

PRÓLOGO

A lo largo de los cuarenta y cinco años de vida de nuestra Constitución se han publicado trabajos sobre todos los ámbitos del Derecho Constitucional, siendo abundantes los que se refieren al campo de los derechos fundamentales. Dentro de estos últimos, no han faltado estudios dedicados a la titularidad. Sin embargo, son aún escasos los que se refieren a una cuestión que presenta cada vez más repercusiones prácticas: los derechos fundamentales de los menores de edad. Es cierto que, desde la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, han visto la luz interesantes estudios y se ha prestado una atención creciente al concepto de «interés superior del menor» y a la necesidad de atender a su edad y madurez para las decisiones que le afectan. Pero no es un tema ni agotado ni resuelto.

Al interés en abstracto de los derechos fundamentales de los menores, se suma la urgencia de reflexionar impulsada por el contexto: por una parte, una transformación social acelerada en las relaciones familiares que afecta a la comprensión del papel de los padres, el espacio de decisión de los hijos y también el que corresponde a los poderes públicos; de otra, que esta transformación coincide con el reconocimiento de nuevos derechos vinculados a la autodeterminación y el libre desarrollo de la personalidad, sin que falten otros ingredientes que nos coloquen ante desafíos constantes para la dogmática de los derechos y el planteamiento de conflictos ante los jueces que, con frecuencia, van acompañados de fuerte polémica y debate social. Como muestras concretas, son de citar las suscitadas en relación con la asignatura de la educación para la ciudadanía, la posibilidad de las mayores de 16 años y menores de 18 de someterse a un aborto sin necesidad del consentimiento paterno o, más recientemente, las relativas a la decisión de cambio de sexo de menores.

Pero no son tantos —más bien son escasos— los análisis de carácter general, realizados desde la teoría de los derechos fundamentales. Quizás no sea

ajena a esa escasez la dificultad que plantea el tema, o el hecho de que se encuentre a caballo entre el Derecho Civil y el Derecho Constitucional, aparte, por supuesto, del trasfondo de la comprensión de la familia y las relaciones paterno-filiales. En efecto, el Derecho Civil ha sido el ámbito clásico desde el que se ha abordado la posición jurídica de los menores, desde los conceptos de patria potestad, la filiación, la tutela, etc. Sin embargo, es evidente que esas cuestiones ya no se pueden comprender adecuadamente solo desde una perspectiva iusprivatista. De una parte, la decisión sobre la titularidad o no de los derechos, así como las posibles limitaciones a su ejercicio por los menores es una cuestión plenamente constitucional. Pero también deben resolverse desde la Constitución —o al menos teniendo en cuenta los elementos que esta aporta— las cuestiones relativas al papel de los padres y de los poderes públicos, lo que plantea un número significativo de interrogantes que el autor de esta obra expone de forma sintética en el epígrafe 1 del Capítulo III de este libro.

Aunque nuestra Norma fundamental —como pasa con tantas otras cuestiones— no resuelve de manera clara y detenida el tema, sí aporta mimbres con los que, no solo resolver los problemas concretos que puedan suscitarse, sino también elaborar una teoría más amplia que permita abordar esos problemas con cierta coherencia y no de forma meramente casuística (aunque, especialmente en las cuestiones relativas a los derechos fundamentales, se deba siempre estar muy atentos a las circunstancias del caso concreto). La noción de intimidad familiar del art. 18.1 CE, el art. 27, en especial su apartado 3, que reconoce el derechos de los padres a elegir para sus hijos la formación moral y religiosa que esté de acuerdo con sus convicciones, la referencia al matrimonio en el art. 32 CE y la protección de la familia, la igualdad de los hijos y la obligación de los padres de prestarles asistencia durante la minoría de edad del art. 39 CE, son los elementos principales sobre los que elaborar una construcción que permita afrontar con solidez y alguna certeza los problemas que se susciten. Por otra parte, un tratamiento a fondo de estas cuestiones requiere —o al menos hacerlo ayuda mucho— el conocimiento de la doctrina alemana, que es sin duda la que más y con mayor detenimiento ha analizado esta cuestión.

Pero escasez de trabajos no es ausencia de ellos y resulta obligado mencionar la monografía de Benito Aláez, *Minoría de edad y derechos fundamentales* (2003), que es la obra de referencia sobre la materia. Un trabajo que, por otra parte, ha inspirado a muchos de los autores que posteriormente han tratado aspectos concretos de esta problemática. Se percibía, sin embargo, un espacio necesitado de más estudio. De una parte, en los veinte años transcurridos desde

su aparición ha habido importantes cambios normativos y se han suscitado nuevos problemas que afectan a los derechos del menor, a la posición de los padres y también el papel de los poderes públicos. Por otra parte, y como el lector podrá comprobar en la monografía que presentamos, junto a la tesis asumida para el ordenamiento constitucional español en el brillante trabajo de Aláez, existen otras que han recibido mayor respaldo en Alemania y que parecía necesario explorar. Sin duda, el estudio exhaustivo de las diferentes aportaciones doctrinales en Alemania y España a propósito de los derechos de los menores es un mérito particularmente destacable del trabajo que se presenta con estas líneas. Volveremos sobre ello.

Por todo lo expuesto, parecía conveniente un análisis en profundidad y actualizado de estas cuestiones. Y por eso, y a pesar de las dificultades que acabamos de señalar, fue la propuesta de tesis doctoral que le hicimos a Guillermo A. Morales Sancho. El fruto de su trabajo durante más de cuatro años es, básicamente, el que ahora se publica. Los directores no somos los más adecuados para juzgar el resultado. Su calidad ha sido reconocida con el premio Nicolás Pérez Serrano (edición de 2021) para tesis doctorales de Derecho Constitucional que otorga el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, posiblemente el más prestigioso en este ámbito. Por nuestra parte, sí estamos en condiciones de afirmar que estamos ante un trabajo especialmente riguroso, hecho con un conocimiento profundo de la teoría de los derechos fundamentales y de las construcciones tanto españolas como, sobre todo, alemanas, así como de los necesarios conocimientos iuscivilistas. Como podrá comprobar enseguida el lector, la exhaustividad y la profusión de citas, tanto legales y jurisprudenciales como doctrinales, dan soporte a un trabajo científico muy riguroso y comprometido, sin autocensura, ni censura externa. No elude la toma de postura, tanto sobre el tema de fondo como sobre las muchas cuestiones implicadas en la tesis. Estamos convencidos de que, por ello, alentará el diálogo científico sobre un tema que está lejos de estar cerrado y que, dada su relevancia, seguirá presente, pero ahora con otro sólido trabajo y con una argumentación de contraste que debe ser tenida muy en cuenta.

Como ya se ha dicho, el trabajo es tributario de la doctrina alemana. Guillermo Morales pudo pasar en aquel país un curso completo (2019-2020), acogido a la hospitalidad de los profesores Michael Sachs (fallecido poco después de su regreso, en febrero de 2022) y Christian von Coelln, ambos de la Universidad de Colonia y Gernot Sydow, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Münster. Como podrá comprobar el lector, el profundo análisis del Derecho alemán arroja una especial luz y ofrece importantes elementos para

abordar las cuestiones implicadas, pues la profundidad y la madurez de los debates sobre el tema en aquel país superan con mucho a lo vivido hasta ahora en España. Por otra parte, el autor no se limita a exponer las distintas teorías, sino que entra en diálogo con ellas y no rehúsa la toma de postura. Llama positivamente la atención el conocimiento de la doctrina —abundante— y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán y el nivel de comprensión de la misma y la capacidad para tenerla en cuenta al estudiar el caso español, evitando traslaciones automáticas o acríticas.

Aunque las distintas teorías alemanas son objeto de un detenido análisis en el Capítulo tercero del libro, ya desde el Capítulo segundo se toma una posición clara sobre cómo debe articularse de manera constitucionalmente adecuada la relación entre padres, menores y poderes públicos. Y se hace, precisamente, al hilo de la interpretación dominante en Alemania sobre el art. 6 de la Ley Fundamental de Bonn. De acuerdo con ella, «los padres son titulares de una libertad iusfundamental en beneficio de los hijos y de un deber constitucional de cuidarlos y educarlos. El cuidado durante la minoría de edad incluye el ejercicio frente al poder público de los derechos fundamentales de los que el hijo es titular atendiendo a las tipificaciones legales que gradúan su madurez. Los poderes públicos ostentan una posición de garante subsidiario respecto del bien del menor. Sólo pueden intervenir en caso de abandono o clara puesta en peligro del niño. El bien del menor (su interés superior) es la clave de bóveda de la estructura triangular, pues justifica tanto el derecho fundamental de defensa de los padres y sus deberes constitucionales como el papel de vigilante y coeducador de los poderes del Estado». Estamos ante una relación triangular en la que los padres son titulares de un derecho-deber (una situación ciertamente peculiar que es analizada con detalle en el trabajo); los hijos son los beneficiarios y el Estado asume un papel de garante, a la vez que de coeducador.

A la luz de la doctrina alemana, pero partiendo de los datos normativos que aporta nuestro texto constitucional, se estudia el alcance de la patria potestad en nuestro orden constitucional. Y aquí se contienen algunas de las que consideramos aportaciones más novedosas del trabajo: de un lado, el entendimiento de que los padres tienen un derecho de defensa frente al Estado; un derecho que, por otra parte, tiene la peculiaridad de ejercerse en beneficio de un tercero (los hijos) y que por ello tiene una faceta obligacional. El Estado no pierde, desde luego, su posición de garante, pero solo puede controlar «los contornos externos» de la patria potestad —lo que en Alemania se conoce como «control de indefendibilidad»—. Se trata de un derecho que no tiene una faceta negati-

va, en cuanto que no puede renunciarse a su ejercicio, y que incluye una dimensión prestacional que permite a sus titulares exigir la asistencia de los poderes públicos para el cumplimiento de sus deberes y la protección frente a posibles ataques de terceros.

En este mismo Capítulo se contiene una de las aportaciones más relevantes del trabajo: el entendimiento de la patria potestad como parte del contenido del derecho a la intimidad familiar de los padres (art. 18.1 CE). Una afirmación que el autor justifica de forma detenida tanto partiendo de los debates parlamentarios del texto constitucional, como de un análisis sistemático y de una interpretación ex art. 10.2 CE inspirada en los arts. 12 DUDH, 17.1 PIDCP y 8 CEDH. Un derecho que, por otra parte —y como ocurre en algunos otros casos— es compatible con la consideración de la patria potestad como una garantía institucional (en este caso, garantía de instituto de Derecho privado).

El tercer Capítulo se centra en las teorías sobre los derechos fundamentales del menor de edad en busca de una comprensión constitucionalmente adecuada que permita abordar las complejas cuestiones concretas que la minoría de edad plantea desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Una teoría que no puede ser lineal (una simple adaptación a los menores de la visión del titular adulto de derechos), sino necesariamente triangular, pues el ejercicio implica tanto al menor como a sus padres o tutores y a los poderes públicos. En el libro, se hace un recorrido completo y exhaustivo de las principales tesis, tanto en el ámbito internacional como en Alemania y España. Especialmente valioso es el detenido análisis de las distintas posturas en Alemania, estudiadas una por una, de forma sintética pero suficientemente clara y con claros posicionamientos por parte del autor.

Tras el estudio de las diferentes construcciones doctrinales, el autor fija su posición desde la que se examinan —en el Capítulo cuarto— las implicaciones en nuestro ordenamiento constitucional sobre numerosos contenidos: el estudio de los derechos de los que pueden ser titulares los menores, los posibles límites a su disfrute y ejercicio y un análisis de cada uno de los derechos fundamentales. Esto último se lleva a cabo con una notable capacidad de síntesis y también con un conocimiento de las categorías de Derecho privado (especialmente al tratar de los derechos de propiedad, herencia, fundación y empresa) que no deja de llamar la atención.

Especialmente reseñables en este Capítulo son las páginas que se dedican a la relevancia de la madurez del menor (que no puede significar ejercicio autónomo mientras no exista emancipación), la manera de determinar el interés superior del menor (que corresponde prima facie a los padres y cuya decisión

solo puede ser revisada una vez superado el control de indefendibilidad) y la forma de entender la eficacia de los derechos fundamentales en la relación paterno filial: una categoría que no puede trasladarse sin más a esa relación si no se quiere caer en un planteamiento conflictivista de esas relaciones. Una vez más insiste el autor en que no se trata de que los bienes protegidos por los derechos del menor queden a disposición de los titulares de la patria potestad, pero la intervención estatal solo cabe cuando se constata la puesta en peligro del bien del menor, su abandono o el conflicto entre los titulares de la patria potestad.

Aunque las tesis defendidas por Guillermo A. Morales son suyas y no de los directores del trabajo, compartimos en lo principal las conclusiones que alcanza sobre la posición iusfundamental de los padres, y entendemos que la patología no puede tomarse como regla general para fijar esa posición. No puede desconocerse que, en ocasiones, éstos incumplen las obligaciones de la patria potestad o pueden incluso infligir males a los que están llamados a guardar y proteger. Ahora bien, construir la relación menor-padres desde la patología no es ni conveniente ni fructífero, ni en este ni en ningún campo. Los hijos no son del Estado ni de los poderes públicos. La relación de padres e hijos, los deberes y responsabilidad de los primeros están en primer término y no se pueden debilitar o desmerecer, ni tan siquiera igualar con la posición entre menores y poderes públicos, fortaleciendo el papel de estos y relegando los derechos de los padres. No está de más recordar que una visión patológica de los padres, no responde al modelo ni a los valores por los que optó el constituyente, ni tampoco es la mejor solución para los hijos ni, por tanto, para la sociedad, ni responde a lo previsto en las normas internacionales sobre la materia.

Por supuesto que el Estado no puede vivir de espaldas a lo que ocurra en la relación entre padres e hijos. Más aún, debe intervenir cuando existe un riesgo serio y grave para el menor. Pero, como señalara ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE —y nos recuerda Guillermo A. Morales—, el generoso sacrificio de los padres en favor de sus hijos es virtud que no puede ser sustituida por la coerción estatal, aunque sí debe incentivarla y asegurar el marco jurídico para su ejercicio. También porque de dicha virtud paterna depende el futuro de la sociedad y del orden constitucional, pues «el secularizado Estado liberal vive de presupuestos que él mismo no puede garantizar».

Se compartan o no estos planteamientos, cabe asegurar que el trabajo que tenemos el honor de prologar tiene el indudable mérito de abordar, de manera exhaustiva, con un notable rigor jurídico y un profundo conocimiento de la doctrina alemana y española, las numerosas cuestiones implicadas en un tema

en el que la sociedad se juega algo más que la simple —pero importante— coherencia constitucional de las soluciones que se adopten.

Nuestra felicitación, por ello, a Guillermo A. Morales Sancho, del que cabe esperar nuevas y relevantes aportaciones en el ámbito de los derechos fundamentales y, más en general, del Derecho Constitucional.

ANGEL J. GÓMEZ MONTORO
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Navarra

ASUNCIÓN DE LA IGLESIA CHAMARRO
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Navarra

AGRADECIMIENTOS

Son muchas las personas a las que me une una deuda de gratitud por haberme apoyado en la elaboración de este trabajo. Empiezo por mi *alma mater*, la Universidad de Navarra, cuya Asociación de Amigos ha financiado la beca de doctorado y por mis directores de tesis: Ángel J. Gómez Montoro y Asunción de la Iglesia Chamarro. No en vano se dice en alemán *Doktorvater* y *Doktormutter*. Sin ellos, ni el Tribunal que juzgó esta investigación —Manuel Aragón Reyes, Gernot Sydow, Verónica San Julián Puig, Patricia Rodríguez-Patrón Rodríguez, Fernando Simón Yarza— hubiera otorgado la máxima calificación, ni el Jurado del Premio Nicolás Pérez Serrano —Yolanda Gómez Sánchez, Ascensión Elvira Perales, Benito Aláez Corral, Rosario Serra Cristóbal y Mayte Salvador Crespo— hubiera concedido por unanimidad el mencionado galardón.

También he de dar gracias al círculo de doctorandos del Área de Derecho Constitucional y de la Facultad, de los que he recibido tantas sugerencias de mejora. Los errores y deficiencias, ni que decir tiene, son exclusiva responsabilidad mía.

Por su parte, la codirección —a pesar de mis resistencias iniciales— junto a la Prof.^a Arregui Zamorano de Clínica Jurídica durante la investigación doctoral ha resultado muy enriquecedora. El desarrollo de proyectos educativos dirigidos a menores en edad escolar —en particular el programa *Street Law*— me ha situado en los problemas reales que cada día enfrentan y que se abordan en este trabajo.

Durante la estancia de investigación —que la beca del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD, por sus siglas alemanas) hizo posible— en la Universidad de Colonia la paciente ayuda de Michael Sachs en su último semestre en la Cátedra de Derecho del Estado, de su sucesor Christian von Coelln y de Silvia Pernice-Warnke son inestimables.

El fallecimiento del Prof. Sachs en febrero de 2022 fue una triste noticia para la *Uni zu Köln* y una enorme pérdida para la disciplina. Tengo muy grabada su heroica y generosa entrega. Incluso mientras combatía su última enfermedad, accedió a corregir las conclusiones y bibliografía de esta tesis. *Einen herzlichen Dank!*

De igual modo debo agradecer al Prof. Gernot Sydow el cálido recibimiento en el Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad de Münster y, muy en particular, en su *Schülerkreis* donde pude defender las ideas principales de este trabajo. También por haberme permitido impartir docencia en el *Fachspezifische Fremdsprachenausbildung* de la Facultad de Derecho. Experiencia particularmente provechosa gracias a la asidua guía de la Prof.^a María Eugenia Escobar Bravo.

Con todo, la experiencia educativa que más me ha ayudado durante estos años de formación ha sido participar de la convivencia culta de los Colegios Mayores, verdadero tesoro de la genuina vida universitaria que florece en el campus.

En fin, la comprensión y el continuo apoyo de mi familia y de mis padres—intensificado durante las extraordinarias circunstancias de la pandemia—confirman, una vez más, que nada escapa al cuidado de la Providencia.

Münster in Westfalen, julio 2023

ABREVIATURAS

Se ofrece una relación de las abreviaturas, siglas y acrónimos utilizados en este trabajo. Se han mantenido los extranjeros que tienen un equivalente español únicamente en nota al pie al citar obras foráneas para no alterar el título original de dichas publicaciones.

AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BGB	<i>Bürgerlichesgesetzbuch</i> , Código Civil alemán
BGBI.	<i>Bundesgesetzblatt</i> , Boletín federal oficial alemán
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> , Tribunal Supremo Federal Alemán
BVerfG	<i>Bundesverfassungsgericht</i> , Tribunal Constitucional Federal Alemán
BVerfGE	<i>Bundesverfassungsgerichtsentscheidung</i> , Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
CCCat.	Código Civil de Cataluña
FN	Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo
CDFA	Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas

CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989
CE	Constitución Española 1978
CEDAW	<i>Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women</i> , Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CFR	<i>Charter of Fundamental Rights</i> , Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
CRC	<i>United Nations Convention on the Rights of the Child</i> , Convención de los Derechos del Niño
CSE	Carta Social Europea
CVDT	Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948
EBEP	Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público
ECHR	<i>European Convention of Human Rights</i> , Convenio Europeo de Derechos Humanos
EGMR	<i>Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte</i> , Tribunal Europeo de Derechos Humanos
EMRK	<i>Europäische Menschenrechtskonvention</i> , Convenio Europeo de Derechos Humanos
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

EuGH	<i>Europäischer Gerichtshof</i> , Tribunal de Justicia de la Unión Europea
FamRZ	<i>Zeitschrift für das gesamte Familienrecht</i>
FJ	Fundamento jurídico
GG	<i>Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland</i> , Ley Fundamental de Bonn
GrCh	<i>Grundrechtscharta</i> , Carta de Derechos Fundamentales de la Unión
KRK	<i>Kinderrechtskonvention</i> , Convención de los Derechos del Niño
LAP	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
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro
LDCG	Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LECrIm	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEF	Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa
LETA	Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo
Ley trans	Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI
LF	Ley Fundamental de Bonn 1949
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LJM	Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar

LJV	Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
LO	Ley orgánica
LODA	Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación
LODE	Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación
LODP	Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición
LOE	Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación
LOEx	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
LOHC	Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus»
LOLR	Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa
LOLS	Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical
LOPDGDD	Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales
LOPDH	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 imagen
LOPIVI	Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia
LOPJM	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor
LORDR	Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión
LORE	Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia
LOREG	Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General
LORPM	Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores

LOTG	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
LPAC	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LPSC	Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
LTRHA	Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
NVwZ	<i>Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht</i>
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966
SpV, SpC	<i>Spanische Verfassung, Spanish Constitution</i> , Constitución Española 1978
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i> , Código Penal alemán
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEU	<i>Treaty of the European Union</i>
TFEU	<i>Treaty of Functioning of the European Union</i>
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
WRV	<i>Weimerer Reichverfassung</i> , Constitución de la República de Weimar 1919
ZGB	<i>Zivilgesetzbuch</i> , Código Civil suizo

I

INTRODUCCIÓN

Hasta la entrada en vigor de la Constitución —que recoge un amplio catálogo de derechos fundamentales de cuya titularidad no cabe excluir *prima facie* al niño— el estudio de los derechos del menor de edad se había abordado principalmente desde el Derecho Civil¹. En efecto, habrá que esperar a la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño en 1990 y la aprobación seis años más tarde de la Ley orgánica de protección jurídica del menor, para que se acometa en profundidad la tarea de elaborar una teoría en perspectiva constitucional del menor de edad².

Casos especialmente polémicos —como el rechazo de una transfusión sanguínea por parte de un niño de trece años testigo de Jehová, la limitación del derecho de visitas a un padre por ser miembro del movimiento gnóstico cristiano, el aborto sin necesidad de consentimiento paterno por parte de una adolescente de dieciséis o, recientemente, la rectificación registral del sexo exigida por una niña de catorce— son los que atrajeron la atención de nuestra doctrina constitucional y los que han provocado una mayor discusión.

Por contra, son muy pocos los trabajos que han abordado el estudio de la posición iusfundamental del niño de forma global, esto es, no de derechos fundamentales concretos, sino procurando ofrecer una teoría constitucionalmente adecuada de los derechos fundamentales del menor.

Al mismo tiempo, tampoco encontramos en España una teoría de la patria potestad —que es instituto de Derecho civil— en perspectiva constitucional. Aunque la figura ha sido de sobra estudiada por la doctrina iusprivatista —que

¹ Cfr. RICO PÉREZ, F., *La protección de menores en la Constitución y en el Derecho Civil*, Montecorvo, Madrid, 1980.

² ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., *La protección de los derechos del niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994.

reconoce la creciente influencia del Derecho público, en particular desde la entrada en vigor de la CE³—, no hay un análisis en profundidad desde el Derecho Constitucional.

En efecto, el hecho de que la Norma Fundamental no surja “en una situación de vacío jurídico”⁴, sino que asuma instituciones —entre ellas la patria potestad— ya existentes, no implica que éstas sean impermeables a la Constitución, ni que sea lícito un análisis de la “legalidad de la constitución”⁵. Esto es, la CE ni deja inmune, ni adopta en bloque la regulación de la patria potestad; sino que de ella se deriva un concepto que será el parámetro de control (*Prüfungsmaßstab*)⁶ de la normativa civil. De esta forma, la ingente bibliografía civil sobre la materia —cuyas líneas generales se sintetizan sin pretender terciar en las controversias civiles particulares— sirve como orientación para desentrañar el concepto constitucional de patria potestad que el constituyente fijó y con base en él elaborar una teoría de los derechos fundamentales del menor. Para acometer esta tarea ha sido de especial ayuda la doctrina alemana. El recurso a esta fuente no es caprichoso, sino que se debe a las siguientes razones.

Importancia del referente alemán

Como es sabido, tanto la Ley Fundamental de Bonn como la jurisprudencia y doctrina alemanas han sido una constante fuente de inspiración para el Derecho público en nuestro país⁷. Lo fueron para la elaboración de la Consti-

³ Cfr. ROCA I TRÍAS, M. E., *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, 1, Civitas, Madrid, 1999.

⁴ STC 108/1986 FJ 16.

⁵ Sobre la “legalidad de la constitución” (*Gesetzmäßigkeit der Verfassung*), cfr. JESTAEDT, M., *Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, pp. 22-36; JESTAEDT, M. Y REIMER, P., «Art. 6 Abs. 2 und 3 GG», en Wolfgang Kahl, Christian Waldhoff, Christian Walter (eds.) *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, vol. 2, 195, C. F. Müller, Heidelberg, 2018, p. 83; LEISNER, W., «Die Gesetzmäßigkeit der Verfassung», *Juristen Zeitung*, vol. 19, 7, 1964.

⁶ KINGREEN, T., «§ 263 Vorrang und Vorbehalt der Verfassung», en Josef Isensee, Paul Kirchhof (eds.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. XII, 3, C. F. Müller, Heidelberg, 2014, nn. 4, 38.

⁷ Cfr. BLANKE, H.-J. Y PIELOW, J.-C. Y WEBER, A., *Verfassungsentwicklungen im Vergleich. Italien 1947 — Deutschland 1949 — Spanien 1978*, Duncker & Humblot, Berlin, 2021; CRUZ VILLALÓN, P., «La Ley Fundamental en la evolución constitucional española (1978-2008)», en Christine Hohmann-Dennhardt, Rupert Scholz, Pedro Cruz Villalón (eds.) *Las Con-*

tución —en particular, el catálogo iusfundamental y el modelo de justicia constitucional— y han seguido siéndolo para la autorizada interpretación del TC y para nuestra doctrina.

Dicha impronta también se ha hecho notar en la materia que es aquí objeto de estudio: la patria potestad y los derechos fundamentales del menor. El art. 39 CE —cuyo apartado tercero define el contenido obligacional de la patria potestad— es casi idéntico al 43 de la Constitución republicana de 1931, que a su vez se inspiró en los arts. 119-121 de la Constitución de la República de Weimar. Los preceptos citados de la *Weimerer Reichverfassung* son precedente de los actuales 6 II y 6 III LF.

Por su parte, la incipiente discusión española acerca de los derechos fundamentales del menor se amplió notablemente en la primera década del siglo XXI con la apertura al debate habido en Alemania⁸. Más aún, la monografía de mayor impacto en nuestra doctrina⁹ toma como modelo una construcción minoritaria allí surgida¹⁰.

Esta profunda huella hacía necesario exponer con cierto detalle y evaluar críticamente la elaboración jurisprudencial y doctrinal alemana acerca de la patria potestad, los derechos fundamentales del menor y el interés superior del niño. Esto es, para situar la discusión española resultaba imprescindible explicar el origen de las distintas doctrinas presentes en nuestro país.

Si a ello unimos que cada autor elabora su propia teoría de los derechos fundamentales del menor con unidad de sentido —como obra de taracea en la que encajen las distintas piezas: capacidad, titularidad, ejercicio, madurez, inte-

stituciones alemana y española en su aniversario, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011; GALLEGO ANABITARTE, A., «La influencia extranjera en el Derecho administrativo español desde 1950 a hoy», *Revista de Administración Pública*, vol. 150, 4, 1999; GÓMEZ MONTORO, Á. J. Y SIMÓN YARZA, F., «La influencia del Derecho extranjero en el Derecho público español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 106, 1, 2016; TRUYOL Y SERRA, A., «Das Bonner Grundgesetz und die spanische Verfassung von 1978», en Klaus Stern (ed.) *40 Jahre Grundgesetz. Entstehung, Bewahrung und internationale Ausstrahlung*, C. H. Beck, München, 1990.

⁸ ELÍAS MÉNDEZ, C., «La protección de los menores de edad en Alemania desde una perspectiva constitucional», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, vol. 111, 1, 2001; *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional*, Tirant lo Blanch, 2002.

⁹ ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.

¹⁰ KRÜGER, H., «Grundrechtsausübung durch Jugendliche (Grundrechtsmündigkeit) und elterliche Gewalt», *FamRZ*, vol. 11, 1956; REUTER, D., *Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt*, Duncker & Humblot, Berlin, 1968; «Die Grundrechtsmündigkeit: Problem oder Scheinproblem?», *FamRZ*, 1969.

rés del menor, eficacia iusfundamental—; se entiende por qué la exposición en cascada de los distintos autores —en la que se muestra el desarrollo del debate y la influencia de elaboraciones previas— es la forma que más facilita la comprensión de la evolución doctrinal y la más respetuosa con la construcción que cada autor propone. Agrupar las teorías terminaba desfigurando el debate, pues no hay un uso homogéneo de los términos de la discusión. Encontramos: i) autores que rechazan de plano algunos conceptos que otros utilizan como piedra angular de su construcción (señaladamente: *Grundrechtsmündigkeit*), ii) los mismos vocablos (*v. gr. Mündigkeit, Grundrechtsmündigkeit, Grundrechtsreife, Grunsrechtswahrnehmungsfähigkeit, Grundrechtsausübungsfähigkeit*) usados con sentidos diversos y iii) la carencia de términos equivalentes castellanos porque o bien no captan los matices del término alemán original o bien la traducción tiene un campo semántico distinto. En resumen, el esfuerzo por aclarar la discusión sobre el fondo del asunto exigía esta exposición en orden cronológico.

Perspectiva triangular como esquema expositivo

La tarea que este trabajo se propone es ofrecer una teoría constitucionalmente adecuada de la respectiva posición de padres, menores y poderes públicos que sirva para explicar los derechos fundamentales del niño. Esta perspectiva triangular (titulares de la patria potestad—hijo—Estado), que es la utilizada por la corriente dominante en Alemania¹¹ y ha demostrado ser la de mayor poder explicativo, se ajusta con fidelidad al diseño constitucional español y a los escenarios reales en los que el menor se encuentra en relación con sus derechos fundamentales. Su adopción supone un apartamiento consciente del planteamiento habitual en la doctrina española y precisa unas breves consideraciones.

En efecto, cambiar la extendida perspectiva lineal (menores—Estado) por la estructura triangular de padres—menores—poder público abre el debate de los derechos fundamentales del niño a una nueva dimensión. En ella los titulares de la patria potestad no son únicamente titulares de deberes de cuidado y educación, sino que, en primer término, están situados junto al menor protegiéndolo frente a las injerencias del Estado, el obligado iusfundamental por antonomasia. Entendemos que el habitual esquema lineal resulta reductivo de

¹¹ Por todos, VON LANDENBERG-ROBERG, M., *Elternverantwortung im Verfassungsstaat. Rekonstruktion der Grundrechtsdogmatik des Art. 6 Abs. 2 GG*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2021, p. 144.

la complejidad de situaciones en las que se encuentra el menor, distorsiona el diseño constitucional de la protección iusfundamental del niño que nuestra Constitución¹² —como se justifica en II.2— confía en primer lugar a los padres.

Así, el cuerpo de este estudio se divide en tres capítulos. El primero, tras ofrecer una sintética descripción en perspectiva constitucional de la patria potestad en Alemania, aborda la explicación de los rasgos de la patria potestad que se deducen de la CE. Una vez fijado el concepto constitucional de patria potestad se investigan en el capítulo segundo las teorías sobre los derechos del menor construidas con base en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, en la LF y en la CE y se propone un modelo que se desarrolla en el último capítulo. En él se responde —según el ordenamiento constitucional español— a las preguntas acerca de la titularidad de derechos fundamentales del menor, su goce y ejercicio iusfundamental, el encaje de su interés superior y la eficacia de tales derechos en la relación paterno-filial.

Necesidad de una visión completa del catálogo iusfundamental

Se ha optado por hacer un repaso completo del catálogo iusfundamental —aún a costa de una profundización en los temas más polémicos relativos al menor de edad— por dos motivos.

El primero es la conveniencia de ver en funcionamiento el modelo triádico propuesto. Como se explicaba más arriba, abundan en nuestra doctrina los tratamientos monográficos que únicamente estudian uno o varios derechos fundamentales del menor. La pretensión de este trabajo no es resolver cada una de dichas controversias, sino ofrecer un coherente modelo general del que dichas obras carecen, pues las conclusiones que de ellas se extraen no son generalizables ni tampoco aportan una imagen completa de la situación del menor.

El segundo motivo es de mayor calado. Con mucha frecuencia se encuentra en nuestra literatura la afirmación de que los menores de edad desde la madurez han de poder ejercer autónomamente (sin sujeción a la patria potestad) todos sus derechos fundamentales¹³. La normativa de desarrollo de algunos derechos

¹² El artículo 12 CE, que —situado en el frontispicio del catálogo iusfundamental español— constitucionaliza la mayoría de edad de los españoles a los 18 años, implica tanto la falta de plena capacidad y madurez del menor como su sometimiento a la patria potestad. *Vid.* II.2.1.

¹³ *Vid.* III.3.4.

del catálogo como la intimidad, el honor y la imagen¹⁴ parece confirmar dicha tesis. Sin embargo, cuando se la toma en serio y se aplica de forma sistemática a cada derecho fundamental, queda en evidencia lo insostenible del aserto. Llevar a cabo un análisis completo del catálogo —que muestre las contradicciones y aporías que el ejercicio autónomo de los derechos fundamentales a la imagen, honor e intimidad provocan; así como la inaplicabilidad de la regla de la suficiente madurez como criterio general para el ejercicio autónomo (sin sujeción a la patria potestad) de los derechos fundamentales— es, según entendemos, la mejor manera de probar la inconsistencia de la tesis del “menor maduro”.

Interés del menor y *Drittwirkung*

Los dos últimos apartados se dedican a analizar el concepto del interés superior del menor y la eficacia en la relación paternofamiliar de los derechos fundamentales del niño. No ha resultado fácil encuadrarlos. En la literatura española se encuentran mezclados en la argumentación acerca de los derechos fundamentales del menor, sin que sea sencillo distinguir cuándo se habla del interés del menor¹⁵, cuándo de los derechos fundamentales del niño y cuándo de su autonomía respecto de los padres¹⁶.

Pues bien, la opción escogida trae causa del modelo triádico propuesto y responde a un concreto entendimiento de la patria potestad que se desarrolla en II.2. Así, no es casual que se sitúen en la parte final de la investigación, pues son los elementos de cierre del esquema triangular aquí defendido.

En fin, conviene aclarar que —salvo que expresamente se precise lo contrario— la traducción de las citas alemanas es de elaboración propia.

¹⁴ Art. 3.1 LODH: “El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.”

¹⁵ Cuya repetida invocación le ha merecido el calificativo de “mantra”. STALFORD, H., «The broader relevance of features of children’s rights law: the ‘best interests of the child’ principle», en Eva Brems, Ellen Desmet, Wouter Vandenhoele (eds.) *Children’s Rights Law in the Global Human Rights Landscape: Isolation, Inspiration, Integration?*, Routledge, Oxon, New York, 2017, p. 42; VALERO ESTARELLAS, M. J., «Homeschooling en Europa», en Irene María Briones Martínez (ed.) *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 275.

¹⁶ Cfr. ROCA I TRÍAS, M. E., *Familia y cambio social*, cit., p. 220.