y dolor intraoperatorio en el curso de la vasectomía y de la circuncisión bajo anestesia local*. Tesis doctoral, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2017, 180 pp.
- ALGARRA PRATS, E., «La corrección de los hijos en Derecho español» en *Aranzadi: Revista Doctrinal*, Nº 5, 2010, pp.45-96. Esta revista ha sido continuada desde 2011 por Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal. En *Aranzadi Digital*. Recuperado de: [https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc6000001700fb4d13992be7cbe&smarginal=BIB\2010\1260&docguid=Idaec241084da11dfb74f01000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=1&cepos=1&ctd=2&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=!params.suggestScreen&&selectedNodeName=&select_mod=false&displayName=\(última visita 03-02-2020\)](https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc6000001700fb4d13992be7cbe&smarginal=BIB\2010\1260&docguid=Idaec241084da11dfb74f01000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=1&cepos=1&ctd=2&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=!params.suggestScreen&&selectedNodeName=&select_mod=false&displayName=(última visita 03-02-2020)).
- ALONSO PÉREZ, M.: «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras», en *Actualidad Civil*, núm. 1, enero, 1997, pp.17-40.
- ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor. El interés del menor a la libre formación de la conciencia*, tecnos, Madrid, 2006, 151 pp.
- BRIONES MARTINEZ, I.M., «La circuncisión y el mejor interés del menor. Libertad religiosa y tradición», en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado* 42, 2016, 54 pp.
- CANOSA USERA, R., «La protección de la integridad física», en *Revista de Derecho Político* N.º 100, septiembre-diciembre 2017, pp. 257-310.
- CHAPARRO MATAMOROS, P., «El derecho a la propia imagen. Especial referencia a los menores de edad», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm.10/2014 parte Doctrina Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2014. En *Aranzadi Digital*. Recuperado de: [https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc5000001700fa98fb8653b2419&smarginal=BIB\2013\2445&docguid=I3c29a7e0831d11e3b34a010000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=2&cepos=2&ctd=28&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&select_mod=false&displayName=\(última visita 03-02-2020\)](https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc5000001700fa98fb8653b2419&smarginal=BIB\2013\2445&docguid=I3c29a7e0831d11e3b34a010000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=2&cepos=2&ctd=28&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&select_mod=false&displayName=(última visita 03-02-2020)).
- COLÁS ESCANDÓN, A.M.^a, «La defensa del interés del menor en el conflicto entre el derecho a la intimidad de los menores de edad y los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad de sus progenitores», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 9/2017, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2017. En *Aranzadi digital*. Thompson Reuters Aranzadi, 2003. Recuperado de: [https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc6000001700fada1ac9d09910c&smarginal=BIB\2017\13186&docguid=I9c885330b5fe11e7b65b010000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=8&cepos=8&ctd=76&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=!params.suggestScreen&&selectedNodeName=&select_mod=false&displayName=\(última visita 03-02-2020\)](https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc6000001700fada1ac9d09910c&smarginal=BIB\2017\13186&docguid=I9c885330b5fe11e7b65b010000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=8&cepos=8&ctd=76&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=!params.suggestScreen&&selectedNodeName=&select_mod=false&displayName=(última visita 03-02-2020)).

- DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, Marcial Pons, Madrid, 2012, 303 pp.
- DIAZ CABIALE, J.A.; CUETO MORENO, C., «La necesidad de revisar la jurisprudencia sobre las consecuencias del empleo de la dispensa en el juicio (especialmente en materia de violencia doméstica y de género)», en *Revista española de Ciencia penal y Criminología*, núm. 19-22, 2017, pp. 1-38.
- ESTELLES AROLAS, E., «El derecho de los padres a los hijos: una necesaria reforma legislativa». Tesis doctoral, Universidad Católica de Valencia, 2017, 529 pp.
- FERNÁNDEZ-CORONADO, A. y PÉREZ ÁLVAREZ, S., «La libre formación de la conciencia del menor a través de Internet», en PÉREZ ÁLVAREZ, S., BURGUEIRA AMEAVE, L. y PAUL LARRAÑAGA, K. (dirs.), *Menores e internet*, Aranzadi, Navarra, 2013.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., «La Discriminación por razón de edad», en *Temas Laborales*, N°59/01, pp.93-134.
- HERMIDA DEL LLANO, C., «La mutilación genital femenina desde la perspectiva jurídica española», en *Bajo Palabra. Revista de Filosofía*, II Época, N°15, 2017, pp.47-66.
- LACASTA GOÑI, M., «La validez del consentimiento otorgado por las menores de edad a la hora de someterse a la intervención voluntaria del embarazo: una crítica a la ley orgánica 11/2015 desde una perspectiva penalista», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n° 34, 2016-II, pp. 159-184.
- LASALLE OSÉS, E., «Aborto: estudio penal. ¿asiste algún derecho al progenitor?», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2014 parte Estudios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2014, pp.237-250. En *Aranzadi digital*. Thompson Reuters Aranzadi, 2003 Recuperado de: [https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc5000001700f9c8b0cd3cf85c4&marginal=BIB\2014\868&docguid=I86366730b62e11e3aaa101000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=1&epos=1&ctd=18&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=\\$!params.suggestScreen&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=#](https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc5000001700f9c8b0cd3cf85c4&marginal=BIB\2014\868&docguid=I86366730b62e11e3aaa101000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=1&epos=1&ctd=18&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=$!params.suggestScreen&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=#) (última consulta 03-02-2020).
- LEONI, F., «Naturaleza jurídica del partido político en Italia», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* Núm. 62. Octubre-Diciembre 1988, pp.131-140.
- LLAMAZARES CALZADILLA, M.C., «Extranjería y derecho de libertad religiosa», en *Tratado de extranjería: aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, PALOMAR OLMEDA, A., (coord.), 2004, pp.709-728.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., «Principios informadores del sistema educativo español», en *Educación como transmisión de valores*, en CASTRO JOVER, A. (coord.), *The International Institute for the Sociology of Law*, 1995, pp.26-78.
 - *Derecho de la libertad de conciencia. I, Conciencia, tolerancia y laicidad*, 4ª ed. reelaborada y puesta al día. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters, 2011, 431 pp.
 - *Derecho de la libertad de conciencia II, Conciencia, identidad personal y solidaridad*, 4ª ed. reelaborada y puesta al día. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters, 2011, 836 pp.
 - «Conciencia y Derecho», en *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, N°18, 2018, tirant lo Blanch, pp.19-43.

- LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A., «Circuncisión y libertad religiosa. Comentario a la Sentencia del Tribunal Regional de Colonia de 7 de mayo de 22», en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, N° 30, 2012, 13 pp.
- MÁRQUEZ-GARCÍA, E.Y.; GARCÍA-CARVAJAL, J.A., «La circuncisión como una manifestación de vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad», en *Derecho y políticas públicas*, vol.15, n° 17/2013, 13 pp.
- MOTILLA, A., «Las circuncisiones rituales de menores. ¿acto contra la integridad física? Perspectivas civil y penal», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIV, 2018, pp.19-22.
- MUÑOZ CONDE, F.J., «La nueva regulación del delito de aborto», en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 7/2010 parte Tribuna. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2010, pp.9-18. En *Aranzadi digital*. Thompson Reuters Aranzadi, 2003. Recuperado de: [https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc6000001700fa74559f422ba21&marginal=BIB\2010\2124&docguid=I9cfe1590c6f711df9d5f01000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=3&epos=3&ctd=18&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=\\$!params.suggestScreen&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=](https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc6000001700fa74559f422ba21&marginal=BIB\2010\2124&docguid=I9cfe1590c6f711df9d5f01000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=3&epos=3&ctd=18&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=$!params.suggestScreen&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=) (última visita 03-02-2020).
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Los deberes fundamentales», en *Doxa*, n° 4, 1987, 14 pp. Recuperado de: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10915/1/Doxa4_19.pdf (última visita 10-I-2020).
- PELAYO OLMEDO, J.D., «La adscripción religiosa como dato especialmente protegido. El caso del registro bautismal en España», en *Revista de derecho político*, N°94, 2015, pp.143-182.
 - «Retos y desafíos en la protección de datos personales que revelan las convicciones religiosas. propuestas en un nuevo marco jurídico», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, N° 35, 2019, pp.269-350.
- PÉREZ ÁLVAREZ, S., «El derecho del menor a ser educado conforme a su propia conciencia según los estándares del TEDH», *UNED. Revista de Derecho Político*, N.º 95, enero-abril 2016, págs. 147-188.
- PUENTE ALCUBILLA, V., *Minoría de edad, Religión y Derecho*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002, pp.245-246.
- RODRIGUEZ GARCÍA, J.A., «Autonomía de las confesiones y derecho comunitario: La protección de los datos personales en este contexto», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, N° 49, 2019, 63 pp.
- ROMERO COLOMA, A.Mª., «Derecho a la intimidad y menores de edad», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num.820/2011 parte Comentario. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2011.
- ROMERO COLOMA, A.Mª., «Derecho a la intimidad y menores de edad», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num.820/2011 parte Comentario. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2011. En *Aranzadi digital*. Thompson Reuters Aranzadi, 2003. Recuperado de: [https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc6000001700fb2248dc63ef65b&marginal=BIB\2011\776&docguid=I74e6c1f08a5811e0bf1101000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=5&epos=5&ctd=7&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=\\$!params.suggestScreen&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=](https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc6000001700fb2248dc63ef65b&marginal=BIB\2011\776&docguid=I74e6c1f08a5811e0bf1101000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=5&epos=5&ctd=7&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=$!params.suggestScreen&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=) (última visita 03-02-2020).

- SANTAMARÍA LAMBÁS, F., «La multiculturalidad-interculturalidad y el derecho penal español: presente y futuro», en *Interculturalidad y Derecho*, CASTRO JOVER, A., (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2013, pp.243-272.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., «Delitos contra la indemnidad sexual de menores», en *Comentario a la reforma penal del 2015*, Quintero Olivares G., (dir.), 2015, pp.421-433.
- «La valoración judicial del impacto del delito en la víctima en casos de abuso sexual infantil», en *Revista de Victimología*, Nº. 6, 2017 pp.33-56.