



Universidad Nacional Autónoma de México
Facultad de Derecho
Seminario de Derecho Constitucional y de Amparo



EL DERECHO a La LIBERTAD RELIGIOSA PARA NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Tesis que para obtener el título de: *Licenciado en Derecho*

Presenta: **Diana Díaz Montiel**

Asesora de tesis: **Dra. Mónica González Contró**





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

UNIDAD DE SEMINARIOS "JOSÉ VASCONCELOS"
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y
DE AMPARO36

Cd. Universitaria, D. F. 14 de enero de 2013.

DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ.
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M
P R E S E N T E

Por este conducto, me permito comunicar a usted, que la pasante **DIAZ MONTIEL DIANA**, con número de cuenta 30468928-2 bajo la supervisión de este Seminario, elaboró la tesis intitulada "**EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA PARA NIÑAS NIÑOS Y ADOLESCENTES**", realizada con la asesoría de la profesora **Dra. Mónica González Contró**.

Con fundamento en los artículos 8° fracción V del Reglamento de Seminarios, 19 y 20 del Reglamento General de Exámenes de la Universidad Nacional Autónoma de México, por haberse realizado conforme a las exigencias correspondientes, se aprueba la nombrada tesis, que además de las opiniones que cita, contiene las que son de exclusiva responsabilidad de su autor. En consecuencia, se autoriza su presentación al Jurado respectivo.

"La interesada deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de Los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que Le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, sabe caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
EL DIRECTOR DEL SEMINARIO

LIC. EDMUNDO ELÍAS MUSI

*mpm.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades,
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510, México, D.F.

Dr. Edmundo Elías Musi

Director del Seminario de Derecho Constitucional y de Amparo

Facultad de Derecho

Presente

Como asesora de la alumna **Diana Díaz Montiel**, con **número de cuenta 304689282**, quien pretende obtener su titulación de la carrera de Licenciatura en Derecho mediante la modalidad de *Tesis y Examen Profesional*, someto a su consideración lo siguiente:

La alumna bajo mi dirección ha terminado amplia y satisfactoriamente con el trabajo de tesis intitulado **“El derecho a la libertad religiosa para niñas, niños y adolescentes”**, inscrito en el Seminario de Derecho Constitucional y de Amparo, cuyo seguimiento he seguido puntualmente. Por lo que, si tiene a bien considerarlo, su trabajo está listo para iniciar los trámites reglamentarios para poder ser sometido, en su caso, a examen profesional para su discusión.

Atentamente

“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”

Ciudad Universitaria, D. F., 3 de diciembre de 2012

Dra. Mónica González Contró

EL FUTURO de LOS NIÑOS es SIEMPRE HOY. Mañana Será tarde.

Gabriela MISTRAL



*A mi familia, a todos mis maestros y amigos,
Sin ustedes no habría llegado a esta meta.*

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a todas las personas e instituciones que han hecho posible la realización de la presente tesis.

A la Universidad Nacional Autónoma de México por ser mi casa académica.

A la Facultad de Derecho de la UNAM por todas las enseñanzas que me ha dado.

Al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM por acogerme con gran generosidad.

A mi madre académica, Mónica González Contró quien con su ejemplo, conocimiento, sabiduría, amor y grandeza ha ampliado mis horizontes y me ha hecho una mejor persona. Agradezco toda su confianza, dedicación y cuidado en mi formación y en la dirección de esta tesis.

A Javier Saldaña Serrano, por todo su cariño y la gentileza de su amistad, sin ellas la presente tesis no sería posible.

A mis maestros, Enrique Cáceres Nieto, Pauline Capdevielle, René González de la Vega, Rodrigo Gutiérrez Rivas, Pedro Salazar Ugarte, Carlos Silva Forné y Mauricio Padrón Innamorato por la confianza que han depositado en mí y toda la motivación que me dan para hacer de esta tesis el inicio del camino.

A mis mentores, Alejandro Herrera Ibáñez, José Manuel Fabila, Dora Elvira García González que han forjado mi camino hacia la academia.

A Ventura Rodríguez Cruz, sin sus enseñanzas, motivaciones y cariño desde la infancia, no habría recorrido el camino que me permite presentar esta tesis.

A mis maestros, en especial a Graciela Alcocer Durand, David Rodríguez Bravo Cruz, Carolina Valdés Cervantes, sin su apoyo no estaría aquí.

A Carlos Martín Aguilera, por amistad y apoyo invaluable, así como el maravilloso diseño de la presente tesis.

A mis padrinos F. S. Sebastián de Aparicio y a Doña Gloria cuyo amor siempre me acompaña y por ser mi estrella polar.

A mi abuelita Anita por todo su amor de siempre y por regalarme tantos bellos recuerdos que hacen mis momentos.

A mi madre, Rosalba cuyo apoyo y amor me han permitido ser y alcanzar mis metas y sueños.

A las memorias de mi padre, Jesús, que me motivan a soñar y a alcanzar mis sueños.

A mi abuelitos Luciano y Juan, a mi tía Guadalupe, a mis hermanas del corazón, Rocío y Ana Laura por ser el tesoro de mi vida. Sin su amor y apoyo no estaría aquí.

A Daniela por compartir conmigo su pensar y su sentir para poder percibir este tema desde su perspectiva.

A mis amigos, Ana Laura Acuña, Viridiana Albarrán, Jesús Barajas, Lucina Bringas, Miriam Castro, Nancy Correa, Guillermo Isaac Góngora, Ana Paulina Guillén, Elba Gutiérrez, Caridad Hernández, Arnulfo Daniel Mateos, Marcos I. Martínez, Carolina Miranda, Alejandro Moreno, Verónica Aidée Palacios, Pamela Padilla, Oscar Ramos, María Salmorán, Israel Santos, Axel Sosa, Walter Solis y Carla Trujillo.

A Ana Vega y Virginia García porque su fortaleza es un ejemplo digno de seguirse.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	XI
ÍNDICE	XV
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO PRIMERO	7
EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA	7
I. INTRODUCCIÓN.....	7
II. DEFINICIONES CONCEPTUALES DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA	8
1. La <i>libertad religiosa</i> como derecho y como principio	8
2. El reconocimiento del derecho a la libertad religiosa de manera conjunta con otros derechos relacionados y la ausencia de un consenso sobre el contenido del derecho a la libertad religiosa	11
3. Los orígenes del reconocimiento jurídico del derecho a la libertad religiosa.....	12
3.1 El reconocimiento jurídico inicial del derecho a la libertad religiosa en el modelo norteamericano	12
3.2 El reconocimiento jurídico inicial del derecho a la libertad religiosa en el modelo francés	14
III. EL CONCEPTO DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA DOCTRINA IBEROMERICANA	17
1. El derecho a la libertad religiosa como un fenómeno social en Roberto Blancarte Pimentel	18
2. El derecho a la libertad religiosa a partir de la presencia del hecho religioso en la sociedad en Raúl González Schmal.....	19

3. El derecho a la Libertad Religiosa y las Respuestas en la vida personal y social en Iván C. Ibán y Luis Prieto Sanchís	22
4. El derecho a la Libertad religiosa con fundamento en la dignidad humana en Javier Hervada	25
5. El derecho a la libertad religiosa como libertad jurídica en Joaquín Mantecón	27
IV. LA PROTECCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA (1948-Actualidad)	30
1. La protección del derecho a la libertad religiosa en los instrumentos del sistema universal de protección a los derechos humanos.	31
1.1 La Declaración Universal de Derechos Humanos	31
1.2 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	32
1.3 La Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones	34
2. La protección del derecho a la libertad religiosa en los sistemas regionales, europeo y americano de protección a los derechos humanos.....	36
2.1 El derecho a la libertad religiosa en el sistema europeo de protección a los derechos humanos.....	36
2.2 La protección al derecho a la libertad religiosa en el sistema americano de protección a los derechos humanos	40
V. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO	43
1. La protección constitucional del derecho a la libertad religiosa en México	43
1.1 Antecedentes.....	43
1.2 La religión católica como la única religión permitida en las Constituciones de México.....	44
1.3 El derecho a la libertad religiosa en la Constitución de 1857	45

1.4 El derecho a la libertad religiosa en la Constitución <i>de 1917</i>	47
1.5 La protección jurisdiccional constitucional del derecho a la libertad religiosa en México	50
VI. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN ESPAÑA	53
2.1 La protección jurisdiccional constitucional del derecho a la libertad religiosa en España	54
CAPÍTULO SEGUNDO	59
EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA PARA LAS NIÑAS, LOS NIÑOS Y LAS Y LOS ADOLESCENTES EN LA DOCTRINA ANTERIOR Y POSTERIOR A LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, LA DECLARACIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE INTOLERANCIA Y DISCRIMINACIÓN FUNDADAS EN LA RELIGIÓN O LAS CONVICCIONES, LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, EL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL	59
I. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES DESDE UN ENFOQUE ANTERIOR A LA CONVECIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1989	60
1. La protección del derecho a la libertad religiosa de niñas. niños y adolescentes en la doctrina.....	60
2. La protección del derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes en diversos instrumentos internacionales	62
2.1 La protección del derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	62

2.2. La protección del derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	66
2.3 La protección del derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes en la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones	67
2.4 Análisis del derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes en el sistema europeo de protección a los derechos humanos	71
II. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO	72
1. La protección del derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño	73
2. El derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes en el Tribunal Constitucional de España.....	76
CAPÍTULO TERCERO	85
EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA PARA NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA SENTENCIA DEL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 502/2007 DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN A LA LUZ DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	85
I. INTRODUCCIÓN.....	85
II. LA RELEVANCIA DEL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 502/2007 EN EL ANÁLISIS DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA PARA NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES	86
III. EL MARCO LEGAL DEL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 502/2007 DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.....	88

1.	La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el amparo directo en revisión 502/2007	88
2.	La Ley Para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en el amparo directo en revisión 502/2007	90
3.	La Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en el Estado de México en el amparo directo en revisión 502/2007	93
IV.	EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....	95
1.	El principio del interés superior del niño en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	95
2.	El principio del interés superior del niño en la Convención sobre los Derechos del Niño.....	96
3.	El principio del interés superior del niño en Miguel Cillero Bruñol, Liborio hierro y Mónica González Contró.....	98
A.	El principio del interés superior del niño como un medio para resolver <i>conflictos de derechos</i>	99
B.	El interés superior del niño establece un carácter primordial a los derechos de niñas, niños y adolescentes	99
C.	El interés superior del niño entendido como la satisfacción integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes	100
D.	Los enfoques de aplicación del principio del interés superior del niño	100
E.	El interés superior del niño como un concepto no contradictorio en distintos instrumentos jurídicos.....	102
F.	Una manera de aplicar el principio del interés superior del niño	112
4.	El principio del interés superior del niño según la Corte Interamericana de Derechos Humanos	115

A.	La dignidad humana como el fundamento del principio del interés superior del niño según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	117
B.	El niño goza de una protección especial para poder desarrollarse .	120
C.	El desarrollo del interés superior del niño implica su desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos	121
D.	El principio del interés superior del niño requiere de una evaluación probada de los daños a la persona menor de edad	122
E.	El principio del interés superior del niño, el concepto de autonomía progresiva y los derechos de participación de niñas y niños	124
F.	El Principio del Interés Superior del Niño como base para cualquier decisión que limite el ejercicio de algún derecho de la persona menor de edad	125
5.	El principio del interés superior en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	125
6.	El principio del interés superior del niño en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación	130
a.	El principio del Interés superior del niño en la sentencia del amparo directo en revisión 502/2007 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	139
b.	Análisis del principio del interés superior del niño en la sentencia del Amparo Directo en Revisión 502/2007 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación	142
7.	El Principio del Interés Superior del Niño en el Protocolo de Actuación para quienes imparten Justicia en Casos que Afecten a niñas, Niños y Adolescentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación	149

CAPÍTULO CUARTO	153
EL DERECHO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA PARA NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA SENTENCIA DEL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 502/2007 DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN CONFORME A LOS CONCEPTOS DE LA AUTONOMÍA PROGRESIVA Y LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD	153
I. INTRODUCCIÓN.....	153
II. EL CONCEPTO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA.....	154
1. El concepto de autonomía progresiva en la Convención sobre los Derechos del Niño.....	154
2. El concepto de autonomía progresiva en la doctrina	156
3. El concepto de la autonomía progresiva en el amparo directo en revisión 502/2007	157
III. LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.....	158
1. Los derechos de participación de niñas, niños y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño	158
1.1 El derecho a la libertad religiosa como un derecho de participación ante UNICEF	159
1.2 Los derechos de participación de niñas, niños y adolescentes en el Comité sobre los Derechos del Niño	160
2. Los derechos de participación de niñas, niños y adolescentes en Liborio Hierro, Ricardo Pérez Manrique y Carlos de la Torre	167
3. Los derechos de participación de niñas, niños y adolescentes en la Corte Interamericana de Derechos Humanos	169
4. Los derechos de participación de niñas, niños y adolescentes en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación	173

A. La participación de la niña en el amparo directo en revisión 502/2007 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación	176
B. Análisis de los derechos de participación de la niña en el amparo directo en revisión 502/2007 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	176
5. El Derecho a Participar en el Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en Casos que Afecten a Niñas, Niños y Adolescentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación	181
CONCLUSIONES.....	185
BIBLIOGRAFÍA	193
Libros	193
Revistas	197
Tratados Internacionales.....	198
Declaraciones y Observaciones Generales	199
Constituciones.....	199
Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	200
Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	200
Derecho Derogado.....	201
Tesis aisladas y jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación..	202
Sentencias del Tribunal Constitucional Español y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación	205
Legislación	205

Cuando Miquel entró por primera vez en una iglesia,
al ver la imagen de Cristo crucificado,
dijo: “¡Mirad! ¡Es Tarzán!”

*
Miquel, 3 años

Daniela le preguntó a su tía: “¿Dios está en las nubes?”
Su tía le contestó: “Sí, claro. Dios está en las nubes”.

Acto seguido le preguntó la niña:
“¿Y cuándo va a bajar a conocerme?”

*
Daniela, 3 años y 6 meses

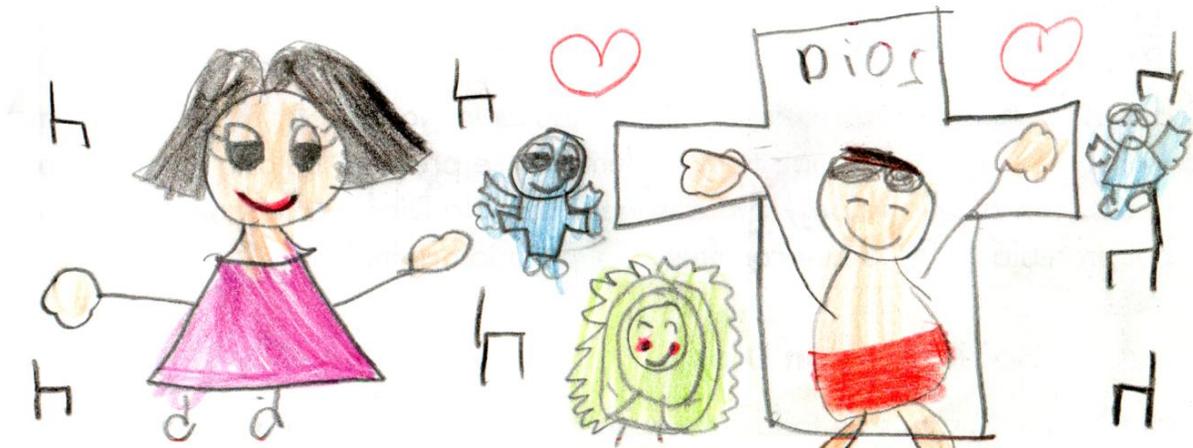
Iván le preguntó a su abuela, que es muy
creyente: Abuela, “¿tú has visto a Dios?”

La abuela respondió que sí, e Iván le
preguntó: “¿Cómo? ¿En estatua o andando?”

*
Iván, 5 años

La infancia tiene sus propias maneras de ver, pensar y sentir;
nada hay más insensato que pretender sustituir las nuestras.

Jean Jacques Rousseau



**

* Estas frases se encuentran en Motos, Pablo (Coord.), *Frases celebres de niños. El hormiguero.*, Ed. Aguilar.

**Este dibujo fue realizado por Daniela Avelar Pérez, 6 años de edad

INTRODUCCIÓN

Hace algunos años, en una conferencia sobre tesis relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se expuso un caso que involucraba el régimen de visitas y convivencias de una niña de 5 años con su padre en virtud de que éste solicitaba los días de visita de celebraciones judías, en lugar de aquellos días que corresponden a las celebraciones católicas. El argumento central con base al cual resuelve la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es que se debía de tutelar el interés superior de la niña.

La situación que plantea este caso en el amparo directo en revisión 502/2007 involucra diversas interrogantes. Por ejemplo ¿Si niñas, niños y adolescentes son titulares del derecho a la libertad religiosa? ¿Cuáles son los derechos de las personas menores de edad, de sus padres, o tutores en casos que se relacionan con las creencias religiosas? ¿Cuál es el papel del Estado como garante de estos derechos? Adicional a estas interrogantes, este tema vincula distintos conceptos como el interés superior del niño, la autonomía, la autonomía progresiva y los derechos de participación de niñas, niños y adolescentes. Las preguntas que plantea este caso ameritan una respuesta razonada y fundamentada.

Aparentemente el tema del derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes no es nuevo, e incluso podría parecer que las posibles respuestas ya se encuentran dadas. Ello se debe a que existe un criterio ampliamente difundido que entiende que los padres son quienes forman religiosamente a sus hijos. Sin embargo ¿tienen este derecho? Quizá esta postura ha sido poco cuestionada y amerita una respuesta desde la perspectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Es decir, si bien la pregunta sobre la libertad religiosa de las personas menores de edad no es necesariamente un tema nuevo, una respuesta a esta interrogante desde esta perspectiva sí es poco frecuente.

Un punto a considerar son los conflictos de intereses que pueden generarse en temas religiosos entre padres e hijos y entre el padre y la madre respecto de la formación religiosa de sus hijos. Adicionalmente, algunos casos de esta segunda

hipótesis se han analizado judicialmente en procesos de separación o divorcio, guarda y custodia y régimen de visitas y convivencias. En estos casos, el desacuerdo de los padres evidencia la necesidad de proteger los derechos de niñas, niños y adolescentes. Ambas situaciones invitan a reflexionar sobre cuáles son los derechos de los padres y de los hijos y cómo los ejercen.

El derecho a la libertad religiosa desde la perspectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes ha sido un tema poco desarrollado. Los estudiosos del derecho a la libertad religiosa abordan este derecho a partir de la presunción de que el titular tiene una autonomía plena por lo que puede tomar decisiones sobre las manifestaciones de sus creencias religiosas o confesionales. Por tanto, no examinan que sucede con las personas que carecen de esta autonomía, o bien, se limitan a señalar que este derecho se ejerce hasta que se cuente con ésta (sin desarrollar que se entiende por autonomía ni como se adquiere). Por su parte, los estudiosos de los derechos de niñas, niños y adolescentes en el caso del derecho a la libertad religiosa sólo se han referido a éste de manera general. Adicionalmente han sido pocos los autores que han estudiado este tema con profundidad.

Problemas como el que muestra la sentencia del amparo directo en revisión 502/2007 visibilizan una situación que clama por soluciones que involucren tanto el derecho a la libertad religiosa como los derechos de las personas menores de edad, es decir, este derecho desde la perspectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Es por ello que es relevante abordar este tema.

La presente tesis tiene la finalidad de analizar que sucede con el derecho a la libertad religiosa cuando el titular de éste es una niña, niño o adolescente, tanto respecto de la titularidad como de su ejercicio; también se desarrollan los conflictos de derechos, se propone una forma de resolver estas colisiones y cómo garantizar los derechos en juego de las personas menores de edad. La sentencia del amparo directo en revisión 502/2007 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación aborda este tema por lo que ésta se estudiará a lo largo de los capítulos de la presente tesis. Este análisis se realiza a través de conceptos que permiten desarrollar la situación de las creencias religiosas de los hijos

menores de edad cuando existen conflictos entre sus intereses y los de sus padres, o bien entre éstos. Ante estas situaciones ¿Qué puede hacer el juez constitucional desde una perspectiva de derechos de niñas, niños y adolescentes? La presente tesis propone una manera de resolver estos conflictos.

Esta tesis no aborda el tema de la educación religiosa de las personas menores de edad ni desde una perspectiva de derechos ni del Estado laico. Tampoco profundiza sobre los problemas que se han planteado sobre libertad religiosa en distintas disciplinas de las ciencias sociales. El objetivo del presente estudio es analizar la tensión entre el concepto liberal de autonomía que sirve como base de los derechos humanos y su aplicación en el sistema jurídico liberal, en concreto sobre el conflicto que se da en el derecho a la libertad religiosa, que presupone la autonomía de elección de una religión o creencias, y su aplicación cuando el titular de este derecho es una niña, niño o adolescente que carece de esta autonomía. Esta situación coloca en el espectro del examen a un titular de este derecho que se encuentra en desarrollo y por tanto adolece de habilidades cognitivas que le permitan prever las consecuencias de sus decisiones. Así, si bien tiene un derecho conceptualmente su aplicación en el sistema jurídico no es sencilla. He aquí la tensión mencionada entre un concepto y un sistema jurídico.

Para ello, primero se analizan diversos conceptos en las distintas fuentes del derecho, a saber, el derecho a la libertad religiosa, el derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes, el interés superior del niño, la autonomía progresiva y los derechos de participación de las personas menores de edad. Entre las fuentes del derecho que se examinan se encuentran la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 por ser nuestra ley fundamental y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como el tribunal constitucional e intérprete de nuestra carta magna, la Constitución Española de 1978 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español por ser este un sistema jurídico de la familia del derecho civil afín a México que ha desarrollado el tema del derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes tanto en su titularidad como ejercicio. También se estudia la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos debido a que es el sistema internacional de derechos humanos vinculante para México. Adicionalmente se analiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y los criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos debido a que el Sistema Europeo inspiró la creación del Sistema Americano de Protección a los Derechos Humanos.

Este estudio tiene un enfoque jurídico, por lo que aborda qué sucede con el derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes tanto sobre la titularidad como sobre su ejercicio.

En el primer capítulo se desarrolla cual es el contenido del derecho a la libertad religiosa *in genere* con el objetivo de explicar en qué consiste este derecho. Asimismo, tiene la finalidad de clarificar las diferentes aproximaciones que este derecho puede tener en aras de concretizar el objeto de su protección.

Posteriormente, en el capítulo segundo se exponen las diferentes posturas o formas en las que se ha regulado el derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes. Así, se contrastan dos posiciones encontradas, cuyo parte aguas es la Convención sobre los Derechos del Niño, pues es a partir de este tratado internacional que cambia la concepción de los derechos de las personas menores de edad de ser objetos de protección del derecho a ser titulares plenos de derechos. Sobre el derecho a la libertad religiosa, en este capítulo se desarrollan dos posturas, la primera, que considera que los padres tienen el derecho de formar a sus hijos conforme a sus creencias religiosas, y la segunda, que establece que las niñas, niños y adolescentes son titulares del derecho a la libertad religiosa y sus padres tienen el derecho de guiar su ejercicio.

Una vez que se señala el contenido del derecho a la libertad religiosa, así como de éste en el caso de niñas, niños y adolescentes se puede hacer un contraste entre los contenidos de estos derechos.

En el siguiente capítulo se estudia el principio del interés superior del niño como una herramienta para garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes cuando éstos entran en conflicto con otros derechos. Este capítulo desarrolla este principio en aquellos conflictos relacionados con temas religiosos.

En el último capítulo examina el concepto de la autonomía progresiva y los derechos de participación de las personas menores de edad. Los conceptos examinados en ambos capítulos se analizan en diversas fuentes del derecho, tanto nacionales, como comparadas e internacionales, a saber, la doctrina, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las leyes federales y locales; la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional Español y las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. A partir de este examen se establece un aparato crítico para analizar la sentencia del amparo directo en revisión 502/2007 y el derecho a la libertad religiosa desde una perspectiva de derechos de niñas, niños y adolescentes. Posteriormente se propone una manera en la que se pueden resolver los conflictos de intereses entre padres e hijos menores de edad a la luz de los conceptos de interés superior del niño, la autonomía progresiva y los derechos de participación de niñas, niños y adolescentes desde una perspectiva jurídica que garantice los derechos de las personas menores de edad.

CAPÍTULO PRIMERO

EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA

I. INTRODUCCIÓN

La presente tesis tiene el objetivo de analizar el derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes. Para ello, es pertinente estudiar en primer lugar este derecho para esclarecer su contenido. De ahí, que el primer capítulo del presente estudio desarrolle este tema.

El derecho a la libertad religiosa se encuentra presente en diversas fuentes del derecho, tales como, doctrina, constituciones, legislación e instrumentos internacionales. Antes de abordar su contenido es relevante hacer tres precisiones conceptuales. La primera se refiere a que el término *libertad religiosa* puede utilizarse para referirse tanto al derecho subjetivo como al principio en la relación Estado-iglesia(s); la segunda, a que como derecho se encuentra reconocido en diversos instrumentos jurídicos conjuntamente con otros, como el derecho a la libertad de conciencia y el derecho a la libertad de pensamiento; y como tercer precisión se puede señalar la ausencia de un consenso sobre su contenido.

A continuación se desarrollarán estas precisiones conceptuales del derecho a la libertad religiosa. Posteriormente, se procederá con el estudio de este derecho en diferentes fuentes del derecho con la finalidad de integrar un contenido que sirva de base para poder analizarlo en el caso de niñas, niños y adolescentes en los siguientes capítulos.

II. DEFINICIONES CONCEPTUALES DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA

1. LA LIBERTAD RELIGIOSA COMO DERECHO Y COMO PRINCIPIO

Como se mencionó, en una primera lectura de la doctrina sobre el derecho objeto de estudio en la presente tesis, es notorio que el término *libertad religiosa* se emplea para referirse a la facultad de la persona sobre su esfera religiosa, así como para delinear la relación que se da entre el Estado y la(s) iglesia(s). El primero se refiere al contenido de un derecho subjetivo, mientras que el segundo, a la relación que se da entre el Estado y las iglesias. Saldaña Serrano distingue estos conceptos de la siguiente manera: “Según creemos, es necesario precisar muy bien lo que por una parte es el derecho de libertad religiosa como derecho humano o derecho fundamental de la persona y por otra, el principio de libertad religiosa como principio organizativo del Estado.”¹

Así, si bien este término puede emplearse en ambos casos, éstos son diferentes. Para ello, vale la pena mencionar la aclaración que nos hace Javier Saldaña Serrano: “No podemos confundir la libertad religiosa entendida como derecho humano y como principio social de configuración cívica. El derecho de libertad religiosa pertenece a toda persona y corresponde a ésta por ser exigencia misma de su propia naturaleza. En cambio el principio de libertad religiosa alude siempre a un criterio de configuración estatal por el que el Estado se relaciona con lo religioso (en general).”²

Asimismo, tanto el derecho como el principio aquí estudiados han sido abordados por distintas disciplinas como el derecho, la sociología, la historia, la política e incluso la teología. Cabe precisar que el presente trabajo tiene un enfoque jurídico, por lo que únicamente se estudiará este tema como un derecho subjetivo.

¹Saldaña, Serrano, “Derecho de libertad religiosa y principio de libertad religiosa. Bases teóricas para un derecho eclesiástico mexicano”, *Persona y Derecho*, España, No. 41, 1999, p. 487.

² *Ibidem*. pp. 487 y 488.

¿Por qué se da esta multiplicidad de significados en el término libertad religiosa? Una posible explicación surge del análisis de su origen. Ambos surgen dentro de un mismo contexto histórico, político y social, por lo que se gestan en un mismo momento y de una manera muy estrecha.

En el caso particular del derecho, el momento histórico es fundamental. Como explica Gregorio Peces-Barba³ “quizá con la libertad de conciencia, ideológica y religiosa, más que en otros supuestos, el momento histórico y cultural es indispensable para pensar los problemas desde esa dimensión de la libertad jurídica. Será necesaria la aparición de una pluralidad de Iglesias y el contacto con otras confesiones no cristianas, como la musulmana o la judía, la intervención del poder político en esos conflictos o las necesidades de paz, de seguridad del comercio y la economía en general para que se formule la tolerancia religiosa primero y la libertad de conciencia después. Sin esas circunstancias y sin la implantación en la cultura de aquel tiempo de rasgos individualistas crecientes, de un racionalismo y de un proceso de secularización, los acontecimientos y las formulaciones de los derechos podían haber seguido otro camino o simplemente no haber existido. No es serio decir que todo ha surgido de una deliberación racional y que esos datos históricos son irrelevantes. Más bien se puede pensar que la fundamentación racional es una construcción *a posteriori* que pretende explicar unos comportamientos, sin negar, por supuesto, que en las motivaciones culturales que derivan existen elementos racionales, pero no fuera, sino situados en la historia...”⁴

El reconocimiento jurídico de este derecho se da inicialmente en la Declaración de Derechos de Estados Unidos de América o *Bill of Rights*⁵ y en la

³ El derecho a la libertad religiosa dentro de este momento histórico se reconoce junto a la libertad de conciencia y la libertad ideológica. En este momento la libertad de conciencia se entiende como conciencia religiosa. Esta aclaración se encuentra en Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Derecho y Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 402. La libertad ideológica surge en el modelo francés de protección a los derechos humanos y protege la manifestación de todo tipo de opinión.

⁴ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Derecho y Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 402.

⁵ La Declaración de Derechos de Virginia o bien *Bill of Rights* fue incorporado al texto constitucional posterior a la proclamación de la Constitución. Se incluyeron en la Constitución como enmiendas. Las primeras doce enmiendas fueron ratificadas con fecha 12 de junio de 1804. La primera enmienda reconoce el derecho a la libertad religiosa.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Ambos documentos surgen en el marco de las revoluciones ilustradas y tienen como antecedente el surgimiento de otras religiones distintas a la católica en Europa del siglo XVI, las persecuciones por este tema y la Reforma. Esta última fomenta la consolidación de diversas confesiones religiosas distintas a la católica. La diversificación de las creencias religiosas y las persecuciones religiosas dieron paso al consenso de la necesidad de tolerancia a las diversas religiones. Posteriormente, ello derivó en el reconocimiento jurídico del derecho a la libertad religiosa y en el surgimiento del principio de libertad religiosa en la relación Estado-iglesias. Así, los documentos jurídicos de derechos tras las revoluciones ilustradas reconocen este derecho. De tal forma que Oscar Celador Angón señala que “la relevancia de conocer la configuración del derecho de libertad religiosa en las revoluciones ilustradas reside en que, a través de las mismas, de una parte, el Estado dio los primeros pasos, que a la postre fueron decisivos, y sentarán las bases imprescindibles para el futuro desarrollo del Estado democrático, asumiendo que en este contexto era necesario reconocer el derecho de libertad religiosa y, en cierta medida y con matizaciones, un determinado grado de separación entre el Estado y la religión; y de otra parte, se trató de un periodo de transición en la formulación de los principios que en la actualidad guían el modelo de relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas, cuya culminación dará frutos en el siglo XX.”⁶

Tanto en los debates que dieron lugar al *Bill of Rights* de Estados Unidos, como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia, es posible identificar tanto el derecho como el principio de libertad religiosa. El contexto de intolerancia religiosa que se da en los siglos XVI y XVII visibiliza la necesidad del reconocimiento de ambos. Es precisamente este contexto el que marca su surgimiento. De ahí, que algunos estudios los aborden conjuntamente, y otros únicamente uno u otro.

⁶ Celador Angón, Oscar, “Capítulo VII. Libertad religiosa y revoluciones ilustradas”, en Peces-Barba Martínez, Gregorio, *et al.* (dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, 2001, t. II, vol. II, p. 47.

2. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA DE MANERA CONJUNTA CON OTROS DERECHOS RELACIONADOS Y LA AUSENCIA DE UN CONSENSO SOBRE EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA

Como segunda aproximación conceptual, como se anunciaba en la introducción de este capítulo, se encuentra reconocido dentro del mismo artículo que establece otros derechos, como el derecho a la libertad de pensamiento y el derecho a la libertad de conciencia. Y, como tercer punto se señaló que no hay unanimidad sobre el contenido de este derecho. Si bien la segunda y tercera aproximación son distintas, pueden explicarse conjuntamente al estudiar como inició su reconocimiento jurídico.

Como se ha señalado, el contexto del surgimiento y de la posterior consolidación de diversas religiones, generaron el consenso de la necesidad del reconocimiento de la tolerancia hacia las distintas prácticas. Lo que a su vez derivó en el reconocimiento en un primer momento, del derecho a la libertad religiosa.

Gregorio Peces-Barba lo explica señalando que “la necesidad de justificar doctrinalmente los derechos de las conciencias frente a la persecución de la Iglesia o del poder civil en apoyo de alguna de ellas (a nuestros efectos es indiferente que el perseguidor sea católico, luterano, calvinista o anglicano, o el brazo secular en apoyo de alguna de ellos) llevará a formular un derecho de cada individuo y de todos los individuos, al respeto a su forma de religión con Dios, a su concepción religiosa.”⁷ Así, en este momento el objetivo de este derecho era proteger el respeto a la forma de cada individuo de relacionarse con Dios, o bien, la concepción religiosa de cada persona. Por lo que las necesidades de la época determinaron el contenido inicial del derecho a la libertad religiosa.

Sin embargo, si bien ambos modelos de protección de derechos, el norteamericano y el francés, tienen como base el mismo contexto, reconocen el derecho a la libertad religiosa de manera distinta conforme a sus características. En ambos modelos, se le dota de contenido de manera distinta y se hace en

⁷ *Idem.*

conjunto con otros derechos. De ahí que la ausencia de un consenso sobre el contenido de este derecho y que su reconocimiento jurídico conjunto con otros derechos inicie desde sus orígenes. A continuación se desarrollará este argumento.

Como se ha señalado, los reconocimientos jurídicos iniciales del derecho a la libertad religiosa en el modelo norteamericano y en el modelo francés se dan a finales en el siglo XVIII y principios del XIX. El modelo norteamericano en la Declaración de Derechos o *Bill of Rights* y el modelo francés en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

3. LOS ORÍGENES DEL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA

3.1 EL RECONOCIMIENTO JURÍDICO INICIAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL MODELO NORTEAMERICANO

En el modelo norteamericano, la necesidad del reconocimiento del derecho a la libertad religiosa puede explicarse de la siguiente manera: “la explotación de las colonias y el consecuente desarrollo económico de éstas necesitó imperiosamente una potenciación de la tolerancia religiosa, pues de otra forma no sería posible atraer población a las colonias, ya de la metrópoli, ya de otras colonias. Esto fue especialmente relevante si se tiene en cuenta, de una parte, la escasa población inicial de las colonias y, de otra, que la emigración se produjo colectiva y selectivamente en función de las creencias religiosas de los emigrantes.”⁸

Esta postura parte del pluralismo religioso en Norteamérica, que a su vez crea la necesidad de la tolerancia religiosa para lograr un clima de paz, que permitiera en este caso, la consolidación de una nueva nación que se nutrió de personas de distintas religiones. Así, en aras de permitir la convivencia pacífica de los creyentes de diversas religiones, la mayoría de las colonias de los Estados

⁸ Nevins, Allan y Steele Commanger, *Breve Historia de los Estados Unidos*, México, FCE, 1994, p. 105.

Unidos decidieron no dotar a religión alguna con el carácter de oficial, ni financiar (desde el Estado) a ninguna religión. Asimismo reconocieron jurídicamente el derecho a la libertad de conciencia y el derecho a la libertad religiosa⁹.

El reconocimiento del derecho a la libertad religiosa en el modelo norteamericano no se dio únicamente por las colonias, sino también a nivel federal con la ratificación de las 10 primeras enmiendas a la Constitución el 15 de diciembre de 1791¹⁰. El reconocimiento constitucional también fue consecuencia de la necesidad de consenso, ya que la libertad religiosa se configuró como un ingrediente fundamental para la consecución de la convivencia pacífica de los grupos¹¹.

En este modelo, “la determinación del contenido, es decir de lo que debía proteger la primera enmienda, tuvo dos protagonistas: la libertad religiosa y de conciencia de una parte (si la enmienda debía contemplar las palabras libertad religiosa o derechos igualitarios de conciencia) y la prohibición de establecer a una religión como oficial o de que el Estado pudiese de acuerdo con el principio de igualdad, fomentar la religión, con carácter general, de otra parte.”¹²

Después de los debates, la redacción final de la primera enmienda señaló “el Congreso no dictará leyes que adopten a una religión como oficial del Estado o prohibirá el libre ejercicio de la religión”¹³ Madison y Jefferson fueron partidarios de proteger la libertad de conciencia en el mismo plano tanto de los creyentes como de los no creyentes. Así, la primera enmienda a la Constitución reconoce el derecho a la libertad religiosa, la neutralidad estatal y la separación entre el Estado y la religión.”¹⁴

En el modelo norteamericano se reconoció la libertad de conciencia y el derecho a la libertad religiosa. Sin embargo cabe aclarar que “el derecho a la libertad de conciencia se refiere entonces exclusivamente a la conciencia religiosa,

⁹ Celador Angón, Oscar, *op. cit.*, nota 6, p. 55.

¹⁰ El derecho a la libertad religiosa se encuentra reconocido en la primera enmienda.

¹¹ Celador Angón, Oscar, *op. cit.*, nota 6, p. 69.

¹² *Ibidem*, p. 70.

¹³ En este debate las ideas de Madison fueron transcendentales, véase *Ibidem*, p. 71.

¹⁴ *Ibidem*, p. 73.

y no comprende a los ateos ni a los partidarios de una ética laica”¹⁵ De ahí que Celador Angón precise que si bien “la libertad de conciencia surge con tintes exclusivamente religiosos que excluye a los ateos y a los partidarios de una ética laica; pero que evolucionaría, con la aparición de la pluralidad religiosa y la ruptura de los monopolios religiosos, del plano de la tolerancia al de la libertad de conciencia”¹⁶. Esta evolución es visible en este modelo al proteger la conciencia religiosa y la ética laica.

También cabe mencionar que el principal objetivo del derecho a la libertad religiosa era garantizar que los creyentes pudieran profesar su credo en un ambiente de paz que permitiera el desarrollo económico, por lo que en este momento, el contenido de este derecho consistía en la práctica de la religión que el creyente tuviera en el respeto a las diversas confesiones religiosas.

Por otra parte, en el modelo norteamericano, a la par del reconocimiento del derecho a la libertad religiosa, se consensa la importancia del no reconocimiento de ninguna religión como oficial, así como el no financiamiento estatal de religión alguna, junto con el principio de separación Estado-iglesias. De esta manera podemos ver como la protección jurídica de este derecho en el modelo norteamericano se da a la par del principio de libertad religiosa.

En este modelo el contenido de este derecho así como su vínculo con el derecho a la libertad de conciencia son producto de un debate.

3.2 EL RECONOCIMIENTO JURÍDICO INICIAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL MODELO FRANCÉS

Por su parte, en el modelo francés, con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, el derecho a la libertad religiosa puede entenderse como consecuencia del estrecho vínculo que se dio en el siglo XVIII entre la monarquía

¹⁵ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *op. cit.*, nota 4, p. 402.

¹⁶ *Ibidem*, p. 70.

y la Iglesia Católica. En ese momento existía al menos un clima de intolerancia a otras religiones (distintas de la católica)¹⁷.

En este modelo, los debates en torno al derecho a la libertad religiosa protegida en el artículo 10 de la *Declaración de derechos*, comenzaron el 23 de agosto, y desde esta fecha existieron dos posturas enfrentadas. Por una parte el sector anticlerical, liderado por Mirabeau, Castellane y Laborde, influido por las ideas de los escépticos, los enciclopedistas y Voltaire, que era absolutamente partidario de la libertad religiosa; y por otra parte el sector liderado por Bonnal, Obispo de Clermont, que buscaba establecer la religión como una garantía moral, con derecho al culto público a manera de religión de Estado. Tras álgidos debates, el artículo 10 señaló: “nadie puede ser inquietado por sus opiniones, incluso las religiosas, en tanto que su manifestación no altere el orden público establecido por la ley.”¹⁸

En el modelo francés el derecho a la libertad ideológica, entendido como la facultad de las personas de tener convicciones de cualquier tipo (entre ellas las religiosas) fue muy importante. Por otra parte, también se protegió el derecho de expresar, manifestar o difundir las opiniones, entendido éste como la libertad de opinión.¹⁹ Así, el derecho a la libertad religiosa se protegió como una extensión del derecho a la libertad ideológica y del derecho a la libertad de opinión. La libertad ideológica tutela todo tipo de convicción, y por ende se protegen las convicciones religiosas. Por su parte, la libertad de opinión debía protegerse en todas sus formas, incluyendo las opiniones religiosas. Así, este modelo protege las convicciones y las opiniones en general y en consecuencia, las convicciones y opiniones religiosas de las personas.

En este modelo no hay una definición exhaustiva del contenido del derecho a la libertad religiosa, sin embargo puede interpretarse que protegía las convicciones religiosas y la libertad de opinión en materia religiosa estableciendo como límite el orden público.

¹⁷ El periodo anterior a la Revolución Francesa está marcado por el Edicto de Nantes de 1685 donde el rey prohíbe cualquier ejercicio público de la Religión Protestante Reformada en Francia. Véase *Ibidem*, p. 74.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ Véase Jardin, André, *Historia del Liberalismo Político. De la Crisis del Absolutismo a la Constitución de 1875*, trad. Francisco González Aramburo, F.C.E., México, 1989, p. 90.

Así, mientras la declaración francesa protegió la libertad de opinión y por extensión a las opiniones en temas religiosos, los norteamericanos protegieron el derecho a la libertad religiosa junto con el derecho a la libertad de conciencia²⁰. Ambos modelos protegieron las convicciones, opiniones y manifestaciones de carácter religioso y no religioso; en el modelo norteamericano entendiendo a la libertad de conciencia como marco que tutelaba tanto la religiosidad como la laicidad, y el modelo francés a través de la protección a todo tipo de convicciones y opiniones, religiosas o no religiosas.

Celador Angón explica que el modelo francés está subordinado al principio de igualdad y, por lo tanto, la tolerancia tendrá por objeto remover las desigualdades sociales que existían por dicho motivo; mientras que el modelo norteamericano afirma el principio de libertad religiosa como marco mínimo de convivencia y como piedra angular para la construcción de esta nueva nación. En el modelo francés el derecho a la libertad religiosa surgió como consecuencia de la búsqueda de proteger la libertad ideológica (de filósofos y revolucionarios), y de la necesidad de la aplicación del principio de igualdad (la piedra de toque de la declaración francesa) a las creencias de cualquier tipo incluidas las religiosas; por su parte, el modelo norteamericano primero reconoce el derecho a la libertad religiosa y posteriormente lo amplía a la libertad ideológica.²¹

Sobre el contenido del derecho a la libertad religiosa es importante señalar que: “el alcance y contenido del derecho a la libertad religiosa se supeditó fundamentalmente al desarrollo de un periodo constitucional turbulento. En ambos contextos, el europeo y norteamericano, no están todavía claramente definidos los pilares sobre los que deben sustentarse sus respectivos edificios constitucionales y, por tanto, el papel que en los mismos deben jugar los principios de libertad religiosa y neutralidad estatal. De ahí que las soluciones jurídico constitucionales por las que optan en el siglo XVIII estén claramente supeditadas a la necesidad de mantener el equilibrio político y social y que, por lo tanto, los ordenamientos

²⁰ Boutmy, Emile, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Orígenes de la Declaración de Derechos del hombre y el ciudadano*, edición preparada por Jesús González Amuchastegui, Madrid, Editora Nacional, 1984, pp. 145-146.

²¹ Celador Angón, Oscar, *op. cit.*, nota 6, p. 118.

jurídicos tiendan a hacer depender el alcance y contenido del derecho a la libertad religiosa a sus antecedentes históricos, en Francia a la ruptura con la intolerancia de que fueron objeto los protestantes y los judíos, y a la necesidad de desvincularse con el pasado (el Antiguo Régimen) y a sus instituciones (la Iglesia galicana); y en Norteamérica a la constitución de una nueva nación donde era necesario reconciliar a una población que debía convivir pacíficamente con varias religiones. Por su parte, el principio de separación se formuló en función de los intereses políticos de cada momento, para unos como un mecanismo de defensa de la autonomía de los Estados recién constituidos frente al gobierno federal y como cauce necesario para legitimar el pluralismo religioso, y para otros como un instrumento de control primero y de pacificación de las masas después, pero siempre al servicio de los intereses políticos.”²²

La falta de precisión en las definiciones iniciales del derecho a la libertad religiosa, producto de las necesidades políticas y sociales de la época, así como la manera en que estos estudios vinculan a este derecho con otros derechos, dependiendo del modelo de protección de derechos que se estudie, trasciende en los documentos que lo reconocen.

Como se ha mencionado, el objetivo de la presente tesis es analizar el derecho a la libertad religiosa para niñas, niños y adolescentes. Sin embargo y para alcanzar dicho objetivo, es necesario en primer lugar conocer cuál es el contenido de este derecho. Este paso dará las herramientas teóricas para delimitarlo, para posteriormente poderlo analizar en el caso de niñas, niños y adolescentes. Iniciaré con el estudio de la doctrina.

III. EL CONCEPTO DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA DOCTRINA IBEROMERICANA

El objetivo de este numeral es delinear el contenido del derecho subjetivo a la libertad religiosa en la doctrina. Es notorio que en ocasiones por *libertad*

²² *Ibidem*, p. 120.

religiosa los autores se refieren al derecho y en otras al principio. Por ello, es pertinente tener en cuenta la distinción señalada anteriormente.

Adicionalmente, es importante recordar que hay distintos enfoques desde los que se analiza el derecho a la libertad religiosa, pues este concepto puede examinarse desde una perspectiva sociológica, como un fenómeno social que se gesta dentro de un contexto social específico, como un derecho de la persona, entre otros enfoques.

Ahora bien, qué se entiende por el derecho a la libertad religiosa, es decir ¿Cuál es el contenido del derecho a la libertad religiosa? Para dar respuesta a esta pregunta, se desarrollarán las propuestas sobre el derecho a la libertad religiosa de distintos autores.

1. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA COMO UN FENÓMENO SOCIAL EN ROBERTO BLANCARTE PIMENTEL

Con una mirada sociológica, Roberto Blancarte Pimentel estudia a la libertad religiosa como un fenómeno social que se ubica en un contexto histórico determinado²³, a saber, la gestación del mundo contemporáneo de Occidente y la caída del mundo medieval, que junto con la Reforma protestante²⁴, terminan con el modelo de una religión única, para dar paso a la convergencia de distintas religiones, y a la necesidad de la tolerancia religiosa y de la libertad religiosa. Blancarte Pimentel entiende *la noción de libertad religiosa* como un fenómeno particular que se gesta en un contexto social e histórico específico, que por tanto implica: “1) que no es un concepto de validez universal compartido y aplicable a todas las realidades en el tiempo y en el espacio; 2) que su definición y puesta en práctica no es unánime ni está garantizada, y 3) que la libertad religiosa no es, por tanto, un valor absoluto, sino que se inscribe en un marco social e histórico determinado, que a su vez se traduce, en algunos casos, en una serie de

²³ El estudio que realiza Roberto Blancarte Pimentel se ubica en un contexto histórico con enfoque social por lo que no caracteriza al derecho a la libertad religiosa desde la ciencia jurídica.

²⁴ Blancarte, Roberto J., “La Libertad Religiosa como Noción Histórica”, *Cuadernos, Derecho Fundamental de Libertad Religiosa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1994, p. 37.

postulados jurídicos, los cuales pueden ser limitativos de ciertas acciones de individuos o grupos.”²⁵

Así, señala que “la libertad religiosa tiene dos vertientes: la que la define en función de la lucha 1) contra la coerción en materia de fe por parte de otros individuos o grupos religiosos, o 2) contra la coerción del Estado o del poder civil ante las creencias y acciones religiosas de los individuos y, por extensión, contra la intervención del Estado en los asuntos eclesiales”²⁶. Para este autor, la libertad religiosa se define mediante la pelea ya sea contra los individuos o grupos en el primer supuesto, o bien, contra el Estado en el segundo inciso.

Roberto Blancarte Pimentel entiende a la libertad religiosa como un derecho negativo²⁷ en el sentido de que para que éste se garantice se requiere de una abstención del Estado en el terreno religioso, es decir, el ejercicio de este derecho requiere que el Estado no obligue o coercione en forma alguna a los ciudadanos a pronunciarse o manifestar algún credo o ceremonia.

2. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA A PARTIR DE LA PRESENCIA DEL HECHO RELIGIOSO EN LA SOCIEDAD EN RAÚL GONZÁLEZ SCHMAL

Una visión del derecho a la libertad religiosa a partir del desarrollo en la sociedad del fenómeno religioso, es la que presenta Raúl González Schmal. Este autor, explica que el hecho religioso se encuentra presente en las sociedades, en sus palabras: “el hecho religioso se encuentra en todas las sociedades, en todos los tiempos y lugares. No se ha encontrado sociedad alguna, antigua o moderna, en la que el fenómeno religioso no ocupe en la mayoría de las veces un lugar destacado en la vida de los pueblos.”²⁸

Raúl González Schmal enfatiza la relevancia del hecho religioso y de la religión tanto en una dimensión individual como comunitaria que responde a la necesidad de encontrar respuesta a preguntas fundamentales, de las personas y

²⁵ *Ibidem.* p. 38.

²⁶ *Ibidem.* p. 39.

²⁷ *Ibidem.* p. 40.

²⁸ González Schmal, Raúl, *La libertad religiosa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, México, Porrúa, Universidad Iberoamericana, 2004, p. 25.

de la sociedad en su conjunto. Por ello indica que “la religiosidad, en cuanto tal además de su carácter íntimo ubicado en la conciencia, presenta también una dimensión social, comunitaria. Su relación con el derecho se deduce de la misma naturaleza social del hombre, por lo que necesita vivir sus creencias y convicciones en sociedad. Ahora bien, hablar de sociedad organizada es hablar de derecho. La sociedad religiosa exige inevitablemente una regulación jurídica que ponga orden en el mundo religioso. Este orden viene exigido porque las religiones tienden a satisfacer una serie de intereses de contenido religioso. El hombre creyente necesita de ciertos bienes para dar satisfacción a sus necesidades religiosas.”²⁹ Este autor señala que el creyente requiere dar respuesta a sus necesidades religiosas³⁰ y por tanto, las personas como parte de la sociedad se manifiestan religiosamente por lo que este fenómeno tiene una dimensión social que puede ser regulada por el derecho.

Raúl González Schmal señala que “la libertad religiosa implica el derecho a la libre profesión de las convicciones fundamentales, expresión esta última que incluye de manera más explícita no sólo a las personas que asumen una convicción religiosa sino también a quienes no profesan ninguna. Es decir, las convicciones fundamentales se refieren al cuestionario básico del hombre en este mundo, a las preguntas profundas acerca del fundamento y el sentido de la vida humana. Tanto los creyentes como los ateos se plantean y responden, con profundas diferencias, las preguntas básicas sobre el sentido y el fundamento del hombre y del mundo; tienen convicciones fundamentales, que influyen en el pensamiento, en las decisiones, en la afectividad y en la conducta”³¹. Así, para González Schmal el contenido del derecho a la libertad religiosa se refiere a aquellas convicciones fundamentales que explican la presencia del hombre en el mundo, que dan respuesta sobre su origen y su propósito. Sostiene también que las mencionadas convicciones pueden tener o no contenido religioso. Cualquiera

²⁹ *Ibidem.* p. 26

³⁰ Véase cita 26 en la que el autor hace referencia a las necesidades religiosas, o bien la necesidad de dar respuesta a preguntas fundamentales como el sentido de la vida, la muerte, etc.

³¹ González Schmal, Raúl, comentario al artículo 24 constitucional, *Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus constituciones*, Tomo XVI, Sección Segunda, México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Miguel Ángel Porrúa, 2006, p. 864.

que sea el caso, las convicciones fundamentales son protegidas por el derecho a la libertad religiosa; pues, como él mismo precisa “la libertad religiosa abarca al creyente y al no creyente, al que tiene religión y al que no profesa ninguna.”³²

Una vez ubicado lo que este autor entiende por derecho a la libertad religiosa es relevante señalar que González Schmal, también encuentra un vínculo entre los derechos a la libertad religiosa, a la libertad ideológica y a la libertad de conciencia.

Para González Schmal, la libertad religiosa guarda principalmente un vínculo con la libertad de conciencia³³, debido a que la primera es consecuencia de la segunda³⁴. La libertad de conciencia se gesta en la esfera íntima del pensamiento de cada persona; por lo que es totalmente intangible a cualquier coerción, ya que nadie puede entrar (y en consecuencia coaccionar) de forma alguna esta esfera interna de la persona. De ahí, que nadie pueda obligar a nadie a pensar de forma alguna, incluidos los pensamientos que se gesten sobre convicciones fundamentales. Por ello, el derecho a la libertad de conciencia, permite que se desarrolle del derecho a la libertad religiosa. Al ser en la conciencia donde se generan los pensamientos que llevan a las manifestaciones derivadas de las convicciones religiosas. De igual forma, esta esfera interna-protegida por la libertad de conciencia- no puede tutelarse mediante el derecho positivo pues se encuentra en el terreno de lo intangible. Sin embargo, las manifestaciones que se dan en función de las convicciones fundamentales que se adopten, sí son materia de protección del derecho y se tutelan mediante el derecho a la libertad religiosa³⁵. Así, el derecho a la libertad religiosa es consecuencia de la libertad de conciencia.

Por su parte, para este autor, el derecho a la libertad ideológica protege la posibilidad de todos de explicar al hombre, al mundo y a la vida, así el derecho de libertad religiosa también se deriva del derecho a la libertad ideológica. Las convicciones fundamentales pueden ser o no de contenido religioso. Así, el derecho a la libertad ideológica protege que se generen las convicciones

³² González Schmal, Raúl, *op. cit.*, nota 28, p. 29.

³³ Entendiendo a la libertad religiosa como contenido del derecho a la libertad religiosa y a la libertad ideológica como contenido del derecho a la libertad ideológica.

³⁴ *Ibidem.* p. 866.

³⁵ *Idem.*

fundamentales, en caso de que éstas sean de carácter religioso, éstas ya no son tuteladas por el derecho a la libertad ideológica, sino por el derecho a la libertad religiosa.³⁶

Raúl González Schmal considera que el derecho a la libertad religiosa implica una inmunidad de coacción, que se traduce en la imposibilidad de obligar a toda persona a actuar en contra de su conciencia y actuar conforme a su conciencia ya sea en la esfera privada como pública³⁷.

3. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA Y LAS RESPUESTAS EN LA VIDA PERSONAL Y SOCIAL EN IVÁN C. IBÁN Y LUIS PRIETO SANCHÍS

Iván C. Ibán y Luis Prieto Sanchís estudian el derecho a la libertad religiosa con base en un instrumento jurídico: la Constitución Española de 1978. Su examen establece que el derecho a la libertad religiosa parte de la libertad de pensamiento, entendiendo a la libertad de pensamiento como la facultad de toda persona de responder de la mejor manera por sí y para sí misma, las preguntas que se gesten en su vida personal y social, así como de comportarse de acuerdo con dichas respuestas; y por tanto de comunicar a los demás lo que considere verdadero. La libertad de pensamiento abarca por tanto a las libertades ideológica, de creencias, la de conciencia moral y la religiosa en sentido estricto, etc.³⁸ Posteriormente aclaran que por ideología se entiende “un determinado sistema de pensamiento, una cierta actitud ante la vida, el hombre, la moral, etc., en definitiva una cosmovisión”³⁹. De esta manera, los mencionados autores identifican a toda respuesta a las preguntas de la vida personal y social dentro de la ideología de la persona. Así, si la respuesta a estas interrogantes no son de carácter religioso, se trata de una expresión tutelada por el derecho a la libertad ideológica, si por el contrario, estas respuestas tienen sentido religioso, son manifestaciones tuteladas por el derecho a la libertad religiosa.

³⁶ *Idem.*

³⁷ *Idem.*

³⁸ Iván C. Ibán y Luis Prieto Sanchís, *Lecciones de Derecho Eclesiástico*, Segunda Edición, España, Editorial Tecnos, 1990, p. 141.

³⁹ *Ibidem*

Sobre el derecho a la libertad religiosa, señalan que el: “derecho de libertad religiosa es aquel derecho que poseen quienes han optado por una solución fideísta y confesional al interrogante religioso; en tanto que parece que al ámbito de lo ideológico deben ser trasladadas las restantes posibilidades; ateísmo, agnosticismo e indiferentismo, que suponen también un cierto punto de vista sobre lo religioso, pero que no parten de un acto de fe, sino de una determinada concepción del mundo.”⁴⁰ De esta manera, para estos autores las manifestaciones que se dan como consecuencia de la vinculación de una persona con alguna fe, para responder las preguntas sobre el sentido de la vida y del hombre, son la materia de protección del derecho a la libertad religiosa. En el estudio que nos presentan Ibán y Prieto Sanchís el derecho a la libertad religiosa tutela las respuestas fideístas o confesionales ante las grandes preguntas de la vida. Por otra parte González Schmal, como se mencionó en párrafos anteriores, considera que el derecho a libertad religiosa abarca tanto las respuestas al interrogante religioso de contenido religioso como no religioso.

Por otra parte, Ibán y Prieto Sanchís, destacan que de la existencia de un derecho, se da una obligación: “Como derecho subjetivo, el derecho a la libertad religiosa es un derecho del cual derivan facultades e inmunidades a favor de individuos y de grupos. Ante la existencia de un derecho, encontramos una obligación, ya sea en sentido positivo o negativo, esta obligación puede hacerse cumplir mediante una acción judicial. Si la facultad reconocida no se encuentra garantizada por este medio de cumplimiento, no podríamos hablar de un derecho subjetivo en sentido estricto o técnico”⁴¹.

Ibán y Prieto Sanchís señalan que si bien ellos identifican como elementos del derecho a la libertad religiosa a diversas manifestaciones, todas ellas se caracterizan por tener una obligación correlativa en sentido negativo o bien una abstención.⁴² El derecho a la libertad religiosa implica “la garantía jurídica de un

⁴⁰ *Idem.* p. 142.

⁴¹ *Idem,* p 140.

⁴² *Idem,* p. 146

ámbito de inmunidad para practicar el acto de fe y cumplir con todos los deberes que ese acto lleve aparejado para ser completo y coherente.”⁴³

En las propuestas que se han presentado hasta el momento, se observa que Raúl González Schmal, Iván C. Ibán y Luis Prieto Sanchís señalan que el derecho a la libertad religiosa se vincula muy estrechamente con otros derechos como el derecho a la libertad de conciencia, el derecho a la libertad ideológica y el derecho a la libertad de pensamiento. Si bien es cierto que estas propuestas caracterizan de manera distinta a los mencionados derechos, ambos estudios concuerdan en que el derecho a la libertad religiosa tutela las respuestas que las personas dan al interrogante religioso mediante las cuales el hombre explica *in genere*, el sentido de la vida.

Cabe mencionar que Raúl González Schmal señala que el derecho a la libertad religiosa no sólo protege las respuestas de contenido religioso sino también las respuestas de contenido no religioso. Ahí encontramos un punto de desacuerdo en los estudios que se han presentado; Raúl González Schmal señala que el derecho a la libertad religiosa tutela tanto las respuestas de contenido confesional o religioso y las de contenido no confesional o no religioso, e Iván C. Ibán y Luis Prieto Sanchís señalan que el mencionado derecho únicamente protege las repuestas de contenido confesional o religioso. Hay un debate sobre si el derecho a la libertad religiosa únicamente tutela las respuestas de contenido confesional o religioso o también aquellas de contenido no confesional o no religioso.

Antes de continuar con la siguiente propuesta sobre el contenido del derecho a la libertad religiosa cabe hacer notar que tanto Roberto Blancarte Pimentel, Raúl González Schmal, Iván C. Ibán y Luis Prieto Sanchís están de acuerdo en que el derecho a la libertad religiosa implica una inmunidad de coacción para su garantía.

⁴³ *Idem* p. 146

4. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA CON FUNDAMENTO EN LA DIGNIDAD HUMANA EN JAVIER HERVADA

Por otra parte, Javier Hervada comienza indicando que no hay una acepción unívoca para el derecho a la libertad religiosa y señala que el contenido de este derecho tiene líneas grises con otros derechos como el derecho a la libertad de conciencia y a la libertad de pensamiento. Por ello hace notar que uno de los objetivos de la ciencia jurídica es identificar los distintos institutos jurídicos y los derechos, ubicando cuáles son sus características y límites⁴⁴. Así señala que una de las tareas de la ciencia jurídica, con respecto del derecho a la libertad religiosa, es identificar o al menos trabajar en el área de identificación de las características típicas y límites de este derecho.

Hervada parte de la base de que todos los derechos tienen el mismo fundamento, la dignidad humana⁴⁵, por lo que entiende que es difícil distinguir de manera absolutamente clara los límites entre los derechos. Sin embargo, este autor aclara que ello no implica que no sea posible encontrar rasgos definitorios de los derechos. Por esta razón, para este autor, no debe hablarse de conceptualización de los derechos, sino de *tipificación*.⁴⁶ La propuesta de *tipificación* de los derechos de Hervada es una invitación a no buscar conceptos exhaustivos para los derechos dado que éstos tienen fronteras poco definidas con otros derechos. Por ello propone buscar sus rasgos característicos, es decir, aquellos que se producen con mayor frecuencia, o bien, su *tipo*.

Javier Hervada señala que hay tres libertades que se encuentran muy relacionadas: la libertad de pensamiento, la libertad religiosa y la libertad de conciencia. También explica que “la raíz del dominio que el hombre tiene sobre su ser está en su racionalidad, pues es mediante el conocimiento intelectual y la voluntad de la naturaleza espiritual cómo el hombre escapa a una total necesidad

⁴⁴ Hervada, Javier, “Libertad de conciencia y error moral sobre una terapéutica”, *Persona y Derecho*, España, No. 11, 1984, p. 30.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ *Ibidem*. p. 30-31.

impuesta por las leyes físicas y biológicas, poseyendo un amplio espacio del obrar en el que la persona es capaz de captar la finalidad de los seres y de sus actos y de decidirse libremente.”⁴⁷ El fundamento que Hervada encuentra para los derechos a la libertad de pensamiento, el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la libertad de conciencia es la racionalidad. Para este autor ésta es una esfera absolutamente íntima de la persona, y por tanto es intangible ante cualquier elemento externo. Hervada considera que la racionalidad se encuentra en la mente de las personas y dado que no hay manera de que nadie entre, es totalmente intangible, incluso del derecho.

Sobre la libertad de pensamiento, Hervada distingue que ésta se basa “en la pertenencia del pensamiento al ámbito íntimo de la persona (y, en último término, en la dignidad humana), que es dueña de sí y, en consecuencia, de su capacidad y actividad intelectual y volitiva.”⁴⁸ También agrega “en suma, la libertad de pensamiento es una *inmunidad de coacción*, a la vez que supone la protección del Estado y de la sociedad para formarse el propio pensamiento.”⁴⁹

Mientras que la libertad de pensamiento es tipificada por la racionalidad que permite el autocontrol de la persona, la percepción del mundo y la formación de la actividad intelectual volitiva en la que existe una inmunidad de coacción, la libertad religiosa para Hervada se tipifica con la vinculación con algún ser superior, como una proyección externa de esta vinculación. Sobre el derecho a la libertad religiosa, Hervada establece: “la libertad de religión o religiosa tiene por objeto al sistema al sistema de relación del hombre con Dios en cuanto tiene una proyección externa (práctica, enseñanza, culto y observancia).”⁵⁰

Para Javier Hervada la libertad de pensamiento y la libertad religiosa se encuentran muy vinculadas. La razón de este vínculo, se da en virtud de que la racionalidad y así la libertad de pensamiento, que se da de manera personal dentro de la mente de cada persona, sin que nadie pueda controlar o coaccionar en forma alguna lo que ahí se gesta, es lo que permite la decisión mediante la cual

⁴⁷ *Ibidem.* p. 32.

⁴⁸ *Ibidem.* p. 37.

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ *Ibidem.* p. 38.

una persona se vincula con algún ser superior; y ello es lo que permite a su vez la realización de manifestaciones externas, consecuencia de este vínculo. Por ello, es que hay zonas grises entre estos dos derechos sin que se puedan separar de manera absoluta. En este sentido, la libertad religiosa se da en consecuencia de la libertad de pensamiento, debido a que las proyecciones externas de la relación del hombre con dios(es) se dan en virtud de un decisión interna en el pensamiento de cada persona.

Desde la misma mirada de Hervada, Javier Saldaña define el derecho a la libertad religiosa como “el derecho de libertad religiosa es un derecho originario y primario que el hombre posee por naturaleza y que tiene por objeto la relación del hombre con Dios a través de la cual le rinde culto mediante manifestaciones externas que, sin sobrepasar los límites exigidos por el propio derecho para su correcto ejercicio, le permiten cumplir con una de sus inclinaciones naturales más importantes y que el Estado no puede coaccionar.”⁵¹

Hay un consenso entre Javier Hervada y los antes citados autores, Raúl González Schmal, Iván C. Ibán y Luis Prieto Sanchís sobre el vínculo que tiene el derecho a la libertad religiosa con el derecho a la libertad de pensamiento y el derecho a la libertad de conciencia. Sin embargo estos autores caracterizan el contenido del derecho a la libertad religiosa de maneras distintas, a saber, Hervada con la presencia de un ser superior; Ibán y Prieto Sanchís señalan que el derecho a la libertad religiosa protege las respuestas de contenido religioso que las personas dan al interrogante religioso; González Schmal amplía la definición que dan Ibán y Prieto Sanchís a aquellas respuestas no religiosas al interrogante religioso.

5. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA COMO LIBERTAD JURÍDICA EN JOAQUÍN MANTECÓN

Por otra parte, Joaquín Mantecón responde a la pregunta planteada, entendiéndolo que el derecho a la libertad religiosa es una libertad jurídica, él señala

⁵¹ Saldaña Serrano, Javier, *op.cit.*, nota 1, pp. 493 y 494.

que en la actualidad el derecho a la libertad religiosa se concibe como “un derecho que garantiza la posibilidad real de que cualquier persona pueda practicar libremente su religión, tanto individualmente como asociado con otras, sin que el Estado pueda discriminar a nadie en virtud de sus opciones religiosas, se entiende también que dicha libertad se extiende en cuanto a su constitución, organización y actividad a los grupos religiosos organizados institucionalmente.”⁵²

De esta manera, Mantecón dota de contenido al derecho a la libertad religiosa con la facultad de cada persona de poder practicar la confesión religiosa de su preferencia ya sea de manera individual o colectiva. Este autor centra el contenido del derecho en las manifestaciones de fe que se realicen, agregando la posibilidad de que éstas sean de forma individual o bien colectiva.

Mantecón estudia al derecho a la libertad religiosa, partiendo de la base que es una libertad jurídica, es decir, una libertad que tiene por objeto la autodeterminación, en este caso, en materia religiosa. Señala “una libertad especificada por su objeto-la autodeterminación de la voluntad en asuntos religiosos, siempre que tenga relevancia externa- y garantizada jurídicamente, frente al Estado y frente a terceros, mediante las consiguientes garantías jurisdiccionales (si no existen esas garantías, no cabe propiamente hablar de verdadero derecho)”.⁵³ De esta manera, para Mantecón, el derecho a la libertad religiosa se materializa como la autodeterminación de la voluntad en materia religiosa, por lo que el acto que se protege mediante las garantías jurídicas, son las manifestaciones ya sea individuales o colectivas, que son resultado de la autodeterminación de la voluntad, con carácter religioso.

Los doctrinarios estudiados anteriormente dotan de contenido al derecho a la libertad religiosa desde diversos ángulos, a saber, como fenómeno social (Roberto Blancarte), derecho establecido en la Constitución (Ibán y Prieto Sanchís), como un derecho inherente a la persona con fundamento en la dignidad humana (Javier Hervada), o bien, como libertad jurídica (Joaquín Mantecón). Cabe

⁵² Mantecón, Joaquín, “La Libertad Religiosa como derecho humano”, *Tratado de Derecho Eclesiástico*, España, EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, 1994, pp. 91-92.

⁵³ *Ibidem.* p. 93

hacer notar que no hay un consenso entre ellos sobre el contenido del derecho a la libertad religiosa.

Los autores citados en los párrafos precedentes, señalan la dificultad de trazar una línea divisoria entre los derechos a la libertad de pensamiento, a la libertad ideológica, a la libertad de conciencia y a la libertad religiosa debido a la estrecha relación que guardan.

La discusión en torno a qué es el derecho a la libertad religiosa muestra que las respuestas en torno al sentido de la vida o bien las convicciones fundamentales, etc., pueden ser religiosas o confesionales, o bien, distintas de lo religioso o confesional. La mayoría de los autores coinciden en que las manifestaciones derivadas de las respuestas religiosas es el objeto de protección del derecho a la libertad religiosa. En cambio, si la respuesta de la persona a esas interrogantes es cualquier otra menos la religiosa, entonces las manifestaciones *no religiosas* que se den en consecuencia, serán tuteladas por la libertad de pensamiento o bien libertad ideológica⁵⁴.

Por otra parte, todos los autores que se han citado en este apartado están de acuerdo en que la libertad religiosa implica una inmunidad de coacción, es decir, que se garantiza no interfiriendo en este ámbito, protegiendo así la voluntad soberana del titular de manifestarse conforme a la convicción religiosa que se adopte.

Otro elemento que se ha señalado por los autores anteriormente mencionados es sí este derecho protege tanto a la esfera interna como externa del vínculo con un ser superior o confesión religiosa. En torno a este punto hay un debate que se relaciona con el estrecho vínculo que guarda el derecho a la libertad religiosa con el derecho a la libertad de pensamiento.

Hervada señala que el pensamiento es una esfera absolutamente intangible, y por tanto también intangible para el derecho, por lo que goza de una total inmunidad de coacción. Es decir, el pensamiento, al ser una esfera interna, es imposible de conocer para el exterior, y por tanto de tutelar jurídicamente.

⁵⁴La dimensión interna se encuentra protegida por la libertad de pensamiento para Javier Hervada y libertad ideológica para González Schmal.

Debido a que es en el pensamiento donde se toma la decisión de vincularse con un ser superior o con alguna confesión religiosa, es que el derecho a la libertad religiosa se relaciona con el derecho a la libertad de pensamiento para Javier Hervada. Asimismo el vínculo entre estos derechos también permite señalar la dimensión interna y externa del derecho a la libertad religiosa; entendiendo por la primera aquella que se da en el pensamiento, y por la segunda a las manifestaciones que se dan como producto de la primera. Sin embargo, en la propuesta de Javier Hervada, la dimensión interna es parte del derecho a la libertad de pensamiento y no del derecho a la libertad religiosa.

Un elemento señalado por Joaquín Mantecón es la posibilidad de que las manifestaciones que se gesten en función del vínculo con un ser superior se den de manera individual o colectiva. Este punto es relevante debido a que ambas formas de manifestación deben de protegerse por este derecho, a fin de garantizar todo tipo de manifestaciones, que se den en virtud del vínculo con un ser superior o confesión religiosa que las personas decidan establecer.

Así, una vez analizado el debate en la doctrina sobre el contenido del derecho a la libertad religiosa se concluye que el derecho a la libertad religiosa protege las manifestaciones, ya sea individuales o colectivas, que se derivan de la decisión de vincularse con alguna deidad(es) o confesión religiosa.

Lo anterior no implica la desprotección de las creencias que carezcan de contenido religioso (ateas o agnósticas), sino que éstas se tutelan mediante el derecho a la libertad de pensamiento e ideológica, siendo las manifestaciones religiosas el objeto de protección del derecho a la libertad religiosa.

IV. LA PROTECCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA (1948-Actualidad)

A continuación se procederá a examinar cómo se ha regulado en diversos instrumentos de derecho internacional el derecho a la libertad religiosa. Se analizará, la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, como primer

instrumento internacional que reconoce a los derechos humanos⁵⁵; el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*⁵⁶, debido a que es el primer tratado internacional donde se establece el derecho a la libertad religiosa; y la *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones*, como un instrumento declarativo específico en el tema en cuestión. Dentro de este mismo apartado se estudiará jurisprudencia de tribunales internacionales de derechos humanos como el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

1. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LOS INSTRUMENTOS DEL SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS.

1.1 LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

El primer instrumento internacional después de la creación de las Naciones Unidas que reconoce el derecho a la libertad religiosa es la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante la DUDH). En el artículo 2 establece el principio de no discriminación, señalando que toda persona es titular de los derechos reconocidos en la DUDH sin distinción alguna, incluida, la discriminación por motivos de religión⁵⁷.

⁵⁵ La Declaración Universal de Derechos Humanos fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, en su resolución 217 A III. Es un instrumento histórico debido a que es el primer reconocimiento mundial de derechos humanos. Sin embargo es un instrumento declarativo, no así una fuente de derecho internacional vinculante *per se*. Es importante tomar en cuenta que las declaraciones no son una fuente de derecho internacional reconocida en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Véase Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 3° edición, Gran Bretaña, 1979, p. 571.

⁵⁶ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, retoma el sentido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es relevante que este instrumento ya es un tratado internacional, que por tanto es constitutivo de obligaciones para los Estados que lo ratifiquen. Es un instrumento vinculante vía convencional.

⁵⁷ El artículo 2, párrafo 1 establece: Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Adicional a la prohibición de discriminación por motivos de religión, la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho a la libertad religiosa. El artículo 18 de la DUDH señala:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

Este artículo reconoce conjuntamente el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Como se había señalado en el apartado anterior, es difícil separar con claridad estos derechos pues se encuentran muy vinculados, por lo que existen zonas de intersección entre ellos. La redacción del artículo 18 de la DUDH muestra la estrecha vinculación que señalan Hervada, Ibán y Prieto Sanchís en el apartado anterior.

Por otra parte, este artículo da contenido al derecho a la libertad religiosa reconociendo que contempla la posibilidad de cambiar de religión; protege también las manifestaciones de la religión o creencia que se adopte, ya sea una manifestación individual o colectiva, en público y en privado. Este artículo tutela además la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia de la religión o creencia que se adopte.

El artículo 18 de la DUDH protege las manifestaciones externas de la vinculación que una persona decide realizar con alguna religión y protege las manifestaciones que se den en virtud de su religión o creencia. El contenido del derecho a la libertad religiosa en el presente instrumento es acorde con el contenido descrito en el apartado anterior al tutelar las manifestaciones privadas y colectivas que se den en virtud del vínculo con un ser superior o creencia religiosa.

1.2 EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante el PIDCP) también reconoce el derecho a la libertad religiosa en el artículo 18. El

primer párrafo de este artículo, establece el derecho a la libertad de pensamiento, la libertad de conciencia y la libertad religiosa en los mismos términos que la Declaración Universal de Derechos Humanos, por lo que las reflexiones señaladas anteriormente también son aplicables al PIDCP en su artículo 18, párrafo 1. El PIDCP incorpora además tres párrafos que dan un mayor contenido al derecho a la libertad religiosa. El artículo 18 del PIDCP dice:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.
2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.
3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

El segundo párrafo del artículo 18 del PIDCP reconoce la inmunidad de coacción que señalaban todos los autores estudiados en el apartado anterior. Este párrafo prohíbe cualquier medida coercitiva que limite el derecho a la libertad religiosa de toda persona.

El tercer párrafo de este artículo establece los límites al derecho a la libertad religiosa en la seguridad, el orden, la salud, la moral públicos y los derechos humanos de las demás personas.

El cuarto párrafo reconoce el derecho de los padres o tutores a decidir sobre la educación religiosa de sus hijos o pupilos, de acuerdo con sus propias convicciones. Dado que este párrafo se pronuncia sobre la enseñanza religiosa de

las personas menores de edad, y a que el análisis del derecho a la libertad religiosa para niñas, niños y adolescentes se abordará en el segundo capítulo, su examen se realizará en el mencionado capítulo.

1.3 LA DECLARACIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE INTOLERANCIA Y DISCRIMINACIÓN FUNDADAS EN LA RELIGIÓN O LAS CONVICCIONES

La redacción de un instrumento internacional específico en materia de discriminación por motivos religiosos fue un tema en la agenda de las Naciones Unidas desde su constitución en 1945. Sin embargo, la creación de un documento vinculante en la materia fue lento. El surgimiento en la década de los 60 del siglo XX de movimientos antisemitas, principalmente en Europa, fue el motor que motivó el surgimiento de esta Declaración⁵⁸.

En su primer artículo, la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones reconoce el derecho a la libertad religiosa⁵⁹ y lo dota de contenido en los mismos términos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sobre las manifestaciones individuales y colectivas, ya sean en público o en privado, de la religión que se adopte, a la inmunidad de coacción y los límites establecidos en el ejercicio de este derecho.

Sin embargo, adicional a la tutela del derecho a la libertad religiosa en el PIDCP, esta Declaración especifica su contenido en el artículo 6 de la siguiente manera:

⁵⁸ Véase Lerner, Natán, *Minorías y grupos en el derecho internacional. Derechos y discriminación*, México, CNDH, 1991

⁵⁹ El artículo 1 de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones establece:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza.
2. Nadie será objeto de coacción que pueda menoscabar su libertad de tener una religión o convicciones de su elección.
3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones estará sujeta únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

De conformidad con el artículo 1 de la presente Declaración y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 1, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de convicciones comprenderá, en particular, las libertades siguientes:

- a) La de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para esos fines;
- b) La de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas;
- c) La de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción;
- d) La de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas;
- e) La de enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines;
- f) La de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones;
- g) La de capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción;
- h) La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción;
- i) La de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional.

Este artículo detalla el contenido del derecho a la libertad religiosa. Por lo que puntualiza los actos protegidos por este derecho, como la celebración de actos de culto, mantenimiento de templos para el mencionado fin, la fundación y mantenimiento de lugares de beneficencia, la confección y obtención de los materiales necesarios para el culto, la publicación de materiales y obras necesarias, la posibilidad de solicitar y recibir contribuciones financieras voluntarias sobre todo por parte de las instituciones religiosas, la posibilidad de

capacitar, nombrar y elegir a los dirigentes de las confesiones religiosas conforme a sus propios procedimientos internos, la observancia de días de descanso y la celebración de ceremonias conforme a las propias confesiones y finalmente establecer comunicación nacional e internacional con fines religiosos.

2. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LOS SISTEMAS REGIONALES, EUROPEO Y AMERICANO DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS.

2.1 EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

A. El derecho a la libertad religiosa en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales

La idea de una unión europea surge con el principal objetivo de fomentar la cooperación y el desarrollo económico después de la devastación del continente europeo en la Segunda Guerra Mundial. La principal finalidad de esta unión fue económica, sin embargo, éste no fue el único enfoque.

El Consejo de Europa redactó en 1949 el *Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, el cual fue firmado en la ciudad de Roma, por lo que también se le conoce como Convenio de Roma. Fue firmado el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. La misión del Convenio de Roma es promover la democracia a partir del reconocimiento de los derechos humanos.⁶⁰

Este tratado regional, reconoce derechos humanos y prevé en el artículo 26 un mecanismo para garantizar su tutela ante el incumplimiento de obligaciones de los Estados parte. Una vez agotados los recursos internos puede acudir al

⁶⁰ Véase González Schmal, Raúl, *op. cit.*, nota 28, p. 61.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos para que éste garantice los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos establece en el artículo 9:

Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

En su primer párrafo, este artículo del Convenio de Roma reconoce conjuntamente las libertades de pensamiento, conciencia y religión de manera muy similar a la Declaración Universal de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por lo que se retoma lo señalado en los apartados referentes a los mencionados instrumentos.

El segundo párrafo del artículo establece los límites del derecho a la libertad de pensamiento, del derecho a la libertad de conciencia y del derecho a la libertad religiosa. Los límites que señala este tratado son: la seguridad pública, la protección del orden, la protección de la salud o la moral públicas, la protección de los derechos o bien las libertades de otras personas. Cabe destacar el énfasis de este tratado en la sociedad democrática como marco de estos derechos.

B. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el Derecho a la Libertad Religiosa

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Kokkinakis v. Grecia*⁶¹, señala que las libertades de pensamiento, conciencia y religión

⁶¹ Caso *Kokkinakkis v. Grecia*, Cámara del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 25 de mayo de 1993

reconocidas en el artículo 9 del Convenio Europeo son una de las piedras angulares de la sociedad democrática. Este Tribunal considera que la dimensión religiosa es uno de los elementos más vitales que permite la formación de la identidad de los creyentes sobre su concepción de la vida. En esta sentencia el TEDH, señala que la dimensión religiosa de una sociedad democrática también es algo valioso para los ateos, agnósticos, escépticos e indiferentes⁶² debido a que ello permite el pluralismo y éste es parte indisociable de la vida democrática. La importancia que tiene la democracia y la pluralidad conlleva el respeto a las convicciones religiosas de todos.

El Tribunal señala que la libertad religiosa en primer lugar se da en la conciencia individual, pero que también comprende una dimensión externa al manifestar la religión, dando fe en palabras y hechos de las convicciones religiosas que se tengan⁶³. En este punto, el Tribunal reconoce las dimensiones interna y externa del derecho a la libertad religiosa. La segunda es reconocida como parte de este derecho por todos los doctrinarios e instrumentos de derecho internacional que se han analizado hasta el momento; sin embargo, conforme a algunos autores la dimensión interna se encuentra protegida principalmente por el derecho a la libertad de pensamiento.

Cabe destacar que al dotar de contenido a la dimensión externa, el Tribunal apunta que las manifestaciones implican dar fe y realizar acciones consecuentes con las convicciones religiosas que se adopten, así como intentar convencer a otras personas a que cambien de religión. Esta precisión no se encuentra en las propuestas de los autores presentados anteriormente.

En el presente caso, el Tribunal hace mención de que el artículo 9 de la Convención de Roma señala que la libertad religiosa no se limita a proteger las manifestaciones en la comunidad y en público, sino que también comprende aquellas que se den dentro de los grupos de las personas que comparten la misma convicción religiosa y a las que se den de manera privada

⁶²*Ibidem*, párrafo 31.

⁶³ *Idem*

Por otra parte, indica que este derecho también protege intentar convencer a los vecinos, por ejemplo, a través de la enseñanza a cambiar de creencias. Ello tiene como fundamento que el Convenio de Roma reconoce el derecho a cambiar de religión, de lo contrario, la posibilidad de cambiar de religión sería letra muerta.⁶⁴

Otro criterio establecido por la Cámara del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Kokkinakis v. Grecia* es que todos tienen el derecho a manifestarse conforme a sus creencias religiosas y a intentar influenciar las creencias de otras personas, sin embargo determinan que hay una diferencia radical entre dar testimonio de sus creencias y un proselitismo no respetable. El límite se encuentra en el uso de medios engañosos, indignos e inmorales, tales como explotar a los indigentes, legos mentales e inexperimentados, en vez de limitarse a las enseñanzas religiosas⁶⁵.

Los criterios establecidos por este caso han sido citados en el caso *Serif v. Grecia* y el caso de la Iglesia Metropolitana de Bessarabia y otros v. Moldavia. Ambos casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En el sistema europeo de derechos humanos la democracia tiene como requisito *sine qua non* a la pluralidad. Por ello, la libertad religiosa se entiende como base de la democracia y de ahí la importancia del respeto a las convicciones religiosas de todos. Por otra parte, reconoce como tanto a la dimensión interna como la externa de este derecho. Autores como Javier Hervada y Javier Saldaña no reconocen la esfera interna del derecho a la libertad religiosa como elemento característico de este derecho, debido a que señalan que la esfera interna es parte de la libertad de pensamiento.

⁶⁴ *Idem*

⁶⁵ *Ibidem*, párrafo 30.

2.2 LA PROTECCIÓN AL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL SISTEMA AMERICANO DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

A. La Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho a la libertad religiosa en su artículo 12, estableciendo:

Libertad de Conciencia y de Religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.
2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.
3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.
4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Cabe mencionar que la protección que establece este tratado al derecho a la libertad religiosa es muy similar a la tutela establecida por la DUDH y el PIDCP, sin embargo, es importante destacar que este artículo únicamente contempla al derecho a la libertad religiosa y a la libertad de conciencia. La Convención Americana de Derechos Humanos, separa el trío de derechos –pensamiento, conciencia y religión- que se ha observado en los instrumentos internacionales analizados previamente. En este tratado la libertad de pensamiento se encuentra

reconocida en el siguiente artículo, el artículo 13, junto con la libertad de expresión.

B. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho libertad religiosa

El caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos de “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), sentencia de 5 de febrero de 2001, (*Fondo, Reparaciones y Costas*), “es verdaderamente emblemático, no sólo por constituir el primer caso sobre libertad de pensamiento y de expresión resuelto por la Corte, en la primera sesión de trabajo por ésta realizada en el siglo XXI, como también - y sobre todo - por incidir sobre una cuestión común a tantos países latinoamericanos y caribeños, y que alcanza los fundamentos del derecho de la responsabilidad internacional del Estado y el propio origen de dicha responsabilidad.”⁶⁶

En este caso la Comisión Interamericana demandó al Estado chileno por violación de los derechos a la libertad de pensamiento, de expresión, de religión y de conciencia reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “dichas violaciones se habrían producido en perjuicio de la sociedad chilena y, en particular, de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, como resultado de la censura judicial impuesta a la exhibición cinematográfica de la película *La Última Tentación de Cristo* confirmada por la Excelentísima Corte Suprema de Chile con fecha 17 de junio de 1997.”⁶⁷

⁶⁶ Párrafo 40 del voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade de la sentencia “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile

⁶⁷ Párrafo 2 de la sentencia “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile

La Corte Interamericana condenó el Estado chileno por violaciones a los derechos a la libertad de pensamiento y a la libertad de expresión⁶⁸, establecidos en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Este caso es relevante para la presente tesis debido a que también analiza el derecho a la libertad religiosa. Con respecto a este derecho, la Corte, determinó que el Estado de Chile no había violado el artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos,⁶⁹ mediante la censura de la película *La Última tentación de Cristo*. La Corte resolvió que el derecho a la libertad religiosa en la Convención Americana de Derechos Humanos tutela la posibilidad de conservar, cambiar, profesar y divulgar su religión o creencias, y la Comisión no acreditó que mediante la censura de la película se coartara alguna de las posibilidades mencionadas.⁷⁰

Si bien no determinó la violación al derecho a la libertad religiosa, la Corte Interamericana desarrolló el contenido de este derecho, a saber:

Según el artículo 12 de la Convención, el derecho a la libertad de conciencia y de religión permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática. En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida.⁷¹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconocen en el derecho a la libertad religiosa un cimiento de la sociedad democrática. Adicionalmente señalan como contenido de este derecho a la facultad de las personas de conservar, cambiar, profesar y divulgar su religión. Por otra parte, la CorIDH establece que la dimensión religiosa de la sociedad es un elemento trascendental para proteger las convicciones de los creyentes y su forma de vida. Este criterio también es reconocido por el TEDH. Así los criterios de la CorIDH coinciden con los del TEDH, aunque la jurisprudencia de

⁶⁸ Párrafo 103, primer resolutivo de la sentencia “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile

⁶⁹ *Idem.*

⁷⁰ Párrafo 79 de la sentencia “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile

⁷¹ *Idem.*

este último ha dotado de contenido al derecho a la libertad religiosa de forma más amplia.

V. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO

Una vez examinado el derecho a la libertad religiosa en la doctrina y en los instrumentos de derecho internacional, se procederá a analizar este derecho en algunas constituciones del sistema jurídico del derecho civil: la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Constitución Española de 1978.

1. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN MÉXICO

1.1 ANTECEDENTES

A continuación se abordará el derecho a la libertad religiosa a nivel constitucional en México.

La historia constitucional de México en relación al tema religioso inicia con el establecimiento de la religión católica como la única, con exclusión de las otras confesiones. En los inicios de México como un país independiente, la religión católica, entendida como la única confesión religiosa permitida, tuvo un papel relevante en el movimiento de independencia y en general en la primera mitad del siglo XIX. El movimiento de independencia, comenzó con el grito: “¡Viva nuestra Señora la Virgen de Guadalupe! ¡Viva nuestro rey Fernando VII! ¡Y muera el mal gobierno!”⁷² En este grito relevante para la historia de nuestro país, se reconoce la existencia de un ser superior de la religión católica. Cabe mencionar que, en esta época, la religión católica como religión única fue un elemento constitutivo del

⁷² González Schmal, Raúl, *op. cit.*, nota 31, p. 871.

nuevo Estado. Lo anterior es palpable con el color blanco de la bandera del ejército trigarante, que representaba una de las tres garantías fundamentales,⁷³ ésta fue hondeada en la entrada triunfal del mencionado ejército a la Ciudad de México el 27 de septiembre de 1821.

1.2 LA RELIGIÓN CATÓLICA COMO LA ÚNICA RELIGIÓN PERMITIDA EN LAS CONSTITUCIONES DE MÉXICO

Los documentos constitucionales anteriores a 1857, establecían a la religión católica como la única, excluyendo la práctica de cualquier otra confesión religiosa. El dominio de la religión católica como la única en México dejaba de lado la posibilidad de manifestaciones de diversas confesiones, por lo que no era posible hablar de libertad religiosa.

Desde la *Constitución de Cádiz* de 1812 los textos constitucionales establecieron que: *la Religión Católica será la única sin tolerancia de otra*. En el artículo 12, esta Constitución señala: “La religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica y romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra”. Cabe mencionar que en el preámbulo de esta Constitución, también se evoca a Dios como legislador.⁷⁴

La declaración de la religión católica como la única, prohibiendo cualquier otra, se reconoce a su vez en la *Constitución de Apatzingán* de 1814, y en su artículo 15 señala “La calidad de ciudadano se pierde por el crimen de herejía, apostasía y lesa nación”.⁷⁵ La mencionada disposición también se establece en *La Constitución Federal de 1824*, en las *Bases Constitucionales de 1836*, y en *Bases Orgánicas de 1842*. Asimismo, el *Acta Constitutiva de de Reforma de 1847* deja

⁷³ A saber, la unión de mestizos, indígenas, criollos y españoles; la independencia respecto a cualquier potencia extranjera; el compromiso de mantener y proteger la religión católica sin tolerancia de cualquier otra, además de la garantía del clero regular y secular de fueros y propiedades. Véase Patiño Reyes, Alberto, *Libertad Religiosa y Principio de Cooperación en Hispanoamérica*, UNAM, IJ, México, 2011, p. 52 y Staples, Ann, *La Iglesia en la primera República federal mexicana*, traducción de Andrés Lira, Secretaría de Educación Pública, Dirección General de Divulgación, México, 1976, p. 15.

⁷⁴ Patiño Reyes, Alberto, *Libertad Religiosa y Principio de Cooperación en Hispanoamérica*, UNAM, IJ, México, 2011, p. 49

⁷⁵ González Schmal, *op. cit.*, nota 31, p. 871.

como subsistentes los artículos relativos a la religión católica como única y en general en materia religiosa de la Constitución de 1824. Hasta este momento todos los textos constitucionales establecían la religión católica como única, con intolerancia de cualquier otra confesión religiosa.

Es hasta el *Estatuto Orgánico Provisional de la Republica Mexicana*, que no encontramos la citada declaración, aunque a nivel constitucional, se prescinde de ésta por vez primera en la *Constitución de 1857*. En palabras de Raúl González Schmal: “El *Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana*, de 5 de mayo de 1856, es el primer instrumento constitucional que omite la disposición que reconoce a la religión católica como la de la Nación. La *Constitución de 1857* tampoco incluye la referida declaración sobre religión católica, por lo que por la vía implícita admite la libertad religiosa.”⁷⁶ Esta omisión representó un cambio significativo que incide en la libertad religiosa.

1.3 EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1857

Como un antecedente en materia religiosa de la Constitución de 1857, encontramos a las leyes liberales de la autoría de Benito Juárez, Sebastián Lerdo de Tejada y José María Iglesias, las cuales tienen la finalidad de establecer una separación entre el Estado y la Iglesia (católica en este caso) y evitar la participación de la Iglesia en asuntos civiles.

La Ley Juárez, llamada así por ser su autor Benito Juárez, de fecha 23 de noviembre de 1855, tenía la finalidad de disminuir el poder de la Iglesia católica en asuntos civiles. Por ello, “suprimió el fuero eclesiástico y militar en materia civil, y declaró renunciable el primero para los delitos comunes.”⁷⁷

Por su parte la Ley Lerdo, (de la autoría de Sebastián Lerdo de Tejada) del 25 de junio de 1856, prohíbe a cualquier corporación, ya sea civil, o eclesiástica, adquirir legalmente en forma de propiedad, o bien la administración por sí mismos de bienes raíces, también prohíbe la retención de usufructos; la excepción a la

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México*, 21ª. Ed. Porrúa, México, 1998, p. 491.

mencionada prohibición son los bienes destinados directamente al objeto de la institución.⁷⁸

Finalmente, la Ley Iglesias (así llamada por ser de la autoría de José María Iglesias), del 11 de abril de 1857, establece que, en los bautizos, amonestaciones, casamientos y entierros de los pobres no se cobrarán estipendios, sanciona el cobro excesivo a los pobres, y faculta a la autoridad civil para otorgar órdenes de entierro, en caso de que la Iglesia no diera la mencionada orden por falta de pago.⁷⁹

Siguiendo el sentido liberal de las leyes Juárez, Lerdo e Iglesias, el presidente Ignacio Comonfort, con fecha 23 de mayo de 1856, expide el *Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana*. Como se había mencionado anteriormente, el Estatuto, es el primer instrumento jurídico mexicano que abandona la declaración de que la religión católica es la única. La cual también prohibía cualquier otra religión, y anulaba el derecho a la libertad religiosa, pues sólo se permitía una religión. La omisión de esta declaración inició el camino de una tendencia liberal en la materia religiosa en la Constitución de 1857.

El preámbulo de la Constitución de 1857 señala: “En el nombre de Dios y con la autoridad del Pueblo Mexicano.” Sin embargo no declara como religión única a la católica, ni prohíbe confesión alguna. Cabe destacar que en materia religiosa, la Constitución de 1857, se pronuncia en los siguientes artículos: artículo 3⁸⁰ que se refiere a la libertad de enseñanza, al artículo 5⁸¹ que prohíbe los votos

⁷⁸Patiño Reyes, Alberto, *op. cit.*, nota 75, p. 71.

⁷⁹Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, nota 77, p. 72.

⁸⁰ Artículo 3. “La enseñanza es libre. La ley determinará qué profesiones necesitan título para su ejercicio, y con qué requisitos se deben expedir.”

⁸¹ Artículo 5. “Nadie puede ser obligado á prestar trabajos personales, sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento. La ley no puede autorizar ningún contrato que tenga por objeto la pérdida ó el irrevocable sacrificio de la libertad del hombre, ya sea por causa de trabajo, de educación ó de voto religioso. Tampoco puede autorizar convenios en que el hombre pacte su proscripción ó destierro.”

religiosos o monásticos y el artículo 13⁸² que suprime los fueros eclesiásticos. También se encuentra el artículo 27⁸³ sobre la desamortización de bienes.

1.4 EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada el 5 de febrero de 1917 regula la materia religiosa en 5 artículos: 3, 5, 24, 27 y 130. Este ordenamiento constitucional continúa en el sentido de las leyes de reforma, es de corte laicista y establece el principio de supremacía del Estado sobre las iglesias.⁸⁴

El derecho a libertad religiosa se reconoce en el artículo 24 constitucional. El texto original de la Constitución decía:

Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos de culto respectivo, en los templos o en su domicilio particular, siempre que no constituya un delito o falta penados por la ley. Todo acto religioso de culto público deberá celebrarse precisamente en los templos, los cuales estará siempre bajo la vigilancia de la autoridad.

En la regulación inicial, el derecho a la libertad religiosa tutelaba la profesión de cualquier religión en su dimensión externa, sin embargo, únicamente protegía las manifestaciones en el ámbito privado excluyendo las demostraciones que se llevaran a cabo en el lugar distinto al domicilio o al templo. Esta regulación contrasta con lo que se ha expuesto a lo largo del presente capítulo, pues las

⁸² Artículo 13. “En la República Mexicana nadie puede ser juzgado por leyes privativas, ni por tribunales especiales. Ninguna persona ni corporación, puede tener fueros, ni gozar emolumentos que no sean compensación de un servicio público, y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra solamente para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la disciplina militar. La ley fijará con toda claridad los casos de excepción.”

⁸³ Artículo 27. “La propiedad de las personas no puede ser ocupada sin su consentimiento, sino por causa de utilidad pública y previa indemnización. La ley determinará la autoridad que deba hacer la expropiación y los requisitos con que ésta haya de verificarse.

Ninguna corporación civil ó eclesiástica, cualquiera que sea su carácter, denominación u objeto, tendrá capacidad legal para adquirir en propiedad ó administrar por sí bienes raíces, con la única excepción de los edificios destinados inmediata y directamente al servicio ú objeto de la institución.”

⁸⁴ González, María del Refugio, “*Relaciones entre el Estado e Iglesia*”, *Derecho fundamental de libertad religiosa*, México, UNAM, 1994, pp. 127-130.

manifestaciones de este derecho no se habían restringido al ámbito privado en ninguna otra fuente aquí analizada. Por otra parte, establece como límite del derecho a la libertad religiosa a los delitos. Cabe mencionar que el Código Penal de 1926 en su artículo 17 establecía que los actos de culto debían de celebrarse en los templos. Las manifestaciones que se llevaran a cabo fuera de éstos se encontraban tipificadas, estableciendo responsabilidad penal para los organizadores y ministros celebrantes, con una pena de arresto y multa de segunda clase. Así el artículo 18 del mencionado Código Penal señalaba:

Fuera de los templos tampoco podrán los ministros de los cultos, ni los individuos de uno u otro sexo que los profesen, usar trajes especiales ni distintivos que los caractericen, bajo la gubernativa de quinientos pesos de multa, o en su defecto arresto que nunca excederá de quince días.

En caso de reincidencia se impondrá la pena de arresto mayor y multa de segunda clase.

Este artículo subraya la prohibición de manifestaciones religiosas fuera de los templos al grado de tipificarlos penalmente.

El artículo 24 constitucional permaneció tal y como se ha señalado hasta 1992, cuando el PRI presentó una iniciativa de reforma en materia religiosa para los artículos 3, 5, 24, 27 y 130. La reforma se presentó el 28 de enero de 1992. Tras esta reforma y hasta ahora el artículo 24 constitucional establece:

Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley.

El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna.

Los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos.

Los que extraordinariamente se celebren fuera de éstos se sujetarán a la ley reglamentaria.

El artículo 24 constitucional no se refiere a la libertad de pensamiento, a la libertad ideológica o a la libertad de conciencia. Únicamente establece la libertad religiosa y la llamada libertad de culto. También reconoce la titularidad de este

derecho a toda persona y protege profesar la creencia religiosa que sea del agrado de la persona. La cuarta acepción del verbo profesar conforme a la Real Academia de la Lengua Española define profesar como “creer, confesar. *Profesar un principio, una doctrina, una religión.*”⁸⁵ Debido a que esta acepción implica *creer y confesar*, se refiere tanto a la esfera interna (creer)⁸⁶, ubicada en el pensamiento de cada persona y que por tanto es inmune a toda coacción externa, como a la esfera externa (confesar) que implica las manifestaciones que se hacen en consecuencia de la creencia.

Posteriormente el artículo reitera la protección de las manifestaciones de fe que se realicen, indicando como límite que éstas constituyan un delito o una falta a la ley.

En la reforma de 1992, se suprime la prohibición de manifestaciones fuera de los templos y las regula mediante una ley reglamentaria. En el siguiente párrafo, el artículo 24 constitucional prohíbe al Congreso expedir ley alguna que establezca o bien prohíba una determinada religión, reconociendo el derecho a la libertad religiosa. Este párrafo es importante porque expresa lo contrario a todos los textos constitucionales anteriores a 1857.

La protección que otorga nuestra Constitución al derecho a la libertad religiosa, abarca tanto la esfera interna como externa del derecho, del cual toda persona es titular⁸⁷.

⁸⁵ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=profesar, 28 abril 2011

⁸⁶ Dentro del debate sobre el contenido del derecho a la libertad religiosa, encontramos autores que señalan que el contenido del derecho a la libertad religiosa son las manifestaciones externas que se producen como efecto de decidir vincularse con algún ser superior, mientras que la esfera interna se encuentra protegida por la libertad de pensamiento. Entre otros autores, que sostienen esta postura encontramos a Javier Hervada y Javier Saldaña.

⁸⁷ El artículo 24 constitucional se complementa con el artículo 1 constitucional, donde se establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

1.5 LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN MÉXICO

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido a través de su jurisprudencia los siguientes criterios en torno al derecho a la libertad religiosa.

En la tesis aislada, registro no. 173253⁸⁸, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció:

LIBERTAD RELIGIOSA. SUS DIFERENTES FACETAS.

El primer párrafo del artículo 24 de la Constitución Federal consagra en sus términos nucleares la libertad religiosa, esto es, la libertad de sostener y cultivar las creencias religiosas que cada uno considere, libertad que también incluye la de cambiar de creencias religiosas. El precepto encierra, además, tanto una referencia a la dimensión interna de la libertad religiosa como a su dimensión externa. La faceta interna de la libertad religiosa se relaciona íntimamente con la libertad ideológica y, aunque es difícil de definir de un modo que sea general y a la vez útil, atiende a la capacidad de los individuos para desarrollar y actuar de conformidad con una particular visión del mundo en la que quede definida la relación del hombre con lo divino. Ello no significa que nuestro texto constitucional proteja sólo el desarrollo de ideas, actitudes y planes de vida religiosos, en contraposición a ideas y actitudes ateas o agnósticas; así como los derechos de reunión, asociación o expresión protegen tanto la posibilidad de reunirse, fundar y pertenecer a asociaciones y expresarse como la opción de los que prefieren no hacerlo, la Constitución protege la opción de no desarrollar los contenidos del derecho a la libertad religiosa, lo cual por otro lado viene asegurado por la prohibición de discriminación contenida en el artículo 1o. En esta vertiente interna, la libertad religiosa es de algún modo ilimitada, puesto que el Estado no tiene medios directos para cambiar, imponer o eliminar lo que el individuo desarrolla en su más irreductible ámbito de intimidad: su pensamiento. Sin embargo, existen medios por los cuales el Estado y los particulares moldean de hecho las creencias de las personas y, en los casos en los que, por el tipo de fines perseguidos o por los medios usados el impacto sobre esta dimensión sea

⁸⁸ Registro no. 173253, novena época, primera sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXV, Febrero de 2007, p. 654, tesis 1ª. LX/2007, Amparo en revisión 1595/2006. Stephen Orla Searfoss. 29 de noviembre de 2006. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Raúl Manuel Mejía Garza.

empíricamente ostensible y sobrepase los niveles ordinarios, no puede descartarse que la dimensión interna cobre relevancia para el control de constitucionalidad de normas y actos. La dimensión o proyección externa de la libertad religiosa es múltiple y se entrelaza de modo estrecho, en muchas ocasiones, con el ejercicio de otros derechos individuales, como la libertad de expresión, la libertad de reunión o la libertad de enseñanza. Una proyección típica y específica, pero en modo alguno única, que la Constitución menciona expresamente es la libertad de culto, que se refiere a la libertad para practicar las ceremonias, ritos y reuniones que se asocian con el cultivo de determinadas creencias religiosas.

La presente tesis aislada de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce que el artículo 24 constitucional protege la dimensión interna y externa del derecho a la libertad religiosa. Asimismo señala la relación intrínseca que guarda la dimensión interna con la libertad ideológica. Esto es acorde con el contenido que presenta Hervada, Iván C. Ibán, Luis Prieto Sanchís y Mantecón al indicar la cercanía que se da entre la libertad religiosa y la libertad ideológica (ésta dentro de la libertad de pensamiento). La presente tesis aislada no expone la línea divisoria entre estos derechos.

Por otra parte, reconoce la protección que el artículo 24 constitucional da a la dimensión externa del derecho a la libertad religiosa, tal y como ha sido señalado por la doctrina, instrumentos internacionales y ordenamientos constitucionales aquí examinados. La presente tesis aislada aclara que la Constitución también tutela las ideas y actitudes ateas o agnósticas, sin embargo no precisa si ésta protección se da por virtud del derecho a la libertad religiosa, o bien por otros derechos reconocidos por la Constitución. Por ello, es difícil concluir, a partir de este criterio, si el derecho a la libertad religiosa protege tanto las manifestaciones religiosas como las no religiosas.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a su vez, ha dotado de contenido al derecho a la libertad religiosa en la tesis aislada, registro no. 173252⁸⁹. Esta tesis aislada señala:

⁸⁹Novena época, primera sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXV, Febrero de 2007, p. 654, Tesis: 1a. LXI/2007, Amparo en revisión 1595/2006. Stephen Orla Searfoss. 29 de noviembre de 2006. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Raúl Manuel Mejía Garza.

LIBERTAD RELIGIOSA Y LIBERTAD DE CULTO. SUS DIFERENCIAS.

La libertad religiosa tutelada por el artículo 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tiene una vertiente interna que atiende a la capacidad de los individuos para desarrollarse y actuar de conformidad con una particular visión del mundo en la que quede definida la relación del hombre con lo divino; y una vertiente externa a la que alude particularmente dicho precepto constitucional al establecer que "todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley.". Así, la regla específica del párrafo tercero del citado artículo, según la cual los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos y los que extraordinariamente se celebren fuera de éstos se sujetarán a la ley reglamentaria, se aplica a un subconjunto muy preciso de manifestaciones externas de la libertad religiosa, pues por actos de culto público hay que entender no sólo los externos sino también los colectivos o grupales, y además pertenecientes al ámbito de la expresión institucionalizada de la religión. En efecto, no todo acto de expresión externa de una creencia religiosa es un acto de "culto público", ya que, por ejemplo, llevar la kipá o una medalla de la Virgen en el cuello, es símbolo y expresión de la filiación religiosa judía o católica, respectivamente, de la persona que los lleva, y en esa medida son una manifestación externa de la libertad religiosa, pero no constituyen actos de culto público. Análogamente, el hecho de que varias personas lleven dichos símbolos conjuntamente no convierte a esa coincidencia en un acto de culto público, como tampoco lo serían otras expresiones o vivencias colectivas de ciertas creencias religiosas, como fundar una escuela privada con orientación religiosa u organizar una excursión privada a un lugar sagrado; sino que los actos de culto público son los específicamente orientados a desarrollar de manera colectiva los ritos, ceremonias y prácticas que las diferentes religiones reconocen como manifestaciones institucionalizadas o formalizadas de su fe religiosa, definidas y gobernadas por reglas preestablecidas por ellas.

Esta tesis detalla principalmente el contenido del derecho a la libertad religiosa, reconocido por el artículo 24 constitucional. Señala que las manifestaciones externas de este derecho no se limitan a las celebraciones que se realicen en los templos, ni a los actos de culto que pueden ser grupales o colectivos. Ello se debe a que puede haber manifestaciones externas de este

derecho, tales como portar insignias representativas de la religión que se profese, que no son un acto de culto, pero que no por ello pierden su carácter de manifestación externa del derecho a la libertad religiosa tutelado por la Constitución. Esto es aplicable tanto a las manifestaciones individuales como colectivas.

En lo que corresponde al reconocimiento de la dimensión externa del derecho a la libertad religiosa, éste es acorde con todas las fuentes que se han estudiado en este capítulo. Sin embargo, la distinción entre acto de culto y manifestaciones externas que no constituyen propiamente un acto de culto, es un elemento que no había sido precisado anteriormente.

Los criterios establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación son acordes con los documentos aquí presentados al determinar la dimensión externa del derecho a la libertad religiosa y al encontrar un vínculo de esta dimensión de este derecho con la libertad ideológica.

Adicionalmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las tesis aisladas que se han señalado aclara que existen manifestaciones externas colectivas que no son actos de culto, pero que son protegidos por el derecho a la libertad religiosa y por tanto son parte del contenido del artículo 24 constitucional.

VI. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN ESPAÑA

En España se ha desarrollado el contenido del derecho a la libertad religiosa, no sólo en su Constitución, sino también en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Adicionalmente se trata de un sistema jurídico que ha influenciado ampliamente al sistema jurídico mexicano. Estos criterios abordan tanto el derecho a la libertad religiosa como este derecho desde la perspectiva de niñas, niños y adolescentes. Por ello el caso español es relevante para la presente tesis.

La Constitución española de 1978 reconoce el derecho a la libertad religiosa en el artículo 16, estableciendo:

1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.
2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.
3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

En relación al contenido del derecho a la libertad religiosa, podemos destacar que protege el derecho a la libertad de pensamiento, la libertad de conciencia y la libertad religiosa en el mismo numeral. El único límite señalado es el mantenimiento del orden público. Cabe destacar que este ordenamiento constitucional establece que nadie se encuentra obligado a declarar su ideología o convicciones religiosas. Esta declaración no se encuentra en ninguno de los instrumentos que se han analizado a lo largo del presente capítulo.

Este artículo establece también que ninguna confesión religiosa podrá tener carácter estatal, pero a su vez señala que los poderes públicos deberán tener en cuenta las religiones profesadas por la sociedad española y cooperar con ellas. El párrafo tercero de la Constitución española tampoco se identifica con algún otro instrumento aquí analizado.

2.1 LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN ESPAÑA

El Tribunal Constitucional español ha desarrollado el contenido del derecho a la libertad religiosa en diversas sentencias.

En la Sentencia 101/2004, el Tribunal Constitucional de España señaló:

En cuanto derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene una doble dimensión, interna y externa. Así, según dijimos en la STC 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 9, la libertad religiosa "garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la

propia personalidad y dignidad individual", y asimismo, "junto a esta dimensión interna, esta libertad ... incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985, de 13 de febrero, FJ 2; 120/1990, de 27 de junio, FJ 10, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 8)". Este reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* lo es "con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales" (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4, y, en el mismo sentido, las SSTC 24/1982, de 13 de mayo, y 166/1996, de 28 de octubre) y se complementa, en su dimensión negativa, por la prescripción del art. 16.2 CE de que "nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias".

La dimensión externa de la libertad religiosa se traduce, además, "en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso" (STC 46/2001, de 15 de febrero), tales como las que se relacionan en el art. 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de libertad religiosa (LOLR), relativas, entre otros particulares, a los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos, y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional de España reconoce, al igual que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que el derecho a la libertad religiosa tiene una esfera interna y externa. A la luz de la doctrina examinada en el primer apartado del presente capítulo, la dimensión interna es parte del derecho a la libertad de pensamiento y de la libertad ideológica. Aunque, como menciona Javier Hervada, los límites entre estos derechos no son absolutamente claros. Los instrumentos internacionales presentados en este capítulo protegen justamente la dimensión externa. Esta sentencia también menciona la inmunidad de coacción señalada por todos los doctrinarios aquí estudiados.

Posteriormente en la Sentencia STC 046/2001, el Tribunal Constitucional Español señaló que:

Ahora bien, el contenido del derecho a la libertad religiosa no se agota en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual o colectiva que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen (STC 19/1985, de 13 de febrero, 120/1990, de 27 de junio, y 63/1994, de 28 de febrero, entre otras),

pues cabe apreciar una dimensión externa de la libertad religiosa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades, tales como las que enuncia el art. 2 LOLR y respecto de las que se exige a los poderes públicos una actitud positiva, desde una perspectiva que pudiéramos llamar asistencial o prestacional, conforme a lo que dispone el apartado 3 del mencionado art. 2 LOLR, según el cual "Para la aplicación real y efectiva de estos derechos [los que se enumeran en los dos anteriores apartados del precepto legal], los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros, bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos". Y como especial expresión de tal actitud positiva respecto del ejercicio colectivo de la libertad religiosa, en sus plurales manifestaciones o conductas, el art. 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad (SSTC 340/1993, de 16 de noviembre, y 177/1996, de 11 de noviembre), considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener "las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones", introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que "veda cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y estatales" (STC 177/1996).

Esta sentencia establece que la protección al derecho a la libertad religiosa no se agota con la inmunidad de coacción que nos mencionaban todos los autores aquí señalados, sino que para su efectiva tutela el Estado también debe realizar actividades positivas para asistir, facilitar el ejercicio (para quienes así deseen hacerlo) del derecho a la libertad religiosa, por lo que en España el Estado ordena a los poderes públicos mantener relaciones de cooperación con las distintas confesiones existentes. Este criterio es importante porque es distinto a la posición sostenida por los doctrinarios que se han examinado en el presente estudio sobre que para proteger el derecho a la libertad religiosa basta con una abstención del Estado, y señala que la libertad religiosa no se protege únicamente con actos negativos sino también positivos de asistencia y facilitación.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español establece que el derecho a la libertad religiosa comprende su dimensión interna, externa y que

demanda del estado no únicamente una abstención, sino también actos positivos como asistir, facilitar y cooperar con las distintas confesiones religiosas.

El presente capítulo ha tenido el objetivo de responder a la pregunta, ¿qué es el derecho a la libertad religiosa como derecho humano? Para responder a esta pregunta se ha analizado la doctrina, algunos instrumentos internacionales, algunas constituciones y jurisprudencia de tribunales constitucionales.

Después del presente estudio, es posible concluir que el derecho a la libertad religiosa se encuentra estrechamente vinculado con el derecho a la libertad de pensamiento, de ideología y de conciencia, por lo que es difícil separar de manera tajante estos derechos. Si bien hay zonas de intersección entre estos derechos, es posible encontrar sus elementos característicos, los cuales los identifican. Así, el derecho a la libertad religiosa se configura por las manifestaciones externas que se den en virtud de la decisión de las personas de vincularse con la creencia en algún ser superior, o bien, confesión religiosa, ya sea de manera individual como colectiva.

En relación a la esfera externa de este derecho, vale la pena recordar el planteamiento señalado por Javier Hervada sobre la imposibilidad de proteger lo que sucede dentro del pensamiento de cada persona y por tanto una libertad de pensamiento que no puede ser tutelada por el Derecho. En consecuencia, el derecho a la libertad religiosa se caracteriza por las manifestaciones, es decir, por la esfera externa del vínculo con algún ser superior o bien confesión religiosa. Precisamente, el artículo 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos protege la profesión de las creencias religiosas para practicar las ceremonias, devociones o actos de culto, todas ellas manifestaciones externas. Ello no implica que no se den zonas de intersección entre el derecho a la libertad religiosa y la libertad de pensamiento. Tampoco conlleva a que creencias distintas como las ateas y agnósticas carezcan de tutela, sino más bien, que son protegidas por los derechos a la libertad de conciencia e ideológica. Como bien señala Joaquín Mantecón, las manifestaciones de la creencia con el vínculo con algún ser superior pueden darse en lo individual como en lo colectivo. El derecho a la

libertad religiosa protege ambas manifestaciones, pues las dos son expresiones que se dan en virtud de la creencia en un vínculo que una persona decide establecer con algún ser o seres superiores o confesión religiosa.

Si bien es cierto que Roberto Blancarte, Raúl González Schmal, Javier Hervada, Javier Saldaña, Iván C. Ibán y Luis Prieto Sanchís señalan que el derecho a la libertad religiosa representa una esfera de inmunidad frente al Estado, por lo que tutelar este derecho, impone la abstención de coerción, aún es posible hacer la pregunta de si esta abstención basta para garantizar este derecho o si, en algunos casos, se requiere de acciones del Estado para garantizar este derecho. En este sentido, es relevante retomar el criterio del Tribunal Constitucional español con respecto a que la tutela efectiva de este derecho, que señala que ésta no se agota con la abstención del Estado, sino que requiere actos positivos que permitan el pleno ejercicio del derecho.

Así, el derecho a la libertad religiosa tutela las manifestaciones individuales o colectivas que se den como consecuencia del vínculo que la persona decida establecer con un ser superior o una confesión religiosa. Este derecho se tutela mediante una esfera de inmunidad que protege a la persona en contra de cualquier coerción externa, pero también mediante actos que lo garanticen.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA PARA LAS NIÑAS, LOS NIÑOS Y LAS Y LOS ADOLESCENTES EN LA DOCTRINA ANTERIOR Y POSTERIOR A LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS, EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, LA DECLARACION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE INTOLERANCIA Y DISCRIMINACION FUNDADAS EN LA RELIGION O LAS CONVICCIONES, LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, EL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

1. INTRODUCCIÓN

En el primer capítulo se examinaron distintas fuentes del derecho que reconocen el derecho a la libertad religiosa. El objetivo de este estudio fue señalar en qué consiste este derecho, para así poderlo analizar posteriormente en el caso de niñas, niños y adolescentes. En el capítulo anterior se señaló que este derecho se vincula con otros derechos, como a la libertad de pensamiento y de conciencia, por lo que hay zonas de intersección entre ellos; sin embargo es posible distinguir sus elementos característicos. El derecho a la libertad religiosa protege las manifestaciones externas que se realicen en consecuencia de la decisión de la persona sobre la creencia de un ser superior, o simplemente con algo sagrado, ya sea de manera individual o colectiva. Con base en estos elementos, en este capítulo, abordaré este derecho en el caso de niñas, niños y adolescentes en algunas fuentes del derecho. El enfoque del derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes sufre un cambio a partir de la entrada en vigor de la Convención sobre los derechos del niño de 1989. Por ello, este capítulo se encuentra dividido en dos partes. La primera corresponde al derecho a la libertad

religiosa de las personas menores de edad en distintas fuentes del derecho antes de esta Convención. La segunda parte presenta el examen de las fuentes del derecho que tienen la visión de este tratado internacional de 1989 sobre el derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes.

I. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES DESDE UN ENFOQUE ANTERIOR A LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1989

1. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA DOCTRINA

Como se ha señalado, uno de los objetivos de este capítulo es estudiar como la doctrina ha abordado el derecho a la libertad religiosa en el caso de niñas, niños y adolescentes. Cabe mencionar que esta fuente del derecho, con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención sobre los derechos del niño, no es abundante sobre este tema.

Uno de los autores que si aborda en concreto el derecho a la libertad religiosa para niñas y niños es Joaquín Mantecón. Él señala que “cualquier persona es titular de este derecho desde que viene al mundo. Sin embargo, no podrá ejercitarlo hasta que alcance un nivel de autoconciencia, ya que el ejercicio de este derecho es personalísimo, e implica una decisión libre y consciente por parte del titular. En términos absolutos, este derecho se puede ejercer plenamente al alcanzar la mayoría de edad legal, pero normalmente se podrá ejercer a partir del momento en que la persona alcance la suficiente madurez intelectual y psicológica, que convencionalmente suele situarse en torno a los catorce años. En efecto, la tendencia general que se observa es la de ampliar la esfera de libertad y de autodeterminación de los menores a partir de la adolescencia. En este sentido, en caso de conflicto entre el derecho de los padres y la libre opción religiosa de los hijos menores, habría que estar por la libertad del hijo. Pero hasta que el hijo no adquiriera aquella madurez mínima, la lógica interna del derecho pide que la opción

religiosa sea ejercida por los padres o tutores, y así suelen reconocerlos los principales textos normativos y acuerdos o convenios internacionales sobre la materia.”⁹⁰

Así, Mantecón señala que el derecho a la libertad religiosa es de toda persona, e indica que se es titular de este derecho desde el nacimiento. Sin embargo, limita el ejercicio de este derecho a la adquisición de un *nivel de autoconciencia* que permita una decisión libre sobre el vínculo que se establezca con un ser superior o confesión religiosa. Para Mantecón el *nivel de autoconciencia* implica una decisión libre que permite que las manifestaciones religiosas se realicen con convicción y convencimiento y no sólo sean imitaciones. Sin embargo, no desarrolla qué se entiende por *nivel de autoconciencia* ni decisión libre, por lo que es difícil entender las características que Mantecón establece para poder estar en aptitud de ejercer el derecho a la libertad religiosa.

Para Mantecón, en tanto niñas, niños y adolescentes no alcancen este *nivel de autoconciencia* que les permita tomar una decisión libre; este derecho “del que son titulares” es ejercido por los padres. Una vez alcanzado este *nivel de autoconciencia*, en caso de existir contradicción entre la decisión de los padres o tutores, Mantecón considera deberá prevalecer la voluntad del niño, niña o adolescente.

Sin embargo, parece pertinente preguntar ¿Este argumento realmente incluye a los niños en su esfera religiosa? o por el contrario ¿Los deja fuera por no poseer un *nivel de autoconciencia* –no determinado- que permita una decisión libre? ¿Ser titular del derecho tiene algún efecto? ¿Acaso el reconocimiento de la titularidad de niñas, niños y adolescentes del derecho a la libertad religiosa permite la inclusión de niñas y niños en decisiones que les afectan en su esfera religiosa?

El razonamiento de Mantecón permite sostener la universalidad del derecho a la libertad religiosa, en tanto que la persona siempre es titular del derecho

⁹⁰ Mantecón, Joaquín, “La Libertad Religiosa como Derecho Humano”, *Tratado de Derecho Eclesiástico*, España, EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, 1994, pp. 123-124.

(desde el momento de su nacimiento). Esta postura se encuentra muy difundida⁹¹. Sin embargo, la propuesta de Mantecón no resuelve la esfera de derechos de los padres y los hijos en torno al derecho a la libertad religiosa desde una perspectiva de derechos de niñas, niños y adolescentes que los incluya en las decisiones. Por ello, la titularidad de la que nos habla Mantecón es una titularidad que por su mero reconocimiento no garantiza la protección de los derechos de las personas menores de edad.

En el presente apartado han quedado varias interrogantes que han surgido del análisis de la difundida propuesta que esgrime Joaquín Mantecón, interrogantes que ameritan un mayor estudio. Por ello, se examinarán otras fuentes del derecho que reconocen el derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes.

Adicionalmente, la bibliografía respecto de este tema con este enfoque no es amplia. En la segunda parte de este capítulo se analizará este tema, en diferentes fuentes del derecho, desde la aproximación de la Convención sobre los derechos del niño de 1989.

2. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN DIVERSOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

2.1 LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Como se había mencionado en el capítulo anterior, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) reconoce el derecho a la libertad religiosa y establece que toda persona es titular de éstos. Sin embargo, no se pronuncia en concreto sobre el caso de niñas, niños y adolescentes. Cabe destacar el párrafo cuarto de este artículo, el cual quedó pendiente de análisis en

⁹¹ González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008, pp. 330-333.

el capítulo precedente. Este párrafo impone a los Estados parte la obligación de respetar la *libertad de los padres* de manera que se garantice que sus hijos reciban educación religiosa y moral acorde con las convicciones de los padres.

La Observación General número 22 del Comité de Derechos Humanos interpreta el artículo 18 del PIDCP y se pronuncia sobre la regulación que establece el párrafo 4 de este artículo. El párrafo 6⁹² de esta Observación General señala que “la libertad de los padres o tutores de asegurar que sus hijos reciban una educación moral y religiosa de conformidad con sus propias convicciones, establecida en el artículo 18.4, se relaciona con las garantías de la libertad de enseñar una religión o creencia establecida en el artículo 18.1.” El Comité de Derechos Humanos subraya el vínculo entre el derecho a la libertad religiosa (establecida en el artículo 18.1) con la educación religiosa y moral de los hijos (señalada en el artículo 18.4); sin embargo no ahonda en el derecho de niñas, niños y adolescentes, por el contrario subraya que esta es una libertad de los padres, a quienes concede la facultad de decidir sobre la educación religiosa de sus hijos *de conformidad con sus convicciones*, sin que se establezca participación alguna del niño.

El párrafo 6 de esta Observación General es el único párrafo de este instrumento jurídico que de alguna manera se pronuncia sobre el derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes. Aún más significativo, es que, al referirse a este derecho en el caso de las personas menores de edad se limita a señalar que se trata de un derecho de los padres, sin ningún pronunciamiento de alguna libertad o potestad de niñas, niños y adolescentes.

Así, si bien hay un reconocimiento del derecho a la libertad religiosa para toda persona, la decisión sobre la esfera religiosa del niño se configura como libertad de los padres o tutores.

⁹² El Comité considera que el artículo 18.4 permite a las escuelas públicas la enseñanza en materias como historia general de las religiones y ética si ésta se da de manera neutral y objetiva. La libertad de los padres o tutores de asegurar que sus hijos reciban una educación moral y religiosa de conformidad con sus propias convicciones, establecida en el artículo 18.4, se relaciona con las garantías de la libertad de enseñar una religión o creencia establecida en el artículo 18.1. El Comité nota que la educación pública que incluya instrucción en alguna religión en particular o creencia, es inconsistente con el artículo 18.4 salvo que se estipulen exenciones o alternativas no discriminatorias que sean acordes a los deseos de padres o tutores.

La ausencia de participación de niñas y niños dentro de este instrumento internacional llevó a Adam Lopatka a cuestionarse si realmente este instrumento los incluye (o bien si les reconoce la titularidad de este derecho). Adicionalmente se da un problema de interpretación debido a que esta regulación no es clara sobre este derecho en el caso concreto de las personas menores de edad.

Lopatka señala que el mencionado artículo “dice que los Estados parte del Pacto se deben comprometer a hacer respetar la libertad de los padres, y cuando sea aplicable, de los custodios legales, para asegurar la educación religiosa y moral de sus hijos conforme a sus propias convicciones. El mismo artículo, como podemos ver, especifica que todos deben tener esta libertad, pero al mismo tiempo dice que deja la decisión- de la religión y moralidad en la que el niño se desenvolverá- a los padres.”⁹³ En opinión de Adam Lopatka, el PIDCP no reconoce la aplicabilidad del derecho a la libertad religiosa a niñas, niños y adolescentes pues concede la facultad de *decidir* sobre la religión y la moralidad de niñas, niños y adolescentes a los padres o tutores.

En sentido contrario, Sylvie Langlaude argumenta que la interpretación de Lopatka parece estar equivocada⁹⁴, pues “el artículo 18 aplica a todos y el artículo 18 (4) simplemente significa que los padres tienen derechos frente al Estado, el cual no puede interferir con su decisión discrecional y en la forma como decidan asegurar la educación moral y religiosa de sus hijos de conformidad con sus propias convicciones.”⁹⁵ De esta manera, Langlaude, interpreta que el PIDCP señala la aplicabilidad del derecho a la libertad religiosa para las personas menores de edad porque son personas; y el párrafo 4 del artículo 18, sólo reconoce un derecho de los padres frente al cual el Estado no puede oponerse.

Estas interpretaciones distintas pueden explicarse en parte debido a que el PIDCP no es claro al regular el derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y

⁹³ Lopatka, Adam, “Appropriate Direction and Guidance in the Exercise by a Child of the Rights to Freedom of Expression, Thought, Conscience and Religion”, en E. Verhellen (ed.), *Monitoring Children’s Rights*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 289

⁹⁴ Langlaude, Sylvie, *The Right of the Child to Religious Freedom in International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 91.

⁹⁵ *Idem.*

adolescentes, y también debido a que establece las facultades de los padres, pero no las de los hijos.

El PIDCP es acorde con la teoría de la universalidad del derecho a la libertad religiosa, pues el derecho es de todos desde el momento en que nacen. Sin embargo como bien señala Lopatka en el caso de las personas que aún no han adquirido la mayoría de edad la decisión de la esfera moral y religiosa no recae en el titular del derecho, sino en sus padres o tutores. Por tanto si bien, como señala Langlaude, el PIDCP concede la titularidad a toda persona, por lo que se podría concluir que niñas, niños y adolescentes son titulares del derecho; por otra parte, esta titularidad no implica su participación ni su esfera moral, ni religiosa, pues el PIDCP da la facultad de decisión a los padres o tutores y no a los hijos menores de edad. Por lo que el PIDCP no logra resolver las interrogantes señaladas en el apartado anterior.

Adicionalmente, este tratado internacional obliga al Estado parte a respetar la decisión de los padres, creando una esfera de inmunidad para la actuación de los padres, donde el Estado no puede intervenir. Así, niñas, niños y adolescentes no sólo se ven excluidos de su esfera moral y religiosa; sino que ésta es un área de absoluta decisión de padres y tutores. Ésta no puede ser la respuesta desde una perspectiva de derechos de las personas menores de edad que fomente su participación, y que por tanto las incluya. Pues, en lugar de incorporar al niño en su esfera religiosa, lo deja fuera. De ahí la pregunta ¿Esta titularidad tiene algún efecto?

Ante la reafirmación de las interrogantes planteadas, se continuará con el análisis de otros instrumentos de derecho internacional.

2.2. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹⁶ (en adelante PIDESC) reconoce el derecho de toda persona a la educación. El párrafo tercero de este artículo se pronuncia sobre la educación religiosa. En su parte final, establece la obligación del Estado de respetar la libertad de los padres o tutores legales para elegir la educación de sus hijos; y en el caso de la educación religiosa, que ésta sea acorde a sus propias convicciones (de los padres). El PIDESC señala una esfera de inmunidad de los padres para elegir la educación religiosa de sus hijos conforme a sus convicciones. Esta regulación, al igual que la mencionada en el apartado relativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, prohíbe al Estado intervenir en la

⁹⁶ Artículo 13.

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;

b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;

e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

decisión que los padres tomen con respecto a la esfera religiosa de sus hijos, sin prever participación alguna de niñas, niños y adolescentes.

La regulación de este ordenamiento no establece claramente la titularidad del derecho a la educación religiosa o moral de niñas, niños y adolescentes, tampoco señala alguna forma de ejercicio del derecho o alguna manera en la que puedan participar en su educación religiosa, pues únicamente establece facultades de los padres o tutores.

2.3 LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA DECLARACIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE INTOLERANCIA Y DISCRIMINACIÓN FUNDADAS EN LA RELIGIÓN O LAS CONVICCIONES

Un instrumento internacional que se pronuncia en concreto sobre el derecho a la libertad religiosa en el caso de niñas, niños y adolescentes es la *Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones*. Esta Declaración fue proclamada el 25 de noviembre de 1981 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución 35/55. Este instrumento internacional no es un tratado internacional ya que es una resolución de la Asamblea General que no se sometió a la ratificación de los Estados, por lo que no tiene fuerza vinculante. Sin embargo, no por ello deja de representar el consenso de los Estados que la proclamaron afirmativamente en este órgano principal de las Naciones Unidas⁹⁷. Es de particular relevancia el artículo 5 de esta Declaración, pues regula el derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes de la siguiente manera:

1. Los padres o, en su caso, los tutores legales del niño tendrán el derecho de organizar la vida dentro de la familia de conformidad con su religión o sus convicciones y habida cuenta de la educación moral en que crean que debe educarse al niño.

⁹⁷ Véase Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 3^o edición, Gran Bretaña, 1979, p. 571.

2. Todo niño gozará del derecho a tener acceso a educación en materia de religión o convicciones conforme con los deseos de sus padres o, en su caso, sus tutores legales, y no se le obligará a instruirse en una religión o convicciones contra los deseos de sus padres o tutores legales, sirviendo de principio rector el interés superior del niño.

3. El niño estará protegido de cualquier forma de discriminación por motivos de religión o convicciones. Se le educará en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y hermandad universal, respeto de la libertad de religión o de convicciones de los demás y en la plena conciencia de que su energía y sus talentos deben dedicarse al servicio de la humanidad.

4. Cuando un niño no se halle bajo la tutela de sus padres ni de sus tutores legales, se tomarán debidamente en consideración los deseos expresados por aquéllos o cualquier otra prueba que se haya obtenido de sus deseos en materia de religión o de convicciones, sirviendo de principio rector el interés superior del niño.

5. La práctica de la religión o convicciones en que se educa a un niño no deberá perjudicar su salud física o mental ni su desarrollo integral teniendo en cuenta el párrafo 3 del artículo 1 de la presente Declaración.

El primer párrafo del artículo 5 establece el derecho de los padres de organizar la vida familiar en el ámbito religioso conforme a sus convicciones, incluida la formación religiosa y moral que deban de seguir sus hijos. Cabe señalar que esta regulación establece que la decisión y el derecho son de los padres, y no reconoce derecho alguno al niño.

El inciso 2 de este artículo es aún más interesante, pues inicia señalando que todo niño gozará del derecho a tener acceso a la educación en materia de religión, sin embargo aclara que ésta será conforme a los deseos de sus padres o tutores. Entonces, si bien, por una parte señala que el titular del derecho es el niño, por otra parte indica que éste se ejercerá con base en la decisión de los padres o tutores. Una vez más se reconoce una titularidad del derecho del niño donde la decisión real es los padres; por lo que no queda claro cuál es el efecto de la titularidad del derecho del niño.

Este apartado también reconoce como principio rector al interés superior del niño, sin ahondar en el contenido de este principio.

El tercer inciso establece la prohibición de discriminación a niños por motivos religiosos.

El cuarto inciso se pronuncia sobre el caso de niños que no se encuentran bajo la tutela de sus padres o tutores. En este caso señala que aún en su ausencia, deberán seguirse los deseos de padres o tutores, por lo que se deberá recurrir a cualquier prueba que permita conocer la religión o convicciones de éstos. Nuevamente, esta Declaración identifica al interés superior del niño como principio rector⁹⁸. Una vez más el derecho de decidir sobre la esfera religiosa del niño es concedida a los padres o tutores incluso en su ausencia, aunque en este caso señala como principio rector el interés superior del niño sin ahondar en su contenido.

Finalmente el inciso 5 limita la decisión sobre la formación religiosa que se imparte a un niño, indicando que ésta no deberá perjudicar su salud física o mental, ni su desarrollo integral, haciendo referencia a los límites que esta Declaración establece para la manifestación de las creencias religiosas en el artículo 1 inciso 3⁹⁹.

Este artículo es de particular interés para el presente estudio porque se pronuncia sobre el derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes. Éste establece que son los padres quienes tienen el derecho de formar religiosamente a sus hijos, pero a la vez limita este derecho mediante el interés superior del niño. Así señala que la formación religiosa de los hijos deberá realizarse conforme a la decisión de los padres, incluso en el caso de que éstos no se encuentren presentes. Adicionalmente, en algunos incisos, limita la decisión de los padres a que se observe el principio rector del interés superior del niño, sin embargo no desarrolla este principio. También establece como límites a la decisión de los padres, la salud física, mental y su desarrollo integral.

⁹⁸ En este apartado tampoco se desarrolla el contenido del principio del interés superior del niño, por lo que es difícil interpretar el contenido y alcance de este principio.

⁹⁹ A saber, la libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones estará sujeta únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Cabe destacar que, por primera vez, la decisión de los padres no es una esfera de absoluta inmunidad (inclusive ante el Estado), pues esta facultad de decisión encuentra su límite en el interés superior del niño, en la salud física y mental y en el desarrollo integral del niño. Lo cual puede considerarse como un primer paso hacia la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Sin embargo estos límites no se encuentran precisados, pues no es claro que puede entenderse por interés superior del niño, ni encontramos un reconocimiento de derechos propios del niño. Por ello, es difícil interpretar el contenido y el efecto de los mencionados límites.

Al respecto Natan Lerner señala que: “la condición del *interés superior del niño* tiende a poner límites a la libertad de acción de los padres o tutores legales. La Declaración no intenta resolver los muchos problemas que pueden suscitarse en el caso de conflicto entre los deseos de los padres o tutores legales y el *interés superior del niño*. Este es un tema delicado que puede engendrar problemas...”¹⁰⁰ Con estas líneas, Lerner explica como el interés superior del niño pretende limitar la esfera de decisión que es concedida a los padres o en su caso tutores, pero también aclara que el presente artículo no se pronuncia exhaustivamente sobre la forma de resolver posibles conflictos entre los deseos de los padres y el interés superior del niño. Lerner a su vez, considera que este es un tema delicado que puede generar diversos problemas que no encuentran respuesta a la luz de la presente Declaración.

Por otra parte, señala que “el texto del artículo 5 fue el resultado de concesiones recíprocas, obtenidas con dificultad después de largos debates. Son muchas las cuestiones que deja abiertas, y las respuestas mismas dependen en gran medida de la posición general de la religión dentro del Estado.”¹⁰¹ Así, explica que este artículo es producto de distintas negociaciones que devinieron en que algunos de los temas que regula no se hayan establecido con claridad, por lo que quedaron a interpretación y aplicación de los Estados.

¹⁰⁰ Lerner, Natán, *Minorías y grupos en el derecho internacional. Derechos y discriminación*, México, CNDH, 1991, 121.

¹⁰¹ *Idem*.

Esta Declaración reconoce que la formación religiosa de los hijos es un derecho de los padres, aunque da un paso adelante al señalar que este derecho encuentra su límite en el interés superior del niño, su salud física y mental y su desarrollo integral. No obstante de este paso, esta Declaración no establece que niñas, niños y adolescentes sean titulares del derecho a la libertad religiosa. Adicionalmente tampoco señala lineamientos para la interpretación del principio del interés superior del niño.

Aún quedan algunas interrogantes ¿Cómo puede interpretarse el principio del interés superior del niño? ¿Niñas, niños y adolescentes participan de las decisiones de su esfera religiosa? ¿Acaso las decisiones religiosas que involucran a niñas, niños y adolescentes (sólo limitadas por los conceptos no definidos por este instrumento de: interés superior del niño, salud física y mental y el desarrollo integral del niño) son únicas de los padres?

2.4 ANÁLISIS DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

La Convención Europea de Derechos Humanos regula el derecho a la libertad religiosa en su artículo 9¹⁰² y “usa casi las mismas palabras para formular el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo esta Convención omite el párrafo sobre la libertad de los padres de asegurar la educación religiosa y moral de sus hijos de conformidad con sus propias convicciones. Se podría presumir, que la Convención al usar la expresión *todos* incluye a los niños en el grupo a quienes se aplica el derecho.”¹⁰³ Este instrumento reconoce el derecho a

¹⁰² Artículo 9

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

¹⁰³ Lopatka, Adam, *op. cit.*, nota 93, p. 289.

la libertad religiosa de toda persona sin distinción alguna, pero no menciona el derecho de los padres a educar o guiar a sus hijos en esta materia.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha analizado estos temas en algunos de sus casos. Por ejemplo en el caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen v. Dinamarca*¹⁰⁴, este Tribunal analiza los derechos de guía de los padres sobre las convicciones morales y filosóficas de niñas, niños y adolescentes, concluyendo que los padres tienen el derecho de guiar a sus hijos, en ejercicio de sus funciones parentales naturales como educadores, o bien de guiar a sus hijos de conformidad con sus propias convicciones religiosas o filosóficas.¹⁰⁵ En este caso el Tribunal establece el derecho de los padres de fungir como guía (conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas) de sus hijos. Sin embargo, no se pronuncia sobre los derechos del niño, ni señala el papel de los hijos a lo largo de esta guía. No obstante, claramente el artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos reconoce el derecho a la libertad religiosa para toda persona.

En esta primera parte, se abordó la regulación del derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes en diversas fuentes de derecho. Sin embargo, estos documentos jurídicos sólo señalan el derecho de los padres, sin que establezcan el papel que tienen niñas, niños y adolescentes en su esfera religiosa dentro de la relación padres-hijos. Así, en las fuentes del derecho que se han analizado no es clara la manera en que niñas, niños y adolescentes pueden ejercer el derecho a la libertad religiosa.

II. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Esta segunda parte del segundo capítulo tiene una mirada diferente, no sólo buscar entender la titularidad del derecho a la libertad religiosa del niño como un reconocimiento, sino como una titularidad con efectos. Es decir, trataré de

¹⁰⁴ (*Aplicación no. 5095/71; 5920/72; 5926/72*), Sentencia de 7 de diciembre de 1976, párrafo 54, pp. 24-25.

¹⁰⁵ *Idem.*

identificar alguna(s) manera(s) en que el niño participe como sujeto activo en la relación padre-hijo en torno a su esfera religiosa, en vez de que ésta sea únicamente un espacio de decisión de los padres, donde los hijos sean excluidos.

La Convención sobre los Derechos del Niño es un tratado internacional paradigmático debido a que reconoce al niño como titular pleno de derechos. En palabras de Marta Santos Pais, la Convención “constituye una carta genuina de los derechos de los niños, porque conjunta en un solo texto numerosos estándares y principios que están contenidos en instrumentos legales sobre niños. La Convención, por tanto, resalta dos aspectos- el niño como titular de derechos fundamentales y libertades y el niño como receptor de una protección especial- diseñada para asegurar su desarrollo armonioso como un individuo que pueda tener un desenvolvimiento constructivo en la sociedad.”¹⁰⁶

1. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Como se ha señalado, múltiples instrumentos jurídicos que reconocen el derecho a la libertad religiosa establecen que este derecho es de toda persona, aunque no se pronuncian en concreto sobre la titularidad y el ejercicio de éste en el caso de niñas, niños y adolescentes. Adicionalmente, cabe recordar la interpretación de Adam Lopatka del artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al cuestionar la aplicabilidad de este derecho para niñas, niños y adolescentes, pues esta regulación “especifica que todos tienen esta libertad pero que a la par dice que ésta no es aplicable a los niños, dado que deja la decisión- por ejemplo sobre la religión y moralidad en que el niño será educado- a los padres”.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Santos Pais, Marta, “The United Nations Convention on the rights of the Child”, *Bulletin of Human Rights, The Rights of the Child*, Nueva York, vol. 91/2, 1992, p. 75.

¹⁰⁷ Lopatka, Adam, *op. cit.*, nota 93, p. 289.

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, reconoce el derecho a las libertades de pensamiento, conciencia y religión de niñas y niños¹⁰⁸ de la siguiente manera:

Artículo 14

1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.
2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.
3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

La Convención marca un cambio radical al considerar al “menor como objeto de la compasión-represión, a la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos.”¹⁰⁹ Este instrumento reconoce la titularidad del derecho a la libertad religiosa al niño, e impone a los padres o representantes legales la obligación de *guiar*¹¹⁰ este derecho conforme a la evolución de sus facultades.

Adam Lopatka dice que esta regulación “establece *expressis verbis* que el derecho es aplicable también al niño. Es una novedad, ciertamente, que marca gran progreso. Al mismo tiempo, sin embargo, la Convención establece claros límites al rango de aplicabilidad del derecho a un niño.” También aclara la relación que se da entre la titularidad del derecho de los hijos y el derecho de los padres de

¹⁰⁸ En este apartado me refiero únicamente a niñas y niños debido a que el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.” La Convención no hace la distinción entre niños y adolescentes.

¹⁰⁹ García Méndez, Emilio, *Infancia y Adolescencia, de los derechos y la justicia*, Tercera Edición, México, Fontamara, p. 77.

¹¹⁰ Las versiones originales de la CDN en español y francés hablan de una guía, sin embargo la versión original en inglés emplea el verbo dirección.

guiar estos derechos. La guía de los padres o representantes legales tiene un papel persuasivo.¹¹¹

Al respecto, Lopatka señala que: “la Convención otorga al niño el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Es un paso extraordinario al respeto de la personalidad del niño.”¹¹² Así este autor acentúa el importante avance que significa la Convención en el caso de los derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, en el sentido de que por virtud de ésta, la dirección que den los padres debe ser conforme a las capacidades en evolución de niñas y niños, con el mayor respeto a su personalidad, y no sólo de manera discrecional. Adicionalmente, la guía que den los padres o tutores no debe ser en detrimento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, por lo que la CDN no da a los padres una libertad ilimitada¹¹³.

Sobre la regulación del derecho a la libertad religiosa en la Convención sobre los Derechos del Niño, Langlaude señala que “el derecho del niño a la libertad religiosa es el derecho de todo niño de desarrollarse sin obstáculos para ser una actor autónomo independiente en la matriz de los padres, la comunidad religiosa y la sociedad”¹¹⁴. Para esta autora, el derecho a la libertad religiosa de niñas y niños consiste en que se puedan desarrollar de manera autónoma en su entorno (familia y sociedad). La Convención precisa que niñas y niños son titulares del derecho a la libertad religiosa, por lo que busca colocarlos en el centro de las decisiones de su esfera religiosa. El derecho de niñas y niños a la libertad religiosa consistiría en desarrollar su dimensión religiosa con autonomía dentro de su entorno familiar y social. ¿Cómo puede realizarse esto?

Como se señaló en el capítulo anterior dedicado al estudio del derecho a la libertad religiosa, este derecho implica la posibilidad de manifestarse en virtud del vínculo que se decida establecer con algún ser superior o confesión religiosa. En cambio, en la interpretación de Langlaude, en el caso de los niños, el derecho a la libertad religiosa es un derecho a desarrollar esta dimensión autónomamente en

¹¹¹ Lopatka, Adam, *op. cit.* nota 93, p. 290.

¹¹² *Ibidem*, p. 291.

¹¹³ Eekelar, John, “The Importance of Thinking that Children have Rights”, en Alston, Philip et al (eds.), *Children, Rights, and the Law*, Estados Unidos de América, Oxford, 1992, p. 233.

¹¹⁴ Langlaude, Sylvie, *op cit.*, nota 94, p. 100.

su entorno. La Convención no indica tampoco de manera expresa que el niño tenga el derecho a decidir sobre este vínculo, por el contrario, indica que el ejercicio del derecho del niño requiere de una guía (ya sea de los padres o representantes legales). Con estos elementos, se observa que el derecho a la libertad religiosa tiene contenidos distintos en el caso de los adultos con respecto al caso de los niños. Por ello surgen las interrogantes de ¿Es el mismo derecho? ¿Cómo puede aplicarse el derecho a la libertad religiosa conforme a las capacidades en evolución del niño?

No queda claro el efecto de la titularidad que otorga la Convención en el caso del derecho a la libertad religiosa, parecería más bien que se trata de un derecho al sano desarrollo o bien al derecho a desarrollar la libertad religiosa, conforme a la evolución de las capacidades de niñas y niños, de manera participativa, muy vinculado al derecho a ser escuchado.

Por ello, el reconocimiento concreto de la titularidad de este derecho en la Convención aún deja interrogantes sobre la forma de ejercicio de este derecho. Como se mencionó anteriormente el derecho a la libertad religiosa protege las manifestaciones que se den en virtud del vínculo que una persona decida establecer con un ser superior o confesión religiosa. Mas en el caso de la titularidad de este derecho de niñas y niños, en la interpretación de Langlaude, la Convención no protege las manifestaciones que se den en virtud de una decisión, sino el desarrollo de manera autónoma de la esfera religiosa en su entorno.

2. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

El Tribunal Constitucional de España analizó el derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes particularmente en dos casos que se analizarán a continuación.

En la sentencia de la Sala Segunda, STC 141/2000, de 29 de mayo de 2000, este Tribunal analizó la constitucionalidad de restringir el régimen de visitas y convivencias de un padre para con sus hijos de 5 y 12 años debido a la religión

que el padre decidió practicar y al proselitismo que realizaba hacia sus hijos. La madre de los hijos alegaba que la religión a la que el padre se había convertido era una secta destructiva, y por tanto era dañina para sus hijos. En aras de protegerlos solicitaba limitar el régimen de visitas y convivencias del padre con sus hijos. Esta sentencia reconoce el derecho del padre a manifestar la religión o confesión religiosa que sea de su preferencia, pero también analiza el derecho a la libertad religiosa de los hijos, por ello este análisis es relevante. Este Tribunal estableció el siguiente criterio:

Desde la perspectiva del art. 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 CC o el art. 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Así pues, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el "superior" del niño (SSTC 215/1994, de 14 de julio; 260/1994, de 3 de octubre; 60/1995, de 17 de marzo; 134/1999, de 15 de julio; STEDH de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann).

En resumen, frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser

ponderados teniendo siempre presente el "interés superior" de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE).

Esta sentencia reconoce plenamente el derecho a la libertad religiosa y al derecho a la integridad moral de las personas menores de edad.

Posteriormente este criterio judicial señala que las personas que aún no han alcanzado la mayoría de edad no quedan al total abandono de las personas que puedan decidir por los niños (padres o tutores). Es decir, la esfera de decisión de padres y tutores no es absoluta.

Adicionalmente el Tribunal señala el papel que tienen niñas, niños y adolescentes en la relación padres-hijos en torno de la esfera religiosa, al indicar que niñas, niños y adolescentes son participes de las decisiones de su esfera religiosa en función de la madurez del niño y de las diferentes etapas de desarrollo que determinen su capacidad de obrar. En este criterio encontramos el papel que tiene el niño dentro de la relación padres-hijos, y por tanto, el efecto del reconocimiento de la titularidad del derecho a la libertad religiosa para niñas, niños y adolescentes.

Cabe destacar que esta sentencia establece la obligación de los poderes públicos de velar porque las potestades de los padres y sus decisiones se den en pro del interés superior del niño.

La sentencia, incluso da un paso más al señalar que el derecho a la libertad religiosa del niño constituye un límite al derecho a la libertad religiosa del padre, señalando que en ejercicio del derecho a la libertad religiosa, el niño puede no compartir las convicciones religiosas o bien que éstas sean distintas a las de sus padres, particularmente cuando las convicciones religiosas de los padres pongan en riesgo el sano desarrollo del niño.

Posteriormente, el pleno del Tribunal Constitucional de España aplicó este criterio en la Sentencia 154/2002, de 18 de julio de 2002. En este caso se analizó la constitucionalidad de la sentencia que condenaba a dos padres por el homicidio de su hijo de 13 años, quien tras sufrir un accidente de bicicleta, requería una transfusión de plaquetas. Esta transfusión no se aplicó debido a las creencias religiosas del hijo. En el momento en que el paciente de 13 años de edad es

llevado al hospital, los médicos le indicaron a sus padres que se requería de una transfusión de plaquetas. Sin embargo los padres solicitaron que aplicaran algún otro tratamiento debido a que sus creencias religiosas consideraban que las transfusiones estaban prohibidas por la Biblia y por Dios. Sin embargo posteriormente el hospital consigue una autorización judicial para aplicar la transfusión. Los padres no se negaron. No obstante en el momento de realizar este procedimiento médico, el paciente de 13 años reaccionó con terror y se resistió violentamente. El Tribunal señaló que el menor rehusó libre y decididamente la transfusión que los médicos quisieron llevar a cabo, señalando que esta negativa expresaba una decisión propia, por lo que siendo una manifestación de su derecho a la libertad religiosa, modulado en función de su madurez y de los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar, se exonera a los padres de la responsabilidad de su muerte. De manera que el Tribunal consideró que el niño de trece años de edad tuvo la madurez de juicio necesario para asumir una decisión vital. Así el Tribunal Constitucional Español concluye que:

De las consideraciones precedentes cabe concluir que, para el examen del supuesto que se plantea, es obligado tener en cuenta diversos extremos. En primer lugar, el hecho de que el menor ejercitó determinados derechos fundamentales de los que era titular: el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la integridad física. En segundo lugar, la consideración de que, en todo caso, es prevalente el interés del menor, tutelado por los padres y, en su caso, por los órganos judiciales. En tercer lugar, el valor de la vida, en cuanto bien afectado por la decisión del menor: según hemos declarado, la vida, "en su dimensión objetiva, es 'un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional' y 'supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible' (STC 53/1985)" (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8). En cuarto lugar, los efectos previsibles de la decisión del menor: tal decisión reviste los caracteres de definitiva e irreparable, en cuanto conduce, con toda probabilidad, a la pérdida de la vida.

La Convención sobre los Derechos del Niño claramente reconoce la titularidad del derecho a la libertad religiosa de niñas y niños, y señala que en la

relación padres-hijos, los padres tienen el derecho y obligación de guiar el ejercicio del derecho a la libertad religiosa de sus hijos. Por su parte, el Tribunal Constitucional de España establece el papel que tiene el niño en la relación padres-hijos en torno al derecho a la libertad religiosa. Así, el niño, titular del derecho es partícipe de la esfera religiosa en función de su propia madurez conforme a su capacidad de obrar determinada por su propio desarrollo.

Ambos criterios establecen que en la esfera religiosa de niñas, niños y adolescentes hay una relación padres o tutores-hijos, donde los primeros tienen la facultad de guiar este derecho con un carácter persuasivo, y niñas, niños y adolescentes participan de esta decisión conforme a las facultades que su madurez y desarrollo les permiten. En este ejercicio, cabe subrayar que el grado de participación de las personas menores de edad en su esfera religiosa aún se encuentra determinada por sus capacidades en desarrollo. Por ello, queda la interrogante de si la capacidad de decisión es el elemento que permite el acceso al ejercicio de este derecho.

El derecho a la libertad religiosa en la doctrina y en el derecho positivo parte de la posibilidad de decidir creer en un ser superior o simplemente con algo sagrado. En virtud de ello protege las manifestaciones que se realicen en función de esta decisión. Sin embargo la titularidad y ejercicio de este derecho no ha estado del todo claro en el caso de niñas, niños y adolescentes. Si bien, en la difundida postura que esgrime Joaquín Mantecón, el derecho a la libertad religiosa se ha considerado como un derecho de toda persona desde su nacimiento, su ejercicio se ha reservado para quienes alcanzan el *nivel de autoconciencia* que permita tomar la mencionada decisión. Por ello, en esta postura, la titularidad de este derecho parece tener muy pocos efectos (si los tiene) en el caso de las personas cuyas capacidades en desarrollo aún no les permiten tomar la decisión de vincularse con un ser superior o confesión religiosa.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como primer tratado internacional que reconoce este derecho, establece la titularidad de éste para toda persona, pero no se pronuncia en concreto de niñas, niños y adolescentes.

Por otra parte, hay un debate sobre si este instrumento jurídico establece o no la titularidad del derecho a la libertad religiosa a niñas, niños y adolescentes. Ello se debe a que el artículo 18 del mencionado tratado internacional, que reconoce el derecho a la libertad religiosa de toda persona, no se pronuncia sobre la titularidad del derecho a la libertad religiosa en el caso de las personas menores de edad. Adicionalmente señala que las facultades de decisión de la esfera religiosa del niño corresponden a los padres. De ahí que Adam Lopatka encuentre que el Pacto no reconoce la titularidad de este derecho a niñas, niños y adolescentes.

Con base en las fuentes del derecho que he analizado, surge la pregunta de si el reconocimiento de la titularidad del derecho a la libertad religiosa es suficiente para incluir al niño, con sus características propias, en su esfera religiosa. Conforme a los documentos analizados en el capítulo precedente, las manifestaciones religiosas son efecto de una decisión libre, y en el caso de niñas, niños y adolescentes esta decisión libre es cuestionable en virtud de que sus capacidades se encuentran en desarrollo. Por la fase de desarrollo en que se encuentran las personas menores de edad es difícil para autores como Joaquín Mantecón entender al niño como alguien capaz de ejercer el derecho a la libertad religiosa. Por lo que surge la pregunta de ¿Cuáles son los efectos de esta titularidad?

Por otra parte, la Convención sobre los Derechos de lo Niño cambia la concepción del niño que parte de considerársele objeto de protección del derecho para ser un sujeto pleno de derechos. Alberto Minujin señala que: “el proceso destacado por la aprobación y ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño da una clara ilustración de esta orientación. En el marco de la Convención, las niñas y las niñas dejan de ser objeto y pasan a ser sujetos activos de la sociedad con derechos propios. En pocas palabras, ya no son más propiedad privada de los padres, la familia y el Estado cuando esta última *falla*; han pasado a ser *personas* con derechos propios.”¹¹⁵

¹¹⁵ Minujin, Alberto, “Vulnerabilidad y exclusión en América Latina”, en Bustelo Eduardo y Alberto Minujin (eds.), *Todos entran, propuesta para sociedades incluyentes*, Buenos Aires, UNICEF-Santillana, 1998, p. 171.

Así, en 1989 la Convención sobre los Derechos del Niño establece claramente que niñas y niños son titulares de este derecho, señalando que los padres tienen la facultad de guiar el ejercicio de éste. Si bien este instrumento despeja cualquier duda sobre la titularidad de este derecho de niñas, niños y adolescentes, aún falta precisión sobre el ejercicio de este derecho. En la regulación sobre el derecho a la libertad religiosa, la Convención mantiene una dualidad de esferas de derechos, una que reconoce la titularidad del derecho a la libertad religiosa al niño, y una segunda que da a los padres o representantes legales que consiste en el derecho de guiar el ejercicio del derecho del niño. ¿Qué se puede entender por guía? ¿Es posible determinar si el reconocimiento de la titularidad del derecho, niñas y niños, permite incluir a niñas y niños en las decisiones que incidan sobre sus manifestaciones religiosas? ¿El derecho de los padres o representantes legales de guiar a los hijos con base en la evolución de las capacidades del niño, es suficiente para incluir a niñas y niños en la decisión y en la integralidad de sus derechos?

El mero reconocimiento de la titularidad del derecho, puede no ser suficiente para permitir la inclusión de niñas, niños y adolescentes en una esfera de la cual, en razón de carecer de autonomía, se les ha excluido, dejando estas decisiones a los padres o representantes legales. La Convención sobre los Derechos del Niño, al reconocer la titularidad del derecho a la libertad religiosa de niñas y niños, da un paso adelante al establecer directrices para el ejercicio de este derecho; sin embargo este ejercicio aún tiene efectos poco definidos, por lo que no necesariamente logra incluir plenamente a niñas y niños en las decisiones sobre su esfera religiosa.

Por otra parte, el criterio del Tribunal Constitucional de España delinea el ejercicio del derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes. Este Tribunal establece la titularidad del derecho de las personas menores de edad, pero también indica como lo ejercen. En primer lugar, señala que la decisión sobre la esfera religiosa de los hijos, no es una esfera de inmunidad de los padres, pues éstos deben decidir en función del interés superior del niño. A la par, indican que los niños participan en las decisiones sobre su esfera religiosa en función de su

madurez acorde con las distintas etapas de desarrollo que determinan su capacidad de obrar. De esta manera, el grado de inclusión en la esfera religiosa de niñas, niños y adolescentes se dará de acuerdo a su madurez y desarrollo. Este criterio jurisprudencial otorga un papel activo a niñas, niños y adolescentes en la esfera religiosa, y por tanto, los incluye. Sin embargo, en esta jurisprudencia y en los instrumentos analizados anteriormente encuentro el problema de la falta de precisión sobre el ejercicio del derecho a la libertad religiosa.

Por otra parte, el contenido del derecho a la libertad religiosa *in genere*, parecería ser distinto del derecho que concede la Convención sobre los Derechos del Niño, pues este último, mas bien establece un derecho guiado por padres o representantes legales, conforme a las capacidades en evolución de niñas y niños para que éstos puedan desarrollar su propio juicio. Así, este derecho en la Convención, ya no protege manifestaciones religiosas que se dan en consecuencia de una decisión libre, sino la formación del juicio libre, de manera guiada, conforme a facultades en evolución. ¿Por qué dos contenidos distintos para el mismo derecho? ¿Se trata del mismo derecho?

CAPÍTULO TERCERO

EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA PARA NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA SENTENCIA DEL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 502/2007 DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN A LA LUZ DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

I. INTRODUCCIÓN

En los capítulos anteriores expuse diversos conceptos a través de distintas fuentes del derecho que permiten contrastar la protección que da el derecho a la libertad religiosa para los adultos y para las personas menores de edad. A partir de este análisis, fue posible identificar que mientras en el caso de los adultos, el derecho a la libertad religiosa tutela las manifestaciones religiosas, confesionales o relacionadas con lo sagrado que una persona realice como consecuencia de una decisión. Por el contrario, cuando el titular del derecho es una niña, niño o adolescente, la Convención sobre los derechos del niño, como tratado internacional que reconoce a estos sujetos como titulares de este derecho, protege el desarrollo en la matriz de la familia y la sociedad del ámbito religioso.

Si bien el derecho a la libertad religiosa tiene objetos de protección distintos en el caso de las personas mayores y menores de edad, adicionalmente, cuando el titular del derecho es una niña, niño o adolescentes, es relevante tomar en cuenta la variación del sujeto. Es decir, las personas menores de edad se encuentran en una fase de desarrollo, por lo que todas sus capacidades se encuentran en evolución de manera que las decisiones y el entendimiento que tienen de las consecuencias de éstas, varía en el tiempo. De manera que las decisiones que un mismo niño toma son distintas conforme al paso del tiempo. De esta manera, surge el problema de cómo proteger el derecho a la libertad religiosa a partir de las características propias de cada niña, niño o adolescente conforme a su madurez.

Por ello, en el presente capítulo se analizará el principio del interés superior del niño como uno de los criterios que permite determinar cómo proteger el derecho a la libertad religiosa de las personas menores de edad. Posteriormente analizaré la aplicación de este principio en la sentencia del amparo directo en revisión 502/2007 que se refiere a este tema.

II. LA RELEVANCIA DEL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 502/2007 EN EL ANÁLISIS DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA PARA NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la sentencia del amparo directo en revisión 502/2007 analiza si debe de tomarse en cuenta el tema religioso para establecer el régimen de visitas y convivencias de una niña de cinco años con su padre.

Con base en lo que dice la sentencia, el litigio sobre el concubinato y el régimen de visitas y convivencias comienza en un juzgado familiar del Estado de México. La sentencia definitiva de este juicio se apela y la Sala Familiar resuelve sobre el concubinato y el régimen de visitas y convivencias de la niña y de su padre otorgándole días de visita que no coinciden con las festividades judías. El padre solicita que el calendario de visitas y convivencias se determine conforme a las festividades judías para que la niña pueda continuar su formación en esta religión y pueda participar en sus celebraciones. Dado que esta petición es negada, el padre interpone el recurso de amparo. En el amparo, el Tribunal Colegiado de Circuito considera que el tema religioso no puede tomarse en cuenta como un factor para establecer el régimen de visitas y convivencias. En su análisis este Tribunal interpreta el artículo 24 constitucional en el sentido de que “la autoridad jurisdiccional no puede determinar lo pertinente sobre el derecho subjetivo público de libertad religiosa, y por tanto fijar un régimen de convivencia

con el propósito de que la menor asista a las celebraciones y festividades judías, y que no existe reglamentación para pronunciarse al respecto”¹¹⁶.

En virtud de que el Tribunal Colegiado de Circuito interpreta directamente el artículo 24 constitucional mediante sentencia definitiva, con fundamento en la fracción V del artículo 83 de la Ley de Amparo¹¹⁷, procede el recurso de revisión ante la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹¹⁸.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que:

Contrariamente a lo sostenido por el Tribunal Colegiado, el juez ni la Sala responsable obraron conforme a derecho al negarse a pronunciarse en un sentido o en otro, respecto a resolver a la solicitud del quejoso en relación a que se estableciera un régimen de convivencia con el propósito de que se obligara a la madre de la menor, a permitir que ésta asista a las diversas celebraciones y festividades judías, ya que *aunque el artículo 24 de la Carta Fundamental garantiza la libertad de creencias religiosas, estableciéndose así una obligación por parte de los órganos del Estado de abstenerse de actuar en relación a cómo ha de ejercerse esa garantía subjetiva pública, esta Primera Sala considera que existe el interés superior del menor de que el órgano jurisdiccional emita una resolución en que se oiga su opinión respecto de su formación religiosa como se precisa en los artículos 2, 6, 8, 9, 12, 14, 27 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como en los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 12 y 22 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; los artículos 1, 9, fracción XII de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación; todos transcritos con anterioridad.*¹¹⁹

¹¹⁶ Séptimo considerando de la Sentencia del Amparo Directo en Revisión 502/2007 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹¹⁷ ARTICULO 83.- Procede el recurso de revisión:

V.- Contra las resoluciones que en materia de amparo directo pronuncien los Tribunales Colegiados de Circuito, cuando decidan sobre la constitucionalidad de leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracción I del artículo 89 constitucional y reglamentos de leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados, o cuando establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución.

¹¹⁸ Cabe destacar que el recurso procedió porque la sentencia definitiva del Tribunal Colegiado de Circuito resolvía sobre un asunto de constitucionalidad. Véase Silva Ramírez, Luciano, *El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo*, México, Ed. Porrúa, Facultad de Derecho, 2008, pp. 310 y 311.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación declara su competencia sobre este asunto en el resolutivo primero de la sentencia del amparo directo en revisión 502/2007.

¹¹⁹ Considerando séptimo de la sentencia del amparo directo en revisión 502/2007.

Así, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resuelve que si bien el artículo 24 constitucional protege el derecho a la libertad religiosa y que de este reconocimiento deriva la obligación estatal de abstenerse sobre el ejercicio de este derecho, en virtud de que en este caso debe tutelarse el interés superior del niño, puede dictarse una sentencia que incluya la opinión de la niña respecto a su asistencia a diversas celebraciones y festividades judías. Es decir, conforme al interés superior del niño, la niña debe ser escuchada en el proceso y su opinión debe valorarse en el razonamiento de la sentencia. Así, la formación religiosa, atendiendo al interés superior del niño, puede tomarse en cuenta para determinar el régimen de visitas y convivencias de la niña con su papá. Por ello, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación revoca la sentencia recurrida y ampara y protege al padre de la niña.

El amparo directo en revisión 502/2007 abordó algunos temas relevantes para la presente tesis. Entre ellos, el interés superior del niño y los derechos de participación de niñas, niños y adolescentes. En los siguientes apartados se analizarán estos conceptos en diversas fuentes del derecho y en la sentencia señalada con la finalidad de examinar cómo la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación aplicó y desarrolló estos conceptos.

III. EL MARCO LEGAL DEL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 502/2007 DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

1. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 502/2007

La sentencia del amparo directo en revisión 502/2007 fue dictada el 28 de noviembre de 2007. En este momento, el artículo 4º constitucional, en relación a los derechos de niñas, niños y adolescentes establecía lo siguiente:

“Artículo 4º. ...Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que se coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.”

El 12 de octubre de 2011 se reforma este artículo con respecto a los derechos de niñas y niños y se incorpora el siguiente texto constitucional: *En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos.*

A partir de esta reforma, el artículo 4 constitucional protege los derechos de niñas, niños y adolescentes de la siguiente manera:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

La incorporación constitucional del principio del interés superior del niño con la finalidad de garantizar de manera plena los derechos de niñas, niños y adolescentes es posterior a la sentencia del amparo directo en revisión 502/2007. Si bien en noviembre de 2007, el interés superior del niño no se encontraba

expresamente en el texto constitucional, ello no implica que no estuviera protegido por el derecho mexicano, ni que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no contara con los instrumentos jurídicos para resolver el litigio conforme a este principio. Como la misma sentencia del amparo directo en revisión 502/2007 reconoce, en este caso debe aplicarse el interés superior del niño con fundamento en la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

2. LA LEY PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 502/2007

Esta Ley federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000, se fundamenta en el párrafo sexto del artículo 4º de la Constitución y tiene el objetivo de garantizar la tutela y el respeto de los derechos fundamentales de niñas, niños y adolescentes en la Constitución¹²⁰.

En el artículo 3, esta ley establece que la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes tiene la finalidad de lograr su desarrollo pleno e integral y enuncia los principios rectores de esta protección¹²¹. Cabe destacar que en el inciso A se reconoce el interés superior del niño como uno de estos principios. Posteriormente detalla en que consiste éste.

Artículo 4: De conformidad con el principio del interés superior de la infancia, las normas aplicables a niñas, niños y adolescentes, se entenderán dirigidas a

¹²⁰ Artículo 1 de la Ley para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes.

¹²¹ Artículo 3. La protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, tiene como objetivo asegurarles un desarrollo pleno e integral, lo que implica la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad.

Son principios rectores de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes:

- A. El del interés superior de la infancia.
- B. El de la no-discriminación por ninguna razón, ni circunstancia.
- C. El de igualdad sin distinción de raza, edad, sexo, religión, idioma o lengua, opinión política o de cualquier otra índole, origen étnico, nacional o social, posición económica, discapacidad, circunstancias de nacimiento o cualquiera otra condición suya o de sus ascendientes, tutores o representantes legales.
- D. El de vivir en familia, como espacio primordial de desarrollo.
- E. El de tener una vida libre de violencia.
- F. El de corresponsabilidad de los miembros de la familia, Estado y sociedad.
- G. El de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales.

procurarles, primordialmente, los cuidados y la asistencia que requieren para lograr un crecimiento y un desarrollo plenos dentro de un ambiente de bienestar familiar y social.

Atendiendo a este principio, el ejercicio de los derechos de los adultos no podrá, en ningún momento, ni en ninguna circunstancia, condicionar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

La aplicación de esta ley atenderá al respeto de este principio, así como al de las garantías y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Así esta Ley, con fundamento en el artículo 4º constitucional, establece que para cumplir con el principio del interés superior del niño, las normas deben aplicarse en el sentido de garantizar el crecimiento y el desarrollo pleno de las personas menores de edad. Adicionalmente señala que los derechos de niñas, niños y adolescentes por virtud del interés superior del niño son prioritarios a los derechos de los adultos, por lo que tienen una consideración primordial. De esta manera, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes incorpora el principio del interés superior del niño a la aplicación de las leyes y lo dota de contenido con la finalidad de garantizar el crecimiento y desarrollo pleno de niñas, niños y adolescentes.

Por otra parte, el artículo 5 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes¹²² también determina que la cultura de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes se basará en la Convención sobre los Derechos del Niño. Por lo que esta ley también incorpora este instrumento internacional en la protección de los derechos de las personas menores de edad.

Por su parte, el artículo 36 establece que niñas, niños y adolescentes gozarán de libertad de pensamiento y conciencia¹²³.

¹²² Artículo 5. La Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios, procurarán implementar los mecanismos necesarios para impulsar una cultura de protección de los derechos de la infancia, basada en el contenido de la Convención Sobre los Derechos del Niño y tratados que sobre el tema apruebe el Senado de la República.

¹²³ Comúnmente, en diversos ordenamientos jurídicos los derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión se reconocen conjuntamente. Sin embargo no encuentro ningún pronunciamiento sobre el derecho a la libertad religiosa. Esta declaración no se encuentra en esta ley.

Los artículos 39 y 41 se pronuncian sobre los derechos de participación de la siguiente manera:

Artículo 39. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ejercer sus capacidades de opinión, análisis, crítica y de presentar propuestas en todos los ámbitos en los que viven, tratándose de familia, escuela, sociedad o cualquier otro, sin más limitaciones que las que establezca la Constitución y dicte el respeto de los derechos de terceros.

Artículo 41. El derecho a expresar opinión implica que se les tome su parecer respecto de:

- A. Los asuntos que los afecten y el contenido de las resoluciones que les conciernen.
- B. Que se escuchen y tomen en cuenta sus opiniones y propuestas respecto a los asuntos de su familia o comunidad.

En los artículos 39 y 41 la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes señala el derecho de niñas, niños y adolescentes a ejercer sus capacidades de opinión en todos los ámbitos en los que viven y a que se expresen sobre los asuntos que le afecten. Siendo el calendario de visitas con su padre un ámbito que la niña vive y un asunto que le afecta, su derecho a expresar su opinión en este litigio encuentra su fundamento en estos artículos. Esta regulación se encontraba vigente en el momento en que se resolvió el amparo directo en revisión 502/2007.

Si bien algunos de los artículos de esta ley fueron reformados el 19 de agosto de 2010, esto no sucedió con ninguno de los artículos referidos en el presente apartado.

3. LA LEY PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL ESTADO DE MÉXICO EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 502/2007

Esta ley entiende el concepto de interés superior de niñas, niños y adolescentes de la siguiente manera:

Interés superior de las niñas, niños y adolescentes: Este interés implica que las políticas, las acciones y la toma de decisiones de las instituciones públicas, privadas, tribunales, autoridades administrativas o los órganos legislativos, relacionados con este periodo de vida, deberán dar prioridad a los derechos reconocidos en los ordenamientos legales;¹²⁴

Adicionalmente en el artículo 8 establece que este principio es uno de los principios rectores en la observancia, interpretación y aplicación:

I. El interés superior de las niñas, niños y adolescentes ante cualquier otro interés que vaya en su perjuicio, lo que implica que las políticas, las acciones y la toma de decisiones de las Instituciones Públicas, Privadas, Tribunales, Autoridades Administrativas o los Órganos Legislativos, relacionadas con este periodo de vida, deberán dar prioridad a los derechos reconocidos en los ordenamientos legales, a fin de que la Niña, el Niño o el Adolescente alcancen su desarrollo, la plenitud de sus aptitudes y de la capacidad mental y física hasta el máximo de sus posibilidades; tomando en consideración que cada uno de ellos es una universalidad y una individualidad en la que la familia, la comunidad y el propio estado garantizarán ese pleno desarrollo;

La Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en el Estado de México define al interés superior del niño como un vehículo para que se dé prioridad a los derechos de niñas, niños y adolescentes con la finalidad de permitir su desarrollo. Si bien esta

¹²⁴ Artículo 4, fracción IV de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en el Estado de México.

regulación al igual que la Ley federal en esta materia consideran que el interés superior del niño cumple con la finalidad de garantizar el desarrollo de las personas menores de edad, la ley del Estado de México también se refiere a los derechos de niñas, niños y adolescentes para dotar de contenido al interés superior del niño.

Cabe destacar que esta ley reconoce el derecho de niñas, niños y adolescentes a no ser discriminados en razón de la religión, entre otros criterios¹²⁵. Sin embargo no hay pronunciamiento alguno sobre el derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes¹²⁶.

ARTICULO 5.- Esta Ley se aplicará a las niñas, niños y adolescentes sin distinción alguna independientemente de su origen, cultura, sexo, idioma, religión, ideología, nacionalidad, discapacidades, circunstancias de nacimiento o cualquier otra condición propia de quienes legalmente ejerzan la patria potestad, su guarda o tutela en términos de las disposiciones aplicables, de la Legislación Civil o Penal para el Estado de México.

En relación a los derechos de participación de niñas, niños y adolescentes, la Ley de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México señala:

ARTICULO 9.- Son derechos de las niñas, niños y adolescentes en el Estado de México, de manera enunciativa, mas no limitativa, los siguientes:

II.

f) A emitir su opinión en todos los asuntos que le afecten y a ser escuchado, tomando en cuenta su edad y madurez en los procedimientos judicial, administrativo o laboral, de manera directa o por su representante legal;

IV. La educación, recreación, información y participación:

a) A ser tomados en cuenta para cualquier acto relacionado con su vida personal y social;

¹²⁵ ARTICULO 9.- Son derechos de las niñas, niños y adolescentes en el Estado de México, de manera enunciativa, mas no limitativa, los siguientes:

c) A la no discriminación, por lo que la observancia de sus derechos se hará sin distinción alguna, independientemente del fenotipo, color, sexo, idioma, religión, opinión, nacionalidad, origen o etnia, situación económica, impedimentos físicos o mentales, nacimiento o cualquier otra condición o impedimento;

¹²⁶ Es muy interesante como al incluir la prohibición de discriminación de niñas, niños y adolescentes en razón de su religión, de alguna manera hay un reconocimiento de las manifestaciones religiosas, confesionales o simplemente relacionadas con lo sagrado de niñas, niños y adolescentes. No obstante, no hay pronunciamiento alguno sobre el derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes.

f) A expresar su opinión libremente, conocer sus derechos y a ser escuchados en el ámbito familiar y comunitario, así como todo procedimiento administrativo o judicial que afecte sus esferas, personal, familiar y social; y¹²⁷

Esta ley reconoce el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en los procedimientos judiciales que afecten sus esferas. Siendo este litigio un procedimiento judicial que afecta el ámbito de convivencia de la niña con su padre, esta ley garantiza el derecho de la niña a expresar su opinión en este tema. Esta ley se encontraba vigente en el momento en que se dictó el amparo directo en revisión 502/2007.

IV. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

1. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

El artículo 4 constitucional, párrafo 8º, como se mencionó, establece el principio del interés superior de la niñez a partir de la reforma del 12 de octubre de 2011¹²⁸. Desde este momento, la Constitución señala expresamente que por virtud del principio del interés superior del niño el Estado garantizará de manera plena los derechos de niñas, niños y adolescentes. Sin embargo, reitero que este principio no se encontraba reconocido constitucionalmente en el momento en que se dictó la sentencia del amparo directo en revisión aquí examinada. Si bien el interés superior del niño no estaba reconocido constitucionalmente, ello no implica una ausencia de protección de este principio, pues se encontraba establecido en

¹²⁷ La presente fracción se reformó el 3 de septiembre de 2010 pero únicamente quita el punto y coma y la y final (:y)

¹²⁸ Artículo 4 constitucional.

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

la Ley para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, y México ya había ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño¹²⁹.

2. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Como se ha mencionado, este principio también se encuentra establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño¹³⁰ (en adelante CDN) en su artículo 3(1):

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

De esta manera, la CDN señala que el principio del interés superior del niño debe entenderse como una consideración primordial¹³¹ en todas las medidas relativas a niñas y niños que adopte el Estado, o bien, sus agentes.

Este principio no sólo es obligatorio para el Estado en todos sus niveles sino que convierte lo convierte en responsable subsidiario de la satisfacción de los derechos del niño cuando los padres, tutores u otros responsables incumplan estos deberes y que se enuncia además como principio inspirador de la conducta de las instituciones privadas o públicas, de los tribunales, de las autoridades administrativas e incluso los órganos legislativos¹³².

Liborio Hierro interpreta que esta concepción del principio del interés superior del niño en la CDN, anteriormente contenido en la Declaración de Ginebra para casos de desastre, evolucionó de un principio humanitario primitivo a

¹²⁹ Este tratado internacional entró en vigor para México el 21 de octubre de 1990, conforme a la información pública en <http://www.sre.gob.mx/tratados/index.php> el 12 de marzo de 2012.

¹³⁰ *Idem*.

¹³¹ John Eekelar señala que el interés superior del niño debe entenderse como una consideración primordial, mas no como la consideración primordial. Por lo que pueden haber otras elementos que deban ponderarse. Véase Eekelar, John, "The Importance of Thinking that Children have Rights", en Alston, Philip et al (eds.), *Children, Rights, and the Law*, Estados Unidos de América, Oxford, 1992, p. 231.

¹³² Hierro, Liborio, "¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño?", *Revista Educación*, España, no. 294, enero 1991, p. 231.

uno inspirador y jerarquizador del reconocimiento jurídico de los derechos de los niños¹³³. Es decir, si bien anteriormente en el Derecho Internacional, el principio del interés superior del niño tenía el objetivo de dar preferencia al cuidado y salvamento de niños en situaciones de conflicto armado, en la CDN este principio da prioridad a los derechos de niñas, niños y adolescentes en todos los ámbitos de protección.

El cumplimiento de las obligaciones establecidas en la CDN es obligatorio para México a partir de 1990, pues adquirió estos compromisos internacionales mediante la ratificación de este tratado internacional. Por ello, este instrumento internacional ya era vinculante para México en el momento en el que se dictó la sentencia del amparo directo en revisión 502/2007.

La CDN crea el Comité de los Derechos del Niño, es un órgano integrado por expertos que tiene la finalidad de facilitar y vigilar el cumplimiento de esta Convención. “Las interpretaciones que realiza el Comité sobre las provisiones y principios de la CDN se enmarcan en su experiencia de vigilancia y monitoreo y las convierte en Observaciones Generales.”¹³⁴.

La Observación General número 5 sobre las Medidas Generales de Aplicación de la CDN (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44) del Comité sobre los Derechos del Niño establece que para que se cumpla con el interés superior del niño se requiere valorar los efectos sobre los niños y sobre sus derechos:

Para que el interés superior del niño (párrafo 1 del artículo 3) sea una consideración primordial a la que se atienda, y para que todas las disposiciones de la Convención se respeten al promulgar disposiciones legislativas y formular políticas en todos los niveles de los poderes públicos, así como al aplicar esas disposiciones legislativas y esas políticas en todos los niveles, se requiere un proceso continuo de valoración de los efectos sobre los niños (previando las consecuencias de cualquier proyecto de ley o propuesta de política o de asignación presupuestaria que afecte a los niños y al disfrute de sus derechos) y de evaluación de los efectos sobre los niños

¹³³ *Ibidem*. p. 232.

¹³⁴ Centro de Investigaciones Innocenti, UNICEF, *Observaciones generales del Comité sobre los Derechos del Niño*, UNICEF, Siena, Italia, 2006, p. 7.

(juzgando las consecuencias reales de la aplicación). Este proceso tiene que incorporarse, a todos los niveles de gobierno y lo antes posible, en la formulación de políticas.¹³⁵

3. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN MIGUEL CILLERO BRUÑOL, LIBORIO HIERRO Y MÓNICA GONZÁLEZ CONTRÓ

Ahora bien, “¿cómo se determina el interés superior del niño? La respuesta es fundamental, pues mediante esta noción podría justificarse casi cualquier tipo de actuación, de modo que es importante partir de una teoría que permita su interpretación, haciendo explícito el concepto de niño subyacente y las bases argumentativas en las que se apoya.”¹³⁶ Como todo principio, el interés superior del niño, se encuentra sujeto a la interpretación del órgano que aplica el Derecho ¿Es posible aplicar este principio de una manera que garantice los derechos de niñas, niños y adolescentes o bien, puede interpretarse en sentidos diversos e incluso contradictorios?

Dada la amplitud de este principio, “generalmente, se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico”¹³⁷. Así, para evitar una aplicación ambigua de este principio se requiere de lineamientos que permitan garantizar realmente los derechos de niñas, niños y adolescentes, tal y como lo indica el artículo 4 constitucional.

Para que este principio pueda concretarse y garantice los derechos de niñas, niños y adolescentes, no basta con señalar su aplicabilidad a una situación concreta, sino que se requiere dar un paso adelante dotándolo de contenido que

¹³⁵ Observación General Número 5, *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44) del Comité de los Derechos del Niño, 34º período de sesiones, 19 de septiembre a 3 de octubre de 2003, párrafo 45.

¹³⁶ González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008, p. 404.

¹³⁷ Cillero Bruñol, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, *Justicia y Derechos del Niño*, Chile, UNICEF, número 1, noviembre de 1999, p. 46.

garantice los derechos de niñas, niños y adolescentes. A continuación presento algunos puntos que la doctrina ha desarrollado a través de una clasificación que considero aborda los elementos este principio.

A. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO UN MEDIO PARA RESOLVER CONFLICTOS DE DERECHOS

En primer lugar el principio del interés superior del niño permite resolver *conflictos de derechos* recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto¹³⁸. Por ello, es importante establecer todos los derechos que se encuentren en juego así como a su titular (generalmente los derechos de niñas, niños y adolescentes, de su padre y de su madre). Pues una vez señalados los derechos en conflicto se puede hacer un ejercicio de ponderación.

B. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO ESTABLECE UN CARÁCTER PRIMORDIAL A LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Por otra parte, este principio establece que los derechos de niñas, niños y adolescentes son prioritarios a los derechos de otras personas con los que entran en conflicto. “Los roles parentales no son derechos absolutos, ni meramente poderes/deberes, son derechos limitados por los derechos de los propios niños, es decir, por su interés superior”¹³⁹. Lo anterior no implica que se excluyan los derechos de las otras personas. Por lo que el interés superior del niño tampoco es absoluto, es mas bien “una consideración primordial”¹⁴⁰. Así, ante los derechos de los padres, los derechos de niñas, niños y adolescentes tienen un carácter prioritario, sin que por ello, los derechos de los padres desaparezcan.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 57.

¹³⁹ Cillero Bruñol, Miguel, *op. cit.* nota 137, p. 60.

¹⁴⁰ Cillero Bruñol, Miguel, “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios”, *Revista Infancia, Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, Montevideo, IIN-OEA, núm. 234, 1997, p. 6.

Así, conforme a este principio, los derechos de niñas, niños y adolescentes deben considerarse en primer lugar, en un escenario donde se contemplen todos los derechos en conflicto.

C. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO ENTENDIDO COMO LA SATISFACCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Ahora bien, adicionalmente el principio del interés superior del niño también se entiende como “la satisfacción integral de sus derechos”¹⁴¹. En consecuencia, ante casos donde se encuentren en conflicto derechos de niñas, niños y adolescentes y de sus padres, se dará prioridad a los derechos de las personas menores de edad de manera integral¹⁴². Ello implica entender que los derechos de niñas, niños y adolescentes son complementarios, por lo que rara vez sólo un derecho se encuentra en conflicto. Es necesario analizar todos los derechos de niñas, niños y adolescentes que están relacionados en la situación concreta, de manera que la decisión que se tome atienda a las necesidades de forma integral de la persona en desarrollo. El carácter de prioridad también debe aplicarse a este contenido amplio de derechos. Por ejemplo en casos de guarda y custodia no basta únicamente considerar el derecho a la educación, sino también otros derechos que van de la mano con las decisiones sobre este tema como el derecho a la salud, el derecho al juego, entre otros. Los derechos de niñas, niños y adolescentes son prioritarios en toda decisión estatal incluyendo las decisiones jurisdiccionales.

D. LOS ENFOQUES DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Una vez identificado el principio de interés superior del niño como una consideración primordial para reconocer los derechos de los niños de manera integral, aún hay un paso adelante para poder aplicar este principio con claridad.

¹⁴¹ Cillero Bruñol, Miguel, *op. cit.* nota 137, p. 60.

¹⁴² *Cfr.* Hierro, Liborio, “¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño?”, *Revista Educación*, España, no. 294, enero 1991, p. 231.

Miguel Cillero Bruñol distingue dos enfoques de aplicación del mencionado principio, a saber, como un acto potestativo y conforme a la obligación señalada en la CDN:

a. Como acto potestativo

“En el esquema paternalista/autoritario, el Juez, el legislador o la autoridad administrativa realizaba el interés superior del niño, lo constituía como un acto potestativo, que derivaba de su investidura o potestad y no de los derechos de los afectados; la justicia o injusticia de su actuar dependía de que el Juez se comportara de acuerdo a ciertos parámetros que supuestamente reflejaban su idoneidad. El ejemplo clásico es el Juez buen padre de familia presentado como modelo en las legislaciones y en la literatura basadas en la doctrina tutelar o de la situación irregular. En aquella orientación teórica, el *interés superior* tiene sentido en cuanto existen personas que por su incapacidad no se les reconocen derechos y en su lugar se definen poderes/deberes (potestades) a los adultos que deben dirigirse hacia la protección de estos objetos jurídicos socialmente valiosos que son los niños”.¹⁴³ Conforme a este enfoque, el juez aplicaba este principio con la finalidad de proteger a niñas, niños y adolescentes, pues éstos son objetos socialmente valiosos que ameritan la tutela del derecho. Es decir, el cuidado primordial a los niños se basaba en el consenso social de proteger a los niños, mas no en la garantía de los derechos de las personas menores de edad.

b. Conforme a la Convención sobre los derechos del niño

“La Convención propone otra solución. Formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le

¹⁴³ Cillero Bruñol, Miguel, *op. cit.* nota 137, p. 55.

recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no “constituye” soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente.”¹⁴⁴ El enfoque de la Convención sobre los derechos del niño de 1989 considera que las personas menores de edad son titulares plenos de derechos. Así el interés superior del niño se basa en la satisfacción de todos estos derechos y por tanto, obliga a las autoridades estatales a garantizarlos.

E. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO UN CONCEPTO NO CONTRADICTORIO EN DISTINTOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS.

- *EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA LEY PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES Y EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS*

La Ley para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes dota de contenido al principio del interés superior del niño a partir del carácter prioritario de los derechos de las personas menores de edad y le da la finalidad de garantizar el crecimiento y el desarrollo pleno de niñas, niños y adolescentes. Esta ley tiene su fundamento en el artículo 4º constitucional. A partir de la reforma constitucional del 12 de octubre de 2011 el texto constitucional protege este principio desde la aproximación de la satisfacción integral de los derechos de las personas menores de edad. Si bien ambos instrumentos jurídicos dotan de contenido al principio del interés superior del niño desde diferentes aproximaciones, ello no implica que estos enfoques sean contradictorios. Como se ha señalado, este principio puede interpretarse en múltiples sentidos. El carácter de prioridad de los derechos de niñas, niños y adolescentes busca colocar en un primer plano de protección a los derechos de las personas menores de edad, frente a los derechos de otras personas con quien éstos entren en conflicto. Por su parte, el enfoque de la integralidad de los derechos tiene la finalidad de garantizar todos los derechos en

¹⁴⁴ *Ibidem*, pp. 55 y 56.

conflicto de niñas, niños y adolescentes. Ambos, buscan garantizar los derechos de las personas menores de edad, uno les da prioridad frente a los derechos de otros titulares, y el otro los protege integralmente, por lo que no encuentro contradicción alguna, por el contrario existe complementariedad entre ambas regulaciones.

- *LA JERARQUÍA ENTRE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, LAS LEYES FEDERALES Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES*

Por otra parte, la jerarquía entre la Constitución, los tratados internacionales y las leyes federales ha seguido diferentes criterios. Antes de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, y en el momento en que se dictó la sentencia del amparo directo en revisión 502/2007 esta relación partía de la interpretación del artículo 133 constitucional que todavía establece:

Art. 133.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Este precepto constitucional se interpretó en el sentido de que los tratados internacionales de los que México fuera parte tenían un rango inferior a la Constitución, pero superior a las leyes federales y locales. Así se estableció el criterio de la jerarquía infraconstitucional y supralegal de los tratados internacionales. Éste se estableció en la tesis aislada con número de registro 192867:

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.¹⁴⁵

Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las

¹⁴⁵ [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; X, Noviembre de 1999; Pág. 46, con número de registro 192867.

facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.¹⁴⁶

En abril de 2007, la Suprema Corte de Justicia de la Nación aclara el concepto de supremacía constitucional de la siguiente manera:

**SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN.
INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL¹⁴⁷.**

A partir de la interpretación del precepto citado, si aceptamos que las Leyes del Congreso de la Unión a las que aquél se refiere corresponden, no a las leyes federales sino a aquellas que inciden en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano y cuya emisión deriva de cláusulas constitucionales que constriñen al legislador para dictarlas, el principio de "supremacía constitucional" implícito en el texto del artículo en cita claramente se traduce en que la Constitución General de la República, las leyes generales del Congreso de la Unión y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, constituyen la "Ley Suprema de la Unión", esto es, conforman un orden jurídico superior, de carácter nacional, en el cual la Constitución se ubica en la cúspide y, por debajo de ella los tratados internacionales y las leyes generales¹⁴⁸.

¹⁴⁶ La presente tesis aislada se estableció en el amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

¹⁴⁷ [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXV, Abril de 2007; Pág. 6, con número de registro 172667

¹⁴⁸ Amparo en revisión 120/2002. Mc. Cain México, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zambrana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maura A. Sanabria Martínez.

En concreto sobre la jerarquía de los tratados internacionales en relación a la Constitución y los demás ordenamientos internos, en el mismo asunto, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció la siguiente tesis aislada:

TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL¹⁴⁹.

La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "pacta sunt servanda", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional¹⁵⁰.

Mediante esta tesis aislada, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Pleno concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano los suscriba.

Las anteriores tesis aisladas establecieron el criterio¹⁵¹ de que los tratados internacionales estaban en una categoría infraconstitucional y a la vez supralegal

¹⁴⁹ [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXV, Abril de 2007; Pág. 6, con número de registro 172650.

¹⁵⁰ Amparo en revisión 120/2002. Mc. Cain México, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zambrana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maura A. Sanabria Martínez.

¹⁵¹ Aunque fuera de carácter persuasivo por tratarse de una tesis aislada y no de una jurisprudencia.

respecto de leyes generales, federales y locales. “La reforma de junio de 2011 impedirá que las tesis de referencia, tal cual están, lleguen a formar un criterio vinculante, pues se requieren ajustes para distinguir que la jerarquía supralegal e infraconstitucional sólo pertenece a partir de la misma a las normas de los tratados internacionales que no sean de derechos humanos”¹⁵².

- *LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE 10 DE JUNIO DE 2011*

El texto del artículo 1 constitucional se reforma el 10 de junio de 2011, estableciendo lo siguiente:

Art. 1o.- En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Esta reforma implica el otorgamiento de rango constitucional a las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales en materia de

¹⁵² Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en Carbonell Sánchez Miguel y Pedro Salazar Ugarte (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 60.

derechos humanos, la incorporación de la cláusula de interpretación conforme y del principio *pro persona*, entre otros.

Mediante esta reforma constitucional, los derechos humanos contenidos en tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte “no sólo adquieren un reconocimiento constitucional expreso, sino que además se les sitúa en la cúspide de la jerarquía normativa con respecto al resto de las disposiciones del orden jurídico mexicano”¹⁵³.

Esta reforma incorpora en el párrafo segundo del artículo primero constitucional los principios de interpretación conforme y de interpretación *pro persona*. “El primero de ellos lleva a la interpretación armónica entre las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente constitucional o internacional, con el resto del texto de la propia Constitución y con los tratados de derechos humanos”¹⁵⁴. Adicionalmente el principio *pro persona* permite que la interpretación vaya más allá, “pues impone no sólo la armonización vía interpretación, sino que dispone que de los sentidos posibles que arroje dicho ejercicio se privilegie aquel que depare mayor beneficio a las personas; esto es, que la interpretación no sea restrictiva, sino que se maximice dentro de los márgenes posibles a favor de la libertad, lo que constituye la esencia del principio *pro persona*”¹⁵⁵.

Desde hace varias décadas México se ha obligado internacionalmente en materia de derechos humanos ratificando diversos tratados internacionales en esta materia, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, entre muchos otros. Adicionalmente, México aceptó la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del sistema interamericano de protección a los derechos humanos¹⁵⁶. De

¹⁵³ *Ibidem*, p. 45.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 46

¹⁵⁵ *Idem*.

¹⁵⁶ México emitió la Declaración del *Reconocimiento por parte de México de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”*. Esta Declaración fue aprobada por el Senado el 1 de diciembre de 1998, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de diciembre del mismo año y vinculante para México a partir del 16 de diciembre de 1998.

esta manera, el Estado Mexicano, ha adquirido obligaciones que provienen de una fuente internacional, ya sea en tratados internacionales, en los criterios de los comités internacionales que interpretan las obligaciones contenidas en los tratados, o bien, en la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, en concreto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Si bien México se ha obligado internacionalmente, el tema de la jerarquía entre el derecho interno y el derecho internacional ha estado a debate. De tal manera que en ocasiones se han dado tensiones entre ambas fuentes de derecho, o bien, muchas controversias se han resuelto con fundamento a las normas internas pero alejadas del derecho internacional de los derechos humanos, o si acaso sólo con un pálido tinte de la amplia gama de instrumentos de fuente internacional.

La reforma constitucional del 10 de junio de 2011 proporciona la herramienta constitucional para dar cumplimiento a los compromisos en materia de derechos humanos que México hacia tiempo había asumido. “La reforma, también hay que decirlo, está dando ropaje constitucional a muchos de los deberes y obligaciones que ya se encontraban plenamente vigentes, los que derivan de los compromisos internacionales adquiridos por nuestro país. Ello no significa restarle mérito, sino dejar en claro que los cambios realizados resuelven muchas de las tensiones e inercias que impedían avanzar en la materia por diversos factores”¹⁵⁷.

- *EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD JURÍDICO COMO UN MEDIO PARA QUE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO SEA ACORDE CON LA CONSTITUCIÓN*

Si bien “una de las características de la normatividad de la Constitución, es que como norma jurídica posibilita la comprobación de la validez de las normas. La supremacía constitucional se traduce en la subordinación del orden jurídico a la Constitución”¹⁵⁸. Ello permite garantizar que el ordenamiento jurídico sea acorde

¹⁵⁷ *Ibidem.* pp. 61y 62.

¹⁵⁸ Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 71.

con el texto constitucional. Sin embargo, se requiere de mecanismos que posibiliten esta garantía. “El control judicial de la constitucionalidad puede ser preventivo, y su principal efecto sería impedir que la ley, que contravenga formal o materialmente a la Constitución, entre en vigor, o bien que se modifique y pase de nuevo a discusión. El control puede ser también posterior, cuyo efecto sería anular la ley inconstitucional o privarla de validez para el caso determinado”¹⁵⁹. De esta manera, el control judicial permite verificar que las normas jurídicas aprobadas o bien que ya estén en vigor se encuentren dentro de la regulación establecida por la Constitución, y así el ordenamiento jurídico se encuentre en conformidad con la Constitución.

¿Cómo puede determinarse esta concordancia? “La cuestión fundamental radica en que la inconstitucionalidad no es evidente; por lo tanto, se requiere de órganos especializados con la capacidad de analizar las normas y realizar la evaluación mediante la interpretación y normalmente en virtud de un conflicto determinado. Es por ello que la función de control de la constitucionalidad es atribuida a los órganos judiciales, puesto que es el proceso judicial donde el problema es detectado”¹⁶⁰.

En México, uno de los controles constitucionales es el amparo directo en revisión¹⁶¹. “Las resoluciones que en materia de amparo directo pronuncien los tribunales colegiados de circuito no admiten recurso alguno, a menos que decidan sobre la inconstitucionalidad de una ley o establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución, caso en que son recurribles ante la Suprema Corte de Justicia, dado que es el único órgano facultado para interpretar directamente la Constitución”¹⁶². El amparo directo en revisión, con fundamento en el artículo 83, fracción V de la Ley de Amparo, puede analizar la interpretación que el Tribunal Colegiado de Circuito haya realizado de la Constitución limitándose a cuestiones propiamente constitucionales. De esta manera, existe un control sobre la interpretación de los preceptos constitucionales.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 161.

¹⁶⁰ *Idem*.

¹⁶¹ Se refiere únicamente a este mecanismo de control de la constitucionalidad por ser el recurso de la sentencia analizada en la presente tesis.

¹⁶² *Ibidem*, p. 166.

- *A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE 11 DE JUNIO DE 2011, EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD INCORPORA AL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD*

El control de la constitucionalidad en materia de derechos humanos permitía que el ordenamiento jurídico tutelara las así llamadas *garantías individuales* contenidas en el capítulo primero de la Constitución. A partir de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, la Constitución ya no sólo tutela los derechos establecidos textualmente en el Capítulo I y en algunos otros artículos, sino que amplía el catálogo de derechos que protege a aquellos contenidos en tratados internacionales suscritos por México.

Al ampliar el catálogo de los derechos humanos tutelados por la Constitución, se aumenta el control constitucional que se ha de ejercer. “A partir de esta reforma se integra un bloque de constitucionalidad, que contiene la dimensión de los derechos fundamentales. El control de la constitucionalidad debe atender el control de convencionalidad. Esto es, que las normas constitucionales sobre derechos humanos deben interpretarse también de conformidad con los tratados internacionales y con la jurisprudencia convencional”¹⁶³. Así, el control constitucional incorpora los derechos humanos de fuente internacional contenidos en tratados internacionales suscritos por México, por lo que para dar cumplimiento cabal al texto constitucional, no basta con que cualquier acto estatal sea acorde a éste, sino que también debe estar justificado en los tratados y convenciones, es decir, conforme al control de la convencionalidad.

Como se ha mencionado la reforma armoniza la aplicación de la Constitución y de las normas de derechos humanos contenidos en tratados internacionales mediante la cláusula de interpretación conforme y del principio *pro persona*. La cláusula de interpretación conforme, “en términos generales,

¹⁶³ Caballero Ochoa, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución)”, en Carbonell Sánchez Miguel y Pedro Salazar Ugarte (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 122.

podríamos sintetizarla como la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección¹⁶⁴. El modelo de solución para la aplicación de los derechos humanos de fuente nacional e internacional en la reforma “no se trata simplemente de una imposición de la norma internacional sobre la nacional, sino de un proceso interpretativo de armonización, que implica, incluso, en algunas ocasiones, dejar de aplicar la primera, al resultar de mayor alcance protector la norma nacional, conforme al principio *pro persona*, y también derivado de la obligación general de respetar los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales”¹⁶⁵.

Es importante tener en cuenta que el párrafo octavo del artículo 4 constitucional establece la aplicación del principio del interés superior del niño en toda decisión estatal que involucre derechos de niñas, niños y adolescentes; y mas aún, señala que este principio debe garantizar de manera plena sus derechos. Por ello, no hay contradicción entre la Constitución y la CDN. Adicionalmente, cabe mencionar la reforma al artículo 1 constitucional de fecha 10 de junio de 2011. A partir de esta reforma los derechos humanos contenidos en tratados internacionales de los que México sea parte, como la CDN¹⁶⁶, se integran al texto constitucional.

F. UNA MANERA DE APLICAR EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Así “una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan

¹⁶⁴ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell Sánchez Miguel y Pedro Salazar Ugarte (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 358.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 358 y 359.

¹⁶⁶ Este tratado internacional entró en vigor para México el 21 de octubre de 1990, conforme a la información pública en <http://www.sre.gob.mx/tratados/index.php> el 12 de marzo de 2012. Véase cita 121.

afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa”¹⁶⁷.

En aras de facilitar la interpretación del interés superior del niño y dotarlo de contenido adecuadamente, Mónica González Contró¹⁶⁸ propone tres sentidos de interpretación de este principio:

- 1) Como principio de ponderación cuando entran en conflicto dos o más derechos
- 2) Como principio supletorio de la capacidad de decisión en niñas y niños en casos particulares y en el diseño de políticas
- 3) Como principio que supone la obligación de *promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.*

Estos sentidos tienen las siguientes implicaciones:

1. Como principio de ponderación cuando entran en conflicto dos o más derechos

Esta función integra el carácter de prioridad del principio del interés superior del niño al papel de ponderación de los derechos que se encuentran en conflicto de la siguiente manera: “En primer lugar, constituye un criterio de ponderación que ordena priorizar el derecho del niño sobre el del adulto en los casos en que así se justifique. El principio parte del supuesto de que se encuentran en juego bienes de tal importancia que pueden desplazar a otras exigencias, ya sean de otras personas o grupos, e incluso del mismo niño”¹⁶⁹.

Así un primer elemento para interpretar este principio requiere identificar los derechos que se encuentran en conflicto para poder hacer un ejercicio de

¹⁶⁷ Cillero Bruñol, Miguel, *op. cit.* nota 138, p. 59.

¹⁶⁸ González Contró, Mónica, *Derechos del Pueblo Mexicano* (en prensa), Comentario al artículo 4 constitucional en materia de niñas, niños y adolescentes (párrafos 8, 9 y 10).

¹⁶⁹ *Idem.*

ponderación, teniendo como eje el carácter prioritario de los derechos del niño. Este ejercicio permite justificar la decisión, pues la fundamenta en un razonamiento que incluye todos los derechos en juego.

2. El “interés superior del niño” como principio supletorio de la capacidad de decisión en niñas y niños en casos particulares y en el diseño de políticas

El principio de interés superior del niño permite argumentar que se supla la capacidad de decisión de niñas y niños, cuando ellos no pueden decidir: “ya sea debido a que la edad es un impedimento (por ejemplo con niñas o niños muy pequeños), debido a que se trata de bienes de tal magnitud que la niña o niño no puede tener la última palabra (por ejemplo cuando hay dificultad para prever todas las consecuencias de la decisión en uno u otro sentido) o bien cuando se requiere de argumentar en contra de lo expresado por la niña o niño en ejercicio de su derecho a expresar su opinión. Una última posibilidad se da cuando el forzar a la niña o niño exprese su deseo acarrearía más perjuicios que beneficios, como puede ocurrir en algunas decisiones vinculadas con temas de familia.”

3) El “interés superior del niño” como principio que supone la obligación de “promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”.

Este elemento de análisis implica que el principio del interés superior de niñas, niños y adolescentes es “un mandato dirigido a todas las autoridades y a la sociedad en general sobre la consideración de los derechos de niñas y niños en las decisiones públicas, tanto en el ámbito administrativo, como legislativo y judicial. Esto conlleva, tal como lo ha señalado el Comité, la adopción de medidas activas y reforzadas para la realización plena de cada uno de los derechos. Por esta razón, la vulneración de los mismos reviste mayor gravedad y, en

consecuencia, genera una obligación del Estado en materia de restitución de los derechos y reparación del daño.”¹⁷⁰

Este elemento se vincula con la obligación del Estado de velar por la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, incluido el derecho a la libertad religiosa. La dimensión de protección de estos derechos es muy amplia, pues es un mandato para toda autoridad estatal, en cualquier orden de gobierno, adicionalmente esta obligación abarca la creación de políticas públicas que garanticen los derechos, prevengan su violación, y en caso de que se violen se restituyan y reparen. Por tanto el interés superior del niño permite la protección de los derechos de las personas menores de edad de manera preventiva, ante su violación y su reparación.

4. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO SEGÚN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CorIDH) tiene dos funciones, la contenciosa y la consultiva. Dentro de la función contenciosa, la Corte conoce sobre el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en la Convención Interamericana de Derechos Humanos que le sea sometido ya sea por la Comisión o por los Estados que hayan reconocido como obligatoria la competencia de la Corte en casos de interpretación o aplicación de la Convención¹⁷¹. “El artículo 44 de la Convención Americana dispone que cualquier persona o grupo de personas, o cualquier entidad no-gubernamental legalmente reconocida en uno o más de los Estados miembros de la OEA, puede presentar ‘*peticiones*’ que contengan ‘*denuncias*’ o ‘*quejas*’ de violación de la Convención por alguno de sus Estados partes”¹⁷². Cualquier persona o grupo de personas que consideren que algún Estado americano que ha reconocido la competencia

¹⁷⁰ *Idem*.

¹⁷¹ El reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe realizarse mediante declaración o por medio de una Convención especial. Véase Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, aspectos institucionales y procesales*, 3ª. Ed., San José Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos, Humanos, 2004, p. 207.

¹⁷² *Ibidem*, p. 233.

contenciosa de la CorIDH ha incumplido alguna de sus obligaciones conforme a la Convención Americana, debe presentar estas denuncias o quejas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien considerará la pertinencia de que el caso sea sometido ante la CorIDH¹⁷³.

En la función consultiva, la CorIDH recibe una consulta sobre la interpretación de la Convención Interamericana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos¹⁷⁴. Esta función es más amplia que cualquier otra de este tipo de otro tribunal con competencias similares.¹⁷⁵ “En su ámbito material a diferencia de la competencia litigiosa, la cual se reduce a la interpretación o aplicación de la Convención-, la competencia consultiva se extiende: 1) a la interpretación de la Convención o de cualquier otro tratado concerniente a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, y 2) al examen de la compatibilidad de las leyes internas de los Estados miembros del sistema interamericano con los instrumentos internacionales previamente mencionados.”¹⁷⁶

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sentado algunos criterios para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, tanto

¹⁷³ El procedimiento ante la Comisión contempla las siguientes etapas iniciales comunes: a) una primera etapa en que la Comisión debe establecer su *competencia* para conocer del caso que se le ha sometido, b) la fase de *admisibilidad* de la petición o comunicación respectiva, c) el *establecimiento de los hechos* que han dado origen a la referida petición o comunicación, d) la *mediación* y el esfuerzo de la Comisión para procurar un arreglo amigable entre las partes, y e) la *decisión* de la Comisión, mediante la elaboración del informe respectivo, con sus conclusiones y recomendaciones. Suponiendo que se den las otras condiciones indispensables para ello, sólo cuando se han completado estos pasos es que un caso está en condiciones de ser sometido a la Corte. Véase Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, aspectos institucionales y procesales*, 3ª. Ed., San José Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos, Humanos, 2004, p. 236.

¹⁷⁴ Artículo 64

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.
2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

¹⁷⁵ Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, aspectos institucionales y procesales*, 3ª. Ed., San José Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos, Humanos, 2004, p. 950.

¹⁷⁶ *Idem*.

en su función consultiva como contenciosa. A continuación se desarrollan estos criterios.

A. LA DIGNIDAD HUMANA COMO EL FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS
SUPERIOR DEL NIÑO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva número 17 sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* de 28 de agosto del 2002 (en adelante OC-17) examina los artículos 8 (garantías judiciales)¹⁷⁷ y 25 (protección judicial)¹⁷⁸ de la Convención Americana. Este

¹⁷⁷ARTÍCULO 8. Garantías Judiciales.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

¹⁷⁸ARTÍCULO 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

análisis tiene el propósito de precisar cuales son las medidas especiales establecidas en el artículo 19¹⁷⁹ de la misma Convención en el caso de niñas y niños.

Esta opinión, de carácter consultivo, desarrolla algunos conceptos que son aplicables en el amparo directo en revisión 502/2007 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Sobre el principio del interés superior del niño establece que “este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”¹⁸⁰.

Como nota al pie, la CorIDH señala que la normativa de derechos humanos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano en igual sentido que en el preámbulo de la Convención Americana¹⁸¹. Asimismo cabe señalar que conforme

¹⁷⁹ Artículo 19. Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

¹⁸⁰ Opinión Consultiva número 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de agosto de 2002, párrafo. 56

¹⁸¹

PREAMBULO

Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención,

Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;

Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional;

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y

Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia.

al artículo 31¹⁸² de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, ratificada por México y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de febrero de 1975, establece que el texto del tratado así como su preámbulo forman parte del contexto. Por lo que tanto el texto del tratado como el preámbulo son vinculantes para México al ratificar este tratado.

Este criterio sobre el interés superior del niño fue reiterado por la CorIDH en el caso *Bulacio Vs. Argentina*¹⁸³ de la siguiente manera:

Cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”

Posteriormente, en las mismas palabras, se aplicó esta interpretación en los casos: *Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*¹⁸⁴, *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*¹⁸⁵, *Masacres de Ituango Vs. Colombia*¹⁸⁶, *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*¹⁸⁷ y *Forneron e hija Vs. Argentina*¹⁸⁸.

Este criterio jurisprudencial es relevante porque coloca el enfoque del interés superior del niño en las características de niñas y niños, es decir, a partir de sus potencialidades en lugar de lo que les hace falta para llegar a la adultez. Esta mirada, al igual que la establecida en la Convención sobre los Derechos del Niño, concibe a niñas, niños y adolescentes como una persona en desarrollo, que

¹⁸² Artículo 31. **Regla general de interpretación.** I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

¹⁸³ Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 18 de septiembre de 2003, párrafo 134.

¹⁸⁴ Sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas de 8 de julio de 2004, párrafo 163.

¹⁸⁵ Sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas de 15 de septiembre de 2005, párrafo 152.

¹⁸⁶ Sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas de 1 de julio de 2006, párrafo 244.

¹⁸⁷ Sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas de 24 de febrero de 2012, párrafo 108.

¹⁸⁸ Sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas de 27 de abril de 2012, párrafo 49.

con sus propias características es un sujeto pleno de derechos. Esta aproximación es aplicable al caso analizado en la sentencia del amparo directo en revisión 502/2007 pues permite entender a la niña como una persona en desarrollo quien con sus características propias es titular de derechos, y que por tanto también puede ejercerlos.

B. EL NIÑO GOZA DE UNA PROTECCIÓN ESPECIAL PARA PODER DESARROLLARSE

La Opinión Consultiva número 17 en los párrafos 57 y 58 establece que:

57. A este respecto, el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) establece:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño. (El subrayado no es del texto original)

58. El principio anterior se reitera y desarrolla en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. (El subrayado no es del texto original)

De esta manera, el desarrollo de las personas menores de edad se entiende en las esferas física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal.

Este mismo criterio se establece en el caso Instituto de Reeduación del menor Vs. Paraguay¹⁸⁹.

En el mismo sentido de este criterio la CorIDH posteriormente precisa en

¹⁸⁹ Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 2 de septiembre de 2004, párrafo 147.

los casos de *las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*¹⁹⁰, *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*¹⁹¹ y *Masacres de Ituango Vs. Colombia*¹⁹² lo siguiente:

El Tribunal considera que revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños y niñas, quienes tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado. El artículo 19 de la Convención Americana debe entenderse como un derecho complementario que el tratado establece para seres humanos que por su desarrollo físico y emocional necesitan medidas de protección especial.

En estos casos se establece que las niñas, niños y adolescentes tienen derechos en razón de sus características propias y por tanto la violación de estos derechos tiene una especial gravedad.

C. EL DESARROLLO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO IMPLICA SU DESARROLLO Y EL EJERCICIO PLENO DE SUS DERECHOS

En su resolutive número dos, la OC-17 señala que el interés superior del niño implica “que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”¹⁹³. Por lo que la CorIDH también establece que el interés superior del niño permite que niñas, niños y adolescentes ejerzan sus derechos plenamente. Ello se garantiza en la legislación y en su aplicación. Esta interpretación vincula el interés superior del niño al ejercicio de los derechos de las personas menores de edad. Así, no puede cumplirse con el interés superior del niño si no se garantiza el *ejercicio* de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Este criterio es de suma relevancia para el amparo directo en revisión 502/2007 así como para toda situación donde deba de garantizarse el interés

¹⁹⁰ Sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas de 8 de septiembre de 2005, párrafo 133.

¹⁹¹ Sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas de 15 de septiembre de 2005, párrafo 152.

¹⁹² Sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas de 1 de julio de 2006, párrafo 244

¹⁹³ Opinión Consultiva número 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de agosto de 2002.

superior del niño. En el caso analizado en la presente tesis implica que el interés superior del niño no se da realmente si no se concreta el ejercicio de los derechos de la niña. Por lo que si la sentencia del amparo directo en revisión 502/2007 busca resolver esta litis conforme a este principio debe de garantizar el ejercicio de los derechos de la niña.

Posteriormente en el caso González y otras (“Campo algodoner”) Vs. México¹⁹⁴, la CorIDH amplía esta interpretación:

Esta Corte ha establecido que los niños y niñas tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable.

Así la CorIDH adiciona el enfoque del interés superior del niño como la satisfacción integral de los derechos de las personas menores de edad.

D. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO REQUIERE DE UNA EVALUACIÓN PROBADA DE LOS DAÑOS A LA PERSONA MENOR DE EDAD

En el caso Atala Riffo Vs. Chile, la CorIDH analizó el interés superior del niño como un principio que permitiera establecer el régimen de visitas y convivencias de las personas menores de edad con su madre de preferencia sexual distinta a la heterosexual. La sentencia determinó que el principio del

¹⁹⁴ Sentencia sobre Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas de fecha 16 de noviembre de 2009, párrafo 403.

interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia, requiere de una evaluación del comportamiento de los padres y del impacto negativo a su bienestar de manera probada¹⁹⁵.

109. Igualmente, la Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.

110. En conclusión, la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.

111. Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños.

Si bien esta sentencia se enfoca en que el interés superior del niño no puede legitimar decisiones basadas en estereotipos discriminatorios, para la presente tesis es relevante que este principio demanda de un examen fundado en las pruebas de los posibles daños a las personas menores de edad para

¹⁹⁵ Párrafos 109, 110 y 111.

determinar el régimen de visitas y convivencias. Este criterio fue reiterado por la CorIDH en el caso Fornerón e hija Vs. Argentina.

En este mismo sentido, la CorIDH retoma la opinión del perito Miguel Cillero Bruñol en el caso¹⁹⁶:

Por otra parte, respecto a la relación del interés superior del niño y la prohibición de discriminación el perito Cillero Bruñol señaló que:

“una decisión justificada en el interés superior del niño, entendido como la protección de sus derechos, no puede al mismo tiempo pretender legitimar una decisión *prima facie*, o en abstracto, discriminatoria, que afecta el derecho del niño a ser cuidado por su madre”.

E. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, EL CONCEPTO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA Y LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN DE NIÑAS Y NIÑOS

En la sentencia del caso Atala Riffo y niña Vs. Chile, la CorIDH integra los conceptos de interés superior del niño y de autonomía progresiva al establecer que las niñas, niños y adolescentes ejercen sus derechos de manera progresiva conforme a su propio desarrollo. De manera que su interés superior debe estar en concordancia con el grado de autonomía que tengan los niños. De igual forma, la CorIDH vincula el derecho a ser escuchado de la siguiente manera.

199. Por otra parte, la Corte reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal (*supra* párr. 108). En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Asimismo, la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado

¹⁹⁶ Párrafo 152.

garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto.

F. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO BASE PARA CUALQUIER DECISIÓN QUE LIMITE EL EJERCICIO DE ALGÚN DERECHO DE LA PERSONA MENOR DE EDAD

En la Opinión Consultiva número 17, la CorIDH establece que en toda decisión estatal, social y familiar que limite el ejercicio de algún derecho de una niña o niño, debe estar fundamentada en el interés superior del niño.

En aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia¹⁹⁷.

Este criterio se retoma en el caso Fornerón e hija Vs. Argentina¹⁹⁸.

5. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) ha analizado el principio del interés superior del niño. El artículo 8¹⁹⁹ del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales establece el derecho a la vida privada y familiar. Este derecho no

¹⁹⁷ OC-17, párrafo 65.

¹⁹⁸ Caso Fornerón e hija vs. Argentina, párrafo 48.

¹⁹⁹ ARTÍCULO 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber ingerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta ingerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

puede ser afectado por el Estado salvo que sea necesario conforme a los términos señalados por el artículo 8.2 del mismo ordenamiento. En el caso Hoffmann vs. Alemania, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos analiza estos artículos y señala que “se debe de equilibrar en un balance justo los intereses de niño y los de los padres, en esta importante labor debe ligarse al interés superior del niño, que dependiendo de su naturaleza y seriedad, puede anular los de los padres. En particular, los padres no pueden, conforme al artículo 8 del Convenio, tomar medidas que dañaría la salud o el desarrollo del niño”²⁰⁰.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que el interés superior del niño está contemplado dentro del derecho a la vida privada y familiar. Por lo que, los intereses de niñas, niños y adolescentes son prioritarios a los derechos de los padres. Asimismo la actuación de los padres no puede dañar ni la salud ni el desarrollo de sus hijos. Este criterio desarrollado por el TEDH es relevante porque señala un límite a la actuación de los padres con respecto de sus hijos. Éste se establece en el daño a la salud y al desarrollo de los hijos. Esta precisión puede aplicarse en todos los casos que involucren el principio del interés superior del niño pues delinea el ejercicio de los derechos de los padres y de los hijos.

En el año 2009 varios padres, en representación de sus hijos demandaron a Francia ante este Tribunal. Los niños de apellidos Aktas, Bayrak, Gamaleddyn, Ghazal, Jasvir Singh y Ranjit Singh asistieron a diversos colegios públicos en Francia portando el hiyab en el caso de las mujeres y el keski en el caso de los hombres en un periodo comprendido entre el 2004 y 2005. El hiyab es un velo que cubre la cabeza hasta el cuello, y el keski es un turbante que usan los Sikhs. Estas niñas y niños fueron expulsados de los colegios públicos por infringir la legislación francesa de 2004 que prohíbe usar vestimentas o cualquier otro símbolo que manifieste alguna preferencia religiosa. Inicialmente la escuela les pidió que se quitaran estas vestimentas religiosas, pero las niñas y niños se rehusaron a hacerlo. Ante esa respuesta de los alumnos, las autoridades escolares les

²⁰⁰Caso Hoffman v. Alemania, (Aplicación 34045/96), Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dictada en Estrasburgo con fecha 11 de octubre de 2001, párrafo 42.

negaron el paso a los salones. Posteriormente los niños Bayrak, Gamaleddyn y Aktas decidieron usar un sombrero en lugar del hiyab. Después de dialogar con los padres de las niñas y niños, la junta disciplinaria de la escuela expulsó a los alumnos conforme a la legislación mencionada.

Los padres de las niñas y niños sometieron el asunto a consideración de los oficiales del Distrito Escolar y ante la primera y segunda instancia administrativa, pero en todos los casos el asunto fue denegado.

Posteriormente los padres de niñas y niños presentaron el caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁰¹ alegando que se había violentado el artículo 9 del Convenio Europeo que protege los derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, entre otros artículos.

La Cámara del Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró la inadmisibilidad²⁰² de estas demandas. Este cuerpo colegiado decidió examinar este caso únicamente conforme al artículo 9 del Convenio por violaciones al derecho a la libertad religiosa. La Cámara de la Corte resolvió que la demanda era improcedente. En su argumentación, este Tribunal estableció que en todos los casos la prohibición del uso de estas prendas con un significado religioso constituye una restricción a la libertad de manifestar sus creencias religiosas. Esta prohibición se encuentra en el artículo L. 141-5-1 del Código de Educación y tiene el propósito legítimo de proteger los derechos y libertades de otros, así como el orden público.

Asimismo, el Tribunal determinó que la expulsión de los alumnos es una medida proporcional. De igual manera, enfatizó la importancia del papel del Estado como un organizador neutral del ejercicio de distintas religiones, credos y creencias, así como el necesario compromiso individual para mantener los valores de una sociedad democrática.

²⁰¹ Esta decisión de la Cámara del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se encuentra en la nota de prensa de la Secretaría del Tribunal 584 de fecha 17 de julio de 2009.

²⁰² La admisibilidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es un paso anterior a la resolución de fondo del asunto. Esta determinación se lleva a cabo ante una de las Salas del Tribunal y en este procedimiento se determina si la demanda procede o se desecha. Véase Caballero Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, Ed. Porrúa, México, 2009, p. 88.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos analizó este caso a la luz del papel del Estado como un organizador neutral del ejercicio de distintas religiones, credos y creencias, mas no a través de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Adicionalmente debido a que este caso se declaró inadmisibile, el Tribunal no entró propiamente al fondo del caso.

Posteriormente, en el 2011 el TEDH analizó un caso que tuvo una amplia difusión en los medios de comunicación. Se trata del caso Lautsi y otros vs. Italia²⁰³, el cual examinó la presencia de los crucifijos en los salones de las escuelas del Estado italiano a la luz del derecho de los padres de asegurar la formación de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas. El TEDH estableció que este caso versaba sobre la presencia de los crucifijos en los salones de las escuelas italianas del Estado conforme al artículo 2 del Protocolo número 1 y del Artículo 9 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Así determina que no es necesario analizar la presencia de los crucifijos en escuelas que no sean del Estado, ni el principio de laicismo reconocido en el Derecho italiano²⁰⁴. Por esta razón, este caso no versa sobre los derechos de niñas, niños y adolescentes en relación al derecho a la libertad religiosa, pues la presencia de los crucifijos se analiza a la luz del artículo 2 del Protocolo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Protocolo número 1)²⁰⁵ que establece el *derecho a la educación* de la siguiente manera:

A ninguna persona puede negársele el derecho a la educación. En el ejercicio de cualquier función que el Estado tenga en relación a la educación y la enseñanza, éste deberá respetar el derecho de los padres de asegurar que dicha educación y enseñanza sea de conformidad con sus propias convicciones religiosas y filosóficas.

²⁰³ Sentencia de fecha 18 de marzo de 2011.

²⁰⁴ Caso Lautsi y otros vs. Italia, (Aplicación no. 30814/06), Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dictada en Estrasburgo con fecha 18 de marzo de 2011, párrafo 57.

²⁰⁵ A saber el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales cuenta con 14 protocolos.

Con este fundamento, el TEDH no analiza la situación con base en los derechos del niño; más bien la analiza a la luz de la obligación de los Estados parte de impartir educación y enseñanza conforme al derecho de los padres de asegurar que la educación que sus hijos reciban sea acorde con sus convicciones religiosas y filosóficas.

El TEDH resuelve que la educación y la enseñanza impartida por el Estado se encuentran reguladas por una *lex specialis* del artículo 9 del Convenio²⁰⁶, en este caso el artículo 2 del Protocolo No. 1²⁰⁷. De esta manera el Tribunal interpreta que el artículo 2 del Protocolo número 1 no previene a los Estados de impartir, a través de la enseñanza y la educación, información de manera directa o indirecta de carácter religioso o filosófico²⁰⁸. Por el contrario, el Estado debe proporcionar una educación y enseñanza objetiva, crítica y plural para que los alumnos desarrollen una mente crítica, particularmente respecto al tema religioso en una atmósfera libre de proselitismo²⁰⁹. Así, el Estado tiene prohibido llevar a cabo proselitismo que no respete las convicciones religiosas o filosóficas de los padres²¹⁰. Sin embargo, el TEDH considera que en este caso no hay evidencia de que los crucifijos en los salones de clase influyeran a los alumnos²¹¹. Adicionalmente el Tribunal de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo considera que si bien un crucifijo es un símbolo del cristianismo, también es un símbolo del desarrollo de la historia italiana. Como tal, se justifica su presencia en los salones de clase pues el crucifijo (entendido como un símbolo del desarrollo de la historia italiana) representa los principios y valores que fundamentan la democracia y la civilización occidental²¹².

Finalmente el TEDH establece que los Estados tienen un margen de apreciación sobre la educación y enseñanza en relación al derecho de los padres de asegurar que ésta sea conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas²¹³.

²⁰⁶ Artículo 9 del Convenio

²⁰⁷ Párrafo 59

²⁰⁸ Párrafo 62

²⁰⁹ *Idem.*

²¹⁰ *Idem.*

²¹¹ Párrafo 66.

²¹² Párrafo 67.

²¹³ Párrafo 69.

La presencia del crucifijo (como un símbolo pasivo que no puede influenciar a los alumnos²¹⁴) se encuentra justamente en este margen de apreciación²¹⁵.

Como se ha señalado, este caso versa sobre el uso de los crucifijos en escuelas del Estado y el derecho de los padres a asegurar que la educación que se imparta en estas escuelas sea conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas. En ningún momento analiza la situación desde la perspectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes, ni los incluye de alguna manera en sus razonamientos. Como mencioné en los capítulos precedentes, el enfoque de que la esfera religiosa de niñas, niños y adolescentes es un espacio único de decisión de los padres y del Estado en este caso, excluye la participación de las personas menores de edad. Así esta sentencia no aborda ni resuelve conforme a los derechos de niñas, niños y adolescentes.

6. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido diversos criterios sobre el principio del interés superior del niño a través de las sentencias del Poder Judicial de la Federación tanto en jurisprudencias como en tesis aisladas.

En julio de 2007, dentro de la novena época de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Primera Sala conceptualizó al interés superior del niño de la siguiente manera:

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO.

En términos de los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991); y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales deben atender primordialmente al interés superior del niño, en todas las

²¹⁴ Párrafo 72.

²¹⁵ Párrafo 70 y 76.

medidas que tomen concernientes a éstos, concepto interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998 al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos) de la siguiente manera: "la expresión 'interés superior del niño' ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño".²¹⁶

Esta tesis aislada es de suma importancia, pues si bien fue dictada en julio de 2007, reconoce que el principio del interés superior del niño se encuentra protegido por el artículo 4 constitucional. La reforma constitucional que incorpora en su texto al interés superior del niño es del 12 de octubre de 2011. Asimismo reconoce que este principio también se encuentra tutelado por la CDN y que debe interpretarse a la luz de la jurisprudencia de la CorIDH. Así este principio "implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño". En esta tesis de la CorIDH y de la SCJN el interés superior del niño se entiende como la integralidad de los derechos del niño.

Esta tesis dota de contenido al interés superior del niño mediante dos elementos. El primero consiste en el desarrollo del niño y el segundo en el ejercicio pleno de sus derechos. Estos elementos funcionan como principios rectores para la elaboración de normas y su aplicación en lo relativo a la vida del niño. La presente tesis aislada representa un avance respecto de la protección de este principio pues interpreta su protección constitucional e incorpora estándares internacionales de la CDN y de la CorIDH. Sin embargo no es exhaustivo en la forma en que puede aplicarse.

Esta tesis aislada de la autoría de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se estableció con anterioridad a que se dictara la sentencia del amparo directo en revisión 502/2007 el 29 de noviembre de 2007.

²¹⁶ [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXVI, Julio de 2007; Pág. 265, con número de registro 172003, también citada por el *Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, febrero de 2012, p. 8.

Posteriormente a la sentencia aquí examinada se emitieron jurisprudencias y tesis aisladas sobre el interés superior del niño.

Por ejemplo, se señala que el principio del interés superior del niño permite interpretar la Constitución, tratados internacionales y leyes de protección de la niñez de manera sistemática para proteger a las personas menores de edad. Asimismo establece que por virtud de este principio debe hacerse un análisis minucioso sobre la relación de las necesidades de niñas, niños y adolescentes en torno a la medida jurisdiccional que se dictamine. Este planteamiento va en el mismo sentido de la propuesta anteriormente desarrollada por Miguel Cillero Bruñol y por Mónica González Contró sobre que para dotar de contenido al principio del interés superior del niño es necesario hacer un examen cuidadoso de los derechos que se encuentran en conflicto.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. FUNCIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL

En el ámbito jurisdiccional, el interés superior del niño es un principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a un niño en un caso concreto o que pueda afectar los intereses de algún menor. Este principio ordena la realización de una interpretación sistemática que, para darle sentido a la norma en cuestión, tome en cuenta los deberes de protección de los menores y los derechos especiales de éstos previstos en la Constitución, tratados internacionales y leyes de protección de la niñez. Cuando se trata de medidas legislativas o administrativas que afecten derechos de los menores, el interés superior del niño demanda de los órganos jurisdiccionales la realización de un escrutinio mucho más estricto en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medida en cuestión²¹⁷.

Posteriormente en la jurisprudencia con número de registro 162561 se analiza la relación entre el principio del interés superior del niño con respecto a las personas adultas:

²¹⁷ [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXXIII, Febrero de 2011; pág. 616, con número de registro 162807

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU RELACIÓN CON LOS ADULTOS.

El concepto interés superior del menor, cuya salvaguarda es prioritaria en el sistema jurídico mexicano, permite delimitar con precisión y claridad los derechos y obligaciones que corresponden a las personas adultas en relación con los niños, para lo cual se privilegia el deber de atenderlos y cuidarlos, con el objeto permanente de alcanzar el mayor bienestar y beneficio posibles para ellos, como un imperativo de la sociedad; de manera que su protección se ubica incluso por encima de la que debe darse a los derechos de los adultos, con lo cual se cumple una trascendente función social de orden público e interés social.²¹⁸

En esta jurisprudencia se señala claramente que la protección del interés superior del niño es prioritaria y que por virtud de éste deben señalarse con precisión los derechos y obligaciones de las personas adultas para con los niños. Así, establece una vez más que al dotar de contenido al interés superior del niño deben establecerse los derechos y obligaciones y, en el caso concreto, que los derechos de los niños tienen un carácter prioritario a los derechos de los adultos. Si bien hubiese sido deseable que se señalara la necesidad de justificar las decisiones judiciales en un razonamiento de ponderación de los derechos en juego; hay un avance al establecer que deben precisarse los derechos y obligaciones de los adultos para con los niños y que los derechos de éstos tienen son prioritarios a los de los adultos.

El siguiente criterio jurisprudencial se aproxima al interés superior del niño entendido como la integralidad de los derechos de las personas menores de edad. Así, dota de contenido al principio del interés superior del niño mediante un catálogo de valores, principios, interpretaciones, acciones y procesos dirigidos al desarrollo integral, a la vida digna, etc.

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO.

Por interés superior del menor se entiende el catálogo de valores, principios, interpretaciones, acciones y procesos dirigidos a forjar un desarrollo humano integral y

²¹⁸ [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XXXIII, Marzo de 2011; pág. 2188, con número de registro 162561

una vida digna, así como a generar las condiciones materiales que permitan a los menores vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar personal, familiar y social posible, cuya protección debe promover y garantizar el Estado en el ejercicio de sus funciones legislativa, ejecutiva y judicial, por tratarse de un asunto de orden público e interés social.²¹⁹

El siguiente criterio jurisprudencial establece el carácter prioritario de los derechos de las personas menores de edad.

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. ALCANCES DE ESTE PRINCIPIO.

El sistema jurídico mexicano establece diversas prerrogativas de orden personal y social en favor de los menores, lo que se refleja tanto a nivel constitucional como en los tratados internacionales y en las leyes federales y locales, de donde deriva que el interés superior del menor implica que en todo momento las políticas, acciones y toma de decisiones vinculadas a esa etapa de la vida humana, se realicen de modo que, en primer término, se busque el beneficio directo del niño o niña a quien van dirigidos²²⁰.

La siguiente tesis aislada, al igual que la tesis aislada de rubro INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO²²¹ reconoce que el artículo 4 constitucional, anterior a la reforma de 12 de octubre de 2011, protege el principio del interés superior del niño con la finalidad de cumplir con los compromisos internacionales de México en este tema.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. ES UN PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO EN LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL.

De acuerdo a una interpretación teleológica, el interés superior del niño es principio de rango constitucional, toda vez que en el dictamen de la reforma constitucional que dio lugar al actual texto del artículo 4o., se reconoce expresamente que uno de los

²¹⁹ [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XXXIII, Marzo de 2011; pág. 2188, con número de registro 162562

²²⁰ [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XXXIII, Marzo de 2011; pág. 2187, con número de registro 162563.

²²¹ [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXVI, Julio de 2007; pág. 265, con número de registro 172003.

objetivos del órgano reformador de la Constitución era adecuar el marco normativo interno a los compromisos internacionales contraídos por nuestro país en materia de protección de los derechos del niño. En este sentido, el interés superior del niño es uno de los principios rectores más importantes del marco internacional de los derechos del niño. En el ámbito interno, el legislador ordinario también ha entendido que el interés superior es un principio que está implícito en la regulación constitucional de los derechos del niño, ya que es reconocido expresamente en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes como un principio rector de los derechos del niño.²²²

Los siguientes criterios jurisprudenciales se establecieron posteriormente a las reformas constitucionales de 12 de octubre de 2011 que incorpora el principio del interés superior del niño al texto del artículo 4 constitucional y a la reforma de 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos.

En la siguiente tesis aislada se señala que el interés superior del niño se encuentra protegido tanto por la Constitución como por los tratados internacionales firmados por México y que parte de su contenido es asegurar la protección y el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes, así como tomar las medidas necesarias para su bienestar.

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. DEBE PONDERARSE SU PREFERENCIA EN RELACIÓN CON OTROS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ATENTO AL CASO CONCRETO.

De conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales signados por nuestro país, todas las autoridades deben velar por el interés superior del menor, el cual consiste, entre otras cosas, en asegurar a niñas, niños y adolescentes la protección y el ejercicio de sus derechos y la toma de medidas necesarias para su bienestar, de forma tal que si bien deben velar porque los menores no sean separados de sus padres contra la voluntad de éstos, esto tiene como excepción el interés superior del niño, como puede ocurrir en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres. Ahora, otro principio constitucional lo constituye el de seguridad jurídica, por virtud del cual las

²²² [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXXIII, Abril de 2011; Pág. 310, con número de registro 162354.

sentencias definitivas deben cumplimentarse al ser de orden público e interés general, más aún en tratándose de aquellas emitidas en las controversias del orden familiar. No obstante, tal principio no puede estar por encima del interés superior del menor de existir indicios que permitan advertir que de cumplir con una sentencia -entrega de un menor a uno de sus progenitores- éste se podría ver afectado en su psique y su integridad física, ante la existencia de conductas lesivas realizadas con posterioridad a la sentencia a cumplimentar, pues de resultar ciertos los indicios de violencia, el cumplimiento de la sentencia conllevaría a exponer al menor a todo tipo de peligros desde agresiones físicas como psicológicas o hasta sexuales, que podrían dejar marcas de por vida. Por tanto, si el juzgador de lo familiar tiene conocimiento de cualquier indicio de riesgo que vulnere el interés superior del menor, debe someter el cumplimiento de la sentencia definitiva (seguridad jurídica) a dicho principio, por virtud de lo cual previo a ordenar el cumplimiento de una sentencia se debe allegar de las pruebas necesarias para valorar si se debe cumplimentar o no dicha sentencia. Máxime cuando en materia familiar las resoluciones no causan estado, en virtud de que éstas pueden y deben ser modificadas de existir nuevas situaciones de hecho que pudieran afectar los intereses de los niños²²³.

La siguiente tesis aislada también señala que el interés superior del niño se encuentra tutelado por el artículo 4º constitucional, la CDN y la CorIDH e implica el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos. Este criterio concuerda con el enfoque del interés superior del niño como la integralidad de los derechos de las personas menores de edad. Adicionalmente, refiere al *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes* para permitir el acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes conforme a los derechos humanos.

²²³ [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro VI, Marzo de 2012, Tomo 2; pág. 1222, 160227.

PRUEBA PERICIAL EN PSICOLOGÍA PRACTICADA A MENORES. EN ATENCIÓN AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y A FIN DE GARANTIZARLES LA TUTELA Y EL RESPETO DE SUS DERECHOS, EN EL DESAHOGO DE DICHA PROBANZA, LAS AUTORIDADES DEBEN ATENDER AL "PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE AFECTEN A NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES".

Conforme al artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la salud física y mental de los menores es un derecho sustantivo garantizado expresamente, y reconocido en los tratados internacionales que en materia de derechos del niño, han sido firmados y ratificados por el Estado Mexicano, entre ellos, la Convención sobre los Derechos del Niño, así como en los criterios de los distintos órganos encargados de su interpretación, como los de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien a propósito de la "condición jurídica y derechos humanos del niño", determinó que en el artículo 3 del citado instrumento internacional, se consagra el principio del "interés superior del niño", el cual implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida de los menores, a fin de evitar cualquier forma de daño a su salud física o mental o, incluso, ponerla en riesgo. En ese sentido, en atención al citado principio y a fin de garantizar a los menores la tutela y el respeto de sus derechos reconocidos, en el desahogo de la prueba pericial en psicología que se les practique, las autoridades deben atender al "Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes", publicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que establece las reglas de actuación para el acceso a la justicia de ellos, fundadas en el respeto de sus derechos humanos, y creado con el fin de proveer a los juzgadores de una herramienta que pueda auxiliarlos en los casos en que exista un interés directo de los menores, independientemente de la situación en la que se encuentren²²⁴.

²²⁴ [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro VIII, Mayo de 2012, Tomo 2; Pág. 2091, con número de registro 2000875.

En el mismo sentido la tesis aislada **CXXII/2012 (10ª)**²²⁵ establece:

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU FUNCIÓN NORMATIVA COMO PRINCIPIO JURÍDICO PROTECTOR. La función del interés superior del menor como principio jurídico protector, es constituirse en una obligación para las autoridades estatales y con ello asegurar la efectividad de los derechos subjetivos de los menores, es decir, implica una prescripción de carácter imperativo, cuyo contenido es la satisfacción de todos los derechos del menor para potencializar el paradigma de la “protección integral”. Ahora bien, desde esta dimensión, el interés superior del menor, enfocado al deber estatal, se actualiza cuando en la normativa jurídica se reconocen expresamente el cúmulo de derechos y se dispone el mandato de efectivizarlos, y actualizado el supuesto jurídico para alcanzar la función de aquel principio, surge una serie de deberes que las autoridades estatales tienen que atender, entre los cuales se encuentra analizar, caso por caso, si ante situaciones conflictivas donde existan otros intereses de terceros que no tienen el rango de derechos deben privilegiarse determinados derechos de los menores o cuando en el caso se traten de contraponer éstos contra los de otras personas; el alcance del interés superior del menor deberá fijarse según las circunstancias particulares del caso y no podrá implicar la exclusión de los derechos de terceros. En este mismo sentido, dicha dimensión conlleva el reconocimiento de un “núcleo duro de derechos”, esto es, aquellos derechos que no admiten restricción alguna y, por tanto, constituyen un límite infranqueable que alcanza, particularmente, al legislador; dentro de éstos se ubican el derecho a la vida, a la nacionalidad y a la identidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar actividades propias de la edad (recreativas, culturales, etcétera) y a las garantías del derecho penal y procesal penal; además, el interés superior del menor como principio garantista, también implica la obligación de priorizar las políticas públicas destinadas a garantizar el “núcleo duro” de los derechos.

Esta tesis aislada es relevante porque se adhiere al criterio de que la aplicación del principio del interés superior del niño requiere el reconocimiento expreso de los derechos que se encuentren en conflicto, tanto de la persona menor de edad como de los terceros, para que se puedan garantizar

²²⁵ Amparo directo en revisión 69/2012, 18 de abril de 2012. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Teresita del Niño Jesús Lucia Segovia.

prioritariamente los derechos de niñas, niños y adolescentes y así potencializar la protección integral de estos derechos. Si bien este criterio no se había emitido en el momento en que se dictó el amparo directo en revisión 502/2007, en casos donde se analice el tema religioso para determinar el régimen de guarda y custodia, esta tesis aislada representa una herramienta de suma utilidad para aplicar el interés superior del niño.

a. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA SENTENCIA DEL
AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 502/2007

En la sentencia del amparo directo en revisión 502/2007, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que puede analizar el fondo del asunto debido al principio del interés superior del niño.

En primer lugar, reconoce que en este caso el principio del interés superior del niño es aplicable:

Contrariamente a lo sostenido por el Tribunal Colegiado, el juez ni la Sala responsable obraron conforme a derecho al negarse a pronunciarse en un sentido o en otro, respecto a resolver a la solicitud del quejoso en relación a que se estableciera un régimen de convivencia con el propósito de que se obligara a la madre de la menor, a permitir que ésta asista a las diversas celebraciones y festividades judías, ya que aunque el artículo 24 de la Carta Fundamental garantiza la libertad de creencias religiosas, estableciéndose así una obligación por parte de los órganos del Estado de abstenerse de actuar en relación a cómo ha de ejercerse esa garantía subjetiva pública, esta Primera Sala considera que existe el interés superior del menor de que el órgano jurisdiccional emita una resolución en que se oiga su opinión respecto de su formación religiosa como se precisa en los artículos 2, 6, 8, 9, 12, 14, 27 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como en los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 12 y 22 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; los artículos 1, 9, fracción XII de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación; todos transcritos con anterioridad.

Asimismo señala que el principio del interés superior del niño se encuentra reconocido en la Constitución y en general en la regulación sobre tutela, también

señala que especificar en qué consiste el interés superior de cada niño no es fácil, pues varía conforme al caso concreto que se trate.

Así establece:

De esta manera el principio “interés del menor” se encuentra omnipresente en toda la regulación sobre la tutela. Sin embargo concretar cuál es lo más beneficioso para el menor no es tarea sencilla, ya que las circunstancias o actos que puedan resultar beneficiosos para un menor, pueden no serlo para otro, y aún para el mismo menor, el mayor o menor beneficio dependerá de su edad, educación, medios económicos, etcétera.

Esta sentencia también declara que los padres tienen derecho a *infundir* en el ámbito religioso de los hijos, aunque señala como límite a este derecho, el interés superior del niño:

A modo de conclusión, el derecho de los padres a infundir en sus hijos convicciones religiosas, no es absoluto y que tiene un límite: el interés superior del menor, el cual se cristaliza, en el caso, en el derecho a vivir en un ambiente de libertad y tolerancia religiosa.

En este párrafo el único elemento con el que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dota de contenido al principio del interés superior de niño es el derecho a vivir en un ambiente de libertad y tolerancia religiosa.

Asimismo precisa:

De esto se colige –como se precisó– que el juez de lo Familiar pueda realizar suplencia de la queja y escuchar la opinión de los menores de edad, cuando sea el caso, sobre su guarda y custodia y también sobre la formación religiosa que le sea impartida tomando en consideración los intereses derivados de las diferentes lealtades ideológicas y religiosas de los padres, sin que esto implique que se amplíe o restrinja el régimen de convivencia exclusivamente por motivos de carácter religioso y resuelva lo que proceda conforme a derecho exclusivamente a lo que atañe al interés superior del menor, para lograr su mejor desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social como en el caso, y el respeto a su dignidad y el ejercicio pleno de sus derechos como lo ordena el artículo 4° constitucional, procurando en lo posible con lo anterior,

la continuidad de convivencia de la menor con ambos padres para tales efectos –sin que el juez como se precisó- haga pronunciamiento alguno sobre cuestiones que atañen a la libertad religiosa.

Esta sentencia aplica el interés superior del niño con la finalidad de lograr el desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social de la niña, mas no queda claro en qué consiste y deja interrogantes sin resolver. Si bien este criterio se encuentra en consonancia con la tesis aislada con número de registro 172003, examinada en el apartado anterior, al señalar como contenido del interés superior del niño, a su desarrollo; faltó el segundo elemento de la tesis aislada de referencia, el ejercicio pleno de sus derechos.

Entre las interrogantes que no resuelve esta sentencia, se encuentran: ¿Si los criterios de aplicación de este principio señalados en la sentencia permiten garantizar los derechos de la niña? ¿Qué derechos de la niña examina o protege esta sentencia? Pues no hay una declaración sobre los derechos de los que la niña es titular²²⁶. Si bien la sentencia se refiere al desarrollo o a la participación, no se pronuncia en concreto sobre que se deba garantizar ni el derecho al desarrollo ni el derecho a la participación. Otra pregunta es sobre el límite de los derechos de los padres a influir en el ámbito religioso de su hija, pues si bien se señala que este se encuentra en el interés superior del niño, al no dotarlo de contenido, no hay un límite claro.

Este principio no queda claro en la sentencia y por tanto no es suficiente para delinear el ejercicio del derecho a la libertad religiosa de la niña y de sus padres (de manera tal que se aclare esta doble relación de derechos de la niña y de los padres). Si bien la sentencia señala que en este caso el interés superior del niño consiste en el derecho a vivir en un ambiente de libertad y tolerancia religiosa, no considero que estos sean los únicos derechos de la niña, ni que este señalamiento sea suficiente para establecer el límite y el alcance de la actuación de los padres respecto de los derechos de la niña.

²²⁶ En el amparo directo en revisión 502/2007 señala que la niña tiene el derecho a vivir en un ambiente de libertad y tolerancia religiosa por virtud del interés superior, sin embargo no reconoce la titularidad de derechos establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como el derecho a la libertad religiosa (art 24).

b. ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA SENTENCIA DEL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 502/2007 DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

A lo largo del examen del principio del interés superior del niño en distintas fuentes del derecho considero que este principio implica:

- a. Garantizar plenamente y de manera integral los derechos de niñas, niños y adolescentes.²²⁷
- b. Que los derechos de niñas, niños y adolescentes tienen un carácter prioritario, es decir son una consideración primordial ante los derechos de otros titulares.²²⁸
- c. La necesaria valoración de los efectos de las decisiones que involucren a las personas menores de edad, sobre ellos y sobre sus derechos.²²⁹
- d. Un enfoque que atienda a las características propias de las niñas, niños y adolescentes como personas en desarrollo²³⁰.
- e. La finalidad de lograr el desarrollo de las niñas, niños y adolescentes, así como el *ejercicio* de sus derechos²³¹.
- f. Que este principio impone un equilibrio justo entre los derechos de las niñas, niños y adolescentes y los de sus padres. Por lo que éstos no pueden tomar medidas que dañen la salud o desarrollo de sus hijos.²³²
- g. La necesidad de señalar los derechos que se encuentran en conflicto para realizar una adecuada ponderación que justifique la decisión que se tome.²³³

²²⁷ Criterio señalado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (art. 4, parr. 8), así como por diversos autores como Manuel Cillero Bruñol.

²²⁸ Elemento establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 3.1)

²²⁹ Elemento establecido en la Observación General no. 5 del Comité sobre los Derechos del Niño.

²³⁰ Este es el enfoque de la Convención sobre los Derechos del niño y en la jurisprudencia de la CorIDH en la Opinión Consultiva 17 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, caso Hermanos Gómez Paquiyaury Vs. Perú, caso Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, caso Masacres de Ituango Vs. Colombia, caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile y el caso Fornerón e hija Vs. Argentina.

²³¹ Este criterio ha sido señalado por la CorIDH en la Opinión Consultiva 17 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

²³² Criterio establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

²³³ Elemento señalado por Manuel Cillero Bruñol.

- h. Este principio tiene tres funciones: 1) Como principio de ponderación cuando entran en conflicto dos o más derechos; 2) Como principio supletorio de la capacidad de decisión en niñas y niños en casos particulares y en el diseño de políticas y 3) Como principio que supone la obligación de *promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.*²³⁴

En la sentencia del amparo directo en revisión 502/2007, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación reduce el principio del interés superior del niño a un límite indeterminado de la actuación de los padres. Este principio busca garantizar el derecho de la niña a vivir en un ambiente de libertad y tolerancia religiosa. También señala que este principio es de difícil aplicación y que se precisa caso por caso. Sin embargo, no desarrolla cuales son los derechos de la niña que han de protegerse, ni cuáles son los derechos que se encuentran en conflicto para poder hacer un ejercicio de ponderación razonado, que a su vez fundamente la decisión de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. A continuación se argumentará esta postura con base en los elementos que examinados en distintas fuentes del derecho.

A. GARANTIZAR PLENAMENTE Y DE MANERA INTEGRAL LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Si bien la sentencia del amparo directo en revisión 502/2007 señala que el interés superior del niño tiene la finalidad de lograr el desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social de la niña; no reconoce los derechos de la niña que han de garantizarse *de manera integral* en este caso. Por ejemplo, no establece si la niña tiene o no el derecho a la libertad religiosa, ni señala otros derechos que deban de garantizarse, como el derecho a la salud o el derecho a la educación.

²³⁴ Funciones señaladas por Mónica González Contró.

B. EL CARÁCTER DE PRIORIDAD DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

La sentencia aquí examinada establece que el interés superior del niño es el límite de la actuación de los padres. Por tanto, podría interpretarse que se da un carácter prioritario a los derechos de la niña. Sin embargo, no desarrolla en que consisten los derechos de la niña, ni las facultades de los padres. Cabe mencionar que la declaración de que el interés superior del niño es el límite a los derechos de los padres, presente en esta sentencia, es el mismo que reconoce *la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones*²³⁵. Sin embargo, ninguno desarrolla la manera en que este principio limita los derechos de los padres, dejando este criterio en la ambigüedad.

C. LA NECESARIA VALORACIÓN DE LOS EFECTOS DE LAS DECISIONES QUE INVOLUCREN A LAS PERSONAS MENORES DE EDAD SOBRE ELLOS Y SOBRE SUS DERECHOS

Esta sentencia determina la aplicabilidad del principio del interés superior del niño. Sin embargo, hubiese sido deseable que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación diera un paso más desarrollando los derechos de la niña que deben de garantizarse. Sin embargo, al no reconocer los derechos de la niña que se encuentran en juego en el presente caso, es difícil señalar los efectos que la sentencia puede tener sobre la niña y sobre sus derechos.

D. UN ENFOQUE QUE ATIENDA A LAS CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES COMO PERSONAS EN DESARROLLO

Esta implicación del interés superior del niño entiende a las niñas, niños y adolescentes a partir de sus propias características como personas en desarrollo y en consecuencia titulares de derechos que los ejercen conforme al grado de

²³⁵ Véase el subtítulo 2.3 del Capítulo II de la presente tesis.

evolución de sus capacidades. Esta concepción deja atrás la idea de que los derechos se pueden ejercer únicamente hasta que se alcance la mayoría de edad.

E. LA FINALIDAD DE LOGRAR EL DESARROLLO DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES, ASÍ COMO EL *EJERCICIO* DE SUS DERECHOS

Este numeral vincula al interés superior del niño a los objetivos de su desarrollo y al ejercicio de sus derechos. Esta relación es de suma importancia porque dota de contenido a este principio; no sólo a partir de la titularidad de los derechos de niñas, niños y adolescentes, sino que éstos puedan ejercerse. Ello también tiene la finalidad de permitir y fomentar el desarrollo de niñas, niños y adolescentes.

F. QUE ESTE PRINCIPIO IMPONE UN EQUILIBRIO JUSTO ENTRE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES Y LOS DE SUS PADRES. POR LO QUE ÉSTOS NO PUEDEN TOMAR MEDIDAS QUE DAÑEN LA SALUD O DESARROLLO DE SUS HIJOS

La sentencia es omisa al especificar el alcance de los derechos de la niña y de los padres. Por lo que en una doble esfera de derechos de distintos titulares (hijos y padres) no hay ningún criterio para delinear su ejercicio. Por ende, tampoco se limitan las medidas que pueden tomar los padres con respecto de sus hijos. Así, esta sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no señala los derechos de niñas, niños y adolescentes y de sus padres ni la manera en que estos se relacionan en un espacio de intersección de derechos de distintos titulares (a saber los derechos de los padres de guiar el ejercicio del derecho a la libertad religiosa de sus hijos y los derechos de las personas menores de edad).

G. SE REQUIERE SEÑALAR LOS DERECHOS QUE SE ENCUENTRAN EN CONFLICTO PARA REALIZAR UNA ADECUADA PONDERACIÓN QUE JUSTIFIQUE LA DECISIÓN

Si bien la sentencia señala que “el interés superior del menor, el cual se cristaliza, en el caso, en el derecho a vivir en un ambiente de libertad y tolerancia religiosa”²³⁶, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no se pronuncia en concreto de los derechos de la niña y de sus padres que se encuentran en conflicto. En consecuencia no existe ninguna base con la que se pueda realizar una ponderación razonada que permita justificar esta decisión jurisdiccional. La ponderación de los derechos en juego, permitiría dotar de un contenido claro al principio del interés superior del niño y evitaría una amplia gama de interpretaciones (incluso en sentidos opuestos) que en lugar de garantizar los derechos de la niña de manera integral pueda ir en detrimento de éstos.

H. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO A EN TRES FUNCIONES: 1) COMO PRINCIPIO DE PONDERACIÓN CUANDO ENTRAN EN CONFLICTO DOS O MÁS DERECHOS; 2) COMO PRINCIPIO SUPLETORIO DE LA CAPACIDAD DE DECISIÓN EN NIÑAS Y NIÑOS EN CASOS PARTICULARES Y EN EL DISEÑO DE POLÍTICAS Y 3) COMO PRINCIPIO QUE SUPONE LA OBLIGACIÓN DE *PROMOVER, RESPETAR, PROTEGER Y GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS DE CONFORMIDAD CON LOS PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD*

1) *Como principio de ponderación cuando entran en conflicto dos o más derechos*

Esta función del principio del interés superior del niño requiere del señalamiento de todos los derechos en conflicto, de padres e hijos, así como su

²³⁶ Sentencia del Amparo Directo en Revisión 502/2007 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

valoración atendiendo a que la prioridad de esta argumentación es garantizar los derechos de las personas menores de edad. La valoración de todos los derechos que se encuentran en juego permite justificar la decisión, en este caso judicial, que se tome. Esta ponderación no se realiza en la sentencia que aquí se examina.

2) *Como principio supletorio de la capacidad de decisión en niñas y niños en casos particulares y en el diseño de políticas*

En este caso, dado que la niña, tenía 5 años de edad, hubiese sido muy interesante que se aplicara esta aproximación del principio del interés superior del niño. Sin dejar de lado los derechos de participación de la niña²³⁷, dada su edad, es muy probable que los adultos tomen la decisión sobre el régimen de guarda y custodia de la niña. Por ello es de suma relevancia que esta decisión se encuentre fundamentada dentro del marco que establece el interés superior del niño.

3) *Como principio que supone la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.*

Este sentido del principio del interés superior del niño implica tomar en serio el mandato constitucional contenido en el artículo 4º, en este caso, en la decisión jurisdiccional para garantizar plenamente cada uno de los derechos de la niña, como el derecho a la libertad religiosa, al desarrollo integral, a la salud, a la educación, los derechos de participación entre otros. Al omitir el señalamiento de los derechos de la niña que se encuentran en juego en la sentencia, éstos no se garantizan en este acto jurisdiccional.

En el presente caso, una adecuada aplicación del principio del interés superior del niño requiere reconocer todos los derechos en conflicto de la niña y

²³⁷ Los cuales se encuentran plenamente reconocidos en la observación general número 12 del Comité sobre los derechos del niño, la que establece la posibilidad de participar en las decisiones que le conciernan a niñas, niños y adolescentes en cualquier edad. La participación no necesariamente debe ser verbal, puede darse a través de dibujos o bien a partir de otros medios de expresión propios de la infancia.

de los padres, indicando cuales se podrían afectar, restringiendo lo menos posible los derechos de la niña, pues sus derechos tienen un carácter prioritario a los derechos de sus padres. Los derechos de la niña constituyen un límite a los derechos de los padres, por ello es esencial establecer de manera precisa cuales son los derechos de la niña. Con base en ello, puede realizarse un ejercicio de ponderación de todos los derechos implicados, lo que permitirá una decisión justificada que atienda al interés superior del niño.

Es también interesante la ausencia de la declaración de si la niña es o no titular del derecho a la libertad religiosa. Esta interrogante si fue resuelta por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional Español en la sentencia 141/2000, de 29 de mayo de 2000²³⁸ donde también se analizan los derechos en conflicto (incluyendo el derecho a la libertad religiosa) de dos niños de 5 y 12 años con la finalidad de establecer un régimen de visitas y convivencias de los niños con su padre.

El principio del interés superior del niño no es el único principio de interpretación reconocido en la CDN. Si bien este principio permite identificar los derechos de niñas, niños y adolescentes con un carácter prioritario e integral, otros principios también apoyan el ejercicio de los derechos de las personas menores de edad. Por lo que, adicionalmente han de tomarse en cuenta otros principios de aplicación. “El ejercicio de la autoridad, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se orienta y limita por los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce al niño, considerando además los principios de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y de participación en todos los asuntos que le afecten (arts. 5 y 12 de la Convención). En este sentido, se puede afirmar que el principio puede ser concebido como un límite al paternalismo estatal y que puede orientar hacia soluciones no-autoritarias en aquellas situaciones difíciles en las que el conflicto entre derechos del niño exige utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados”²³⁹.

²³⁸ Véase Capítulo II de la presente tesis.

²³⁹ Cillero Bruñol, Miguel, *op. cit.* nota 137, p. 56.

7. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE AFECTEN A NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

En el contexto de la reforma constitucional de derechos humanos del 10 de junio de 2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación publicó el *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes* en febrero de 2012. Este Protocolo tiene la finalidad de facilitar el respeto y la adopción de medidas acordes con los derechos reconocidos en la Constitución a partir de esta reforma. Por lo que no sólo busca garantizar los derechos en la Constitución, sino también aquellos derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que México sea parte, aplicando el control de convencionalidad mediante la interpretación conforme de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos favoreciendo el principio *pro personae*, que implica la protección más amplia a la persona²⁴⁰.

Adicionalmente, “la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció en el sentido de que el Poder Judicial de la Federación debía ejercer el control de la convencionalidad *ex officio* entre normas internas y la Convención Americana”²⁴¹.

Con este enfoque, la Suprema Corte de Justicia de la Nación incorpora el interés superior del niño como uno de los “principios de carácter general que de acuerdo con los instrumentos internacionales deben ser observados en cualquier momento de proceso de justicia en el que estén involucrados niñas, niños o adolescentes”²⁴².

Así, a través de este Protocolo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala que “el interés superior del niño, niña o adolescente es uno de los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño. De hecho ha

²⁴⁰ *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012, p. 2.

²⁴¹ *Idem*.

²⁴² *Ibidem*, p. 19.

sido interpretado como el principio *rector-guía* de la misma, lo que significa que con base en él deben entenderse el resto de los derechos reconocidos en aquella”²⁴³.

En el cuadro de características de la infancia establece:

Se trata de un principio de gran relevancia por las siguientes razones:

- a. porque conlleva a que las interpretaciones jurídicas reconozcan el carácter integral de los derechos del niño, niña o adolescente;
- b. porque coloca los derechos de la niñez sobre otros intereses, especialmente si entran en conflicto con aquellos;
- c. porque obliga a que en toda decisión concerniente al niño, niña o adolescente se valore el impacto de la decisión en su futuro, y
- d. obliga a la autoridad a actuar más allá de la demanda puntual que se le presenta cuando esto sea en aras del interés superior del niño, niña o adolescente.

En suma, con base en este principio se debe considerar la posible afectación en la vida del niño, niña o adolescente de manera integral y en su desarrollo futuro”²⁴⁴.

Este Protocolo permite y facilita la aplicación del interés superior del niño en las sentencias del Poder Judicial de la Federación entendiendo y dotando de contenido a este principio con los enfoques de la integralidad de los derechos, el carácter prioritario de los derechos de las personas menores de edad mediante la valoración del efecto de la decisión en el presente y en el futuro.

Así, el Protocolo integra las aproximaciones del interés superior del niño conforme a la CDN que entienden a la persona menor de edad como un sujeto pleno de derechos. De esta manera, se dota al poder judicial de las herramientas para dar contenido al interés superior del niño en sus sentencias, el cual no se agota en el Protocolo, sino que puede ampliarse a las observaciones generales del Comité sobre los Derechos del Niño, a la jurisprudencia de la CorIDH y demás fuentes aquí analizadas que faciliten dar contenido al interés superior del niño con la finalidad de garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes.

²⁴³ *Idem.*

²⁴⁴ *Idem.*

El principio del interés superior del niño permite identificar todos los derechos en conflicto y establecer los derechos de las personas menores de edad que se deben garantizar de manera integral y con un carácter prioritario. Así en los conflictos entre los intereses de los padres sobre la formación religiosa de sus hijos, es posible encontrar soluciones desde el enfoque de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Sin embargo, aún es importante encontrar elementos que permitan resolver estos conflictos a partir de la madurez de la persona menor de edad y que incluya sus opiniones en estas situaciones. Ello con la finalidad de que estos dilemas se resuelvan a partir de los derechos de niñas, niños y adolescentes conforme a su madurez e incluyendo su participación de la manera más amplia posible.

CAPÍTULO CUARTO

EL DERECHO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA PARA NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA SENTENCIA DEL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 502/2007 DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN CONFORME A LOS CONCEPTOS DE LA AUTONOMÍA PROGRESIVA Y LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD

I. INTRODUCCIÓN

Si bien el principio del interés superior del niño permite señalar todos los derechos que se encuentran en juego cuando entran en colisión derechos de niñas, niños y adolescentes con los derechos de otros titulares y aporta diversas herramientas para resolver estas situaciones, este principio no es suficiente para enfrentar el problema propuesto en la presente tesis.

Ante situaciones donde entran en conflicto los intereses de los padres para guiar la formación religiosa de sus hijos o bien los intereses de los hijos con respecto de los padres, hay otros elementos relevantes como por ejemplo el desarrollo de niñas, niños y adolescentes y la manera en que pueden participar en todas las decisiones que atañen a su formación religiosa. Por ello, en este capítulo se abordarán los conceptos de autonomía progresiva y los derechos de participación de las personas menores de edad.

II. EL CONCEPTO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA

1. EL CONCEPTO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA EN LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Si bien el principio de interés superior del niño permite ponderar los derechos de niñas, niños y adolescentes de manera integral y prioritaria, aún se requiere de otras directrices que permitan el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes²⁴⁵. “Tomar más en serio los derechos de los niños requiere que tomemos más en serio, que como lo hemos hecho hasta ahora, la protección de los niños y el reconocimiento de su autonomía, tanto actual como potencial”²⁴⁶. Si bien niñas, niños y adolescentes se encuentran en desarrollo y por tanto no tienen una autonomía plena, el ejercicio de sus derechos demanda que participen en las decisiones que les conciernen conforme a sus capacidades.

Como se ha mencionado, la CDN, marca una nueva concepción de derechos de niñas, niños y adolescentes que cambia el enfoque de niñas y niños como objeto de protección del derecho dada su *incapacidad jurídica* y los entiende como sujetos plenos de derechos. Ello implica que en lugar de basarse en las carencias que tienen niñas y niños respecto de los adultos, niñas y niños son sujetos de derechos a partir de sus características. “La infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida. Tampoco la infancia es conceptualizada como una fase de la vida definida a partir de las ideas de dependencia o subordinación a los padres u otros adultos. La infancia es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica”²⁴⁷.

²⁴⁵ Crf. Eekelaar, John, Importance of thinking that Children have rights, ”, en Alston, Philip et al (eds.), *Children, Rights, and the Law*, Estados Unidos de América, Oxford, 1992, p. 231

²⁴⁶ Freeman, Michael D. A., “Tomando más en serio los derechos de los niños”, en Fanhlo, Isabel (comp.), *Derechos de los niños: una contribución teórica*, México, Fontamara, 2004, p. 170.

²⁴⁷ Cillero Bruñol, Miguel, “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios”, *Revista Infancia, Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, Montevideo, IIN-OEA, núm. 234, 1997, p. 4.

Si bien niñas, niños y adolescentes son sujetos plenos de derechos y por tanto titulares de derechos, hay una paradoja sobre su ejercicio, pues al no tener autonomía plena, tampoco se les reconoce un ejercicio pleno²⁴⁸. Ello encuentra su explicación en las capacidades en desarrollo, característica propia de niñas, niños y adolescentes. Así, se da una titularidad de derechos que no puede ejercerse plenamente. La CDN establece en el artículo 5 que el ejercicio de los derechos se dará en consonancia con la evolución de sus facultades de la siguiente manera:

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención²⁴⁹.

El enfoque de la CDN implica que el grado de ejercicio de los derechos aumentará con el desarrollo de las capacidades de niñas, niños y adolescentes. “Estamos en consecuencia ante un sujeto de derecho, que en *consonancia con la evolución* de sus facultades, adquiere paulatinamente la capacidad de ejercicio por sí de sus derechos”²⁵⁰. El grado de autonomía es relevante para el ejercicio de todos los derechos del niño. Por ello, el artículo 5 de la CDN es aplicable a todos los artículos de este tratado internacional²⁵¹, incluyendo al artículo 14 que reconoce los derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión de las personas menores de edad.

²⁴⁸ Para profundizar en este planteamiento véase Peña, C. “El Derecho Civil en su relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Medina C. y Mera, *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, Chile, J. Editores, Universidad Diego Portales, 1996, p. 625.

²⁴⁹ Artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

²⁵⁰ Pérez Manrique, Ricardo C., “Participación Judicial de los niños, niñas y adolescentes”, *Justicia y Derechos del Niño*, Chile, UNICEF, Número 9, Agosto de 2007, p. 253.

²⁵¹ Eekelaar, John, Importance of thinking that Children have rights,” en Alston, Philip et al (eds.), *Children, Rights, and the Law*, Estados Unidos de América, Oxford, 1992, p. 232

2. EL CONCEPTO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA EN LA DOCTRINA

Este concepto implica que las decisiones de los padres con respecto a sus hijos deben tener la finalidad de fomentar su autonomía. Las facultades de los padres no son absolutas, sino por el contrario dirigen o guían el ejercicio de la autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes. “El principio de protección y promoción de la autonomía tiene una importante manifestación en el deber de orientación y dirección de sus padres, y se fundamenta en que el niño tiene *derecho* a desarrollar progresivamente el ejercicio de sus derechos, superando el argumento tradicional de sentido inverso, esto es, que los padres tienen poderes sobre la niñez, debido a que las niñas y los niños carecen de autonomía”²⁵².

Este concepto reconoce que niñas y niños se encuentran en desarrollo y que con base en éste tienen y adquieren diversas capacidades que les permiten ejercer evolutivamente sus derechos. Por tanto, “en consonancia con la evolución de dichas facultades, se requiere de una dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza sus derechos; dirección y orientación que va disminuyendo a medida que los niños van adquiriendo mayores competencias, y, por lo tanto, aumenta su capacidad de asumir responsabilidades, tomando decisiones que afectan a su vida”²⁵³. El concepto de autonomía progresiva permite entender a niñas, niños y adolescentes como personas que se encuentran en desarrollo y que en virtud de éste pueden ejercer sus derechos de manera progresiva. Esto es relevante porque con este concepto se visibiliza el ejercicio de los derechos de personas menores de edad que aún no cuentan con autonomía plena, pero que son titulares de derechos y que los ejercen progresivamente en la medida en que desarrollan sus capacidades. Así es tangible como niñas, niños y adolescentes no son únicamente sujetos de protección del derecho sino titulares que ejercen sus derechos.

²⁵² Cillero Bruñol, Miguel, “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios”, *Revista Infancia, Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, Montevideo, IIN-OEA, núm. 234, 1997, p. 6.

²⁵³ Liebel, Manfred, “Entre protección y participación”, en Liebel, Manfred y Marta Martínez Muñoz (Coord.), *Infancia y Derechos Humanos. Hacia una ciudadanía participante y protagónica*, Perú, Ifejant, 2009, p. 71.

Dado que cada niña, niño y adolescente conforme a su situación concreta se desarrolla, “se necesitan varios niveles de protección, participación y oportunidades, a fin de tomar decisiones autónomamente en los diferentes contextos que los rodean y en los distintos ámbitos de la toma de decisiones”²⁵⁴. Si bien el entorno personal, familiar y social de cada niño es único, Gerison Lansdown propone comprender y examinar la evolución de las facultades de niñas, niños y adolescentes dentro de tres marcos conceptuales²⁵⁵.

1) Como noción *evolutiva*, reconociendo que los derechos de niñas, niños y adolescentes contenidos en la CDN promueven el desarrollo, la competencia y la gradual autonomía personal del niño. En tal sentido la CDN impone a los Estados Partes la obligación de *garantizar* dichos derechos, no sólo como una obligación en el presente, sino que ésta a su vez permite el desarrollo de la persona menor de edad y en tanto le permite ejercer sus derechos progresivamente con mayor autonomía.

2) Como noción *participativa o emancipadora*, destacando el derecho del niño a que se respeten sus capacidades y transfiriendo la responsabilidad del ejercicio de derechos de los adultos al niño en función de su nivel de competencia.

3) Como noción *protectora*, admitiendo que el niño, dado que sus facultades se siguen desarrollando durante toda la infancia, tiene derecho a recibir la protección de ambos padres y del Estado contra la exposición a actividades que puedan serle perjudiciales.

3. EL CONCEPTO DE LA AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 502/2007

En la sentencia del amparo directo en revisión 502/2007 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no se encuentra ninguna referencia a la autonomía progresiva de la niña. Sería útil reconocer este principio. En el

²⁵⁴ Lansdown, Gerison, *La evolución de las facultades del niño*, Italia, UNICEF, Save the Children, 2005, p. 9.

²⁵⁵ *Ibidem*, pp. 31 y 32.

momento en el que se dictó esta sentencia la niña tenía 5 años con capacidades en desarrollo que adicionalmente aumentarán, en consecuencia reconocer este concepto dentro de la sentencia garantizaría el ejercicio de los derechos de la niña en el presente y a lo largo de su niñez.

Ahora bien, si el ejercicio de los derechos de los que niñas, niños y adolescentes son titulares aumenta conforme a la evolución de sus capacidades ¿Cómo se materializa este ejercicio?

III. LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

1. LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

El derecho a la participación, o bien a ser escuchado, se encuentra establecido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y protege la facultad del niño de formar su propio juicio en los asuntos que le confieran y que su participación sea realmente tomada en cuenta.

El artículo 12 de la Convención señala:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

1.1 EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA COMO UN DERECHO DE PARTICIPACIÓN ANTE UNICEF

El Fondo de Naciones Unidas para la Infancia o UNICEF es la agencia especializada de las Naciones Unidas para los derechos de niñas, niños y adolescentes²⁵⁶. Su marco jurídico es la Convención sobre los Derechos del Niño y considera que sus artículos pueden agruparse en cuatro categorías de derechos: supervivencia, desarrollo, protección y participación. El derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes, reconocido en este tratado internacional, en esta clasificación se ubica dentro de los derechos de participación²⁵⁷. UNICEF estima que estos derechos incluyen el derecho de niñas, niños y adolescentes a emitir su opinión y a que se les escuche²⁵⁸. En concreto sobre el derecho a la libertad religiosa señala que:

Artículo 14 (Libertad de pensamiento, conciencia y religión): Los niños tienen el derecho de pensar y creer lo que ellos quieran y de practicar su religión, mientras que no imposibiliten a otras personas el disfrute de sus derechos. Los padres deben ayudar mediante la guía a sus hijos en estos asuntos. La Convención respeta los derechos y los deberes de los padres al proveer una guía religiosa y moral a sus hijos. Los grupos religiosos alrededor del mundo han expresado su apoyo a la Convención, lo que indica que de ninguna manera previene a los padres de criar a sus hijos conforme a alguna tradición religiosa. Al mismo tiempo, la Convención reconoce que conforme los niños maduren y sean capaces de formar sus propios puntos de vista algunos podrían cuestionar ciertas prácticas religiosas o tradiciones culturales. La Convención apoya el derecho del niño de examinar sus creencias, pero también señala que su derecho a expresar sus creencias implica el respeto a los derechos y libertades de otros.

²⁵⁶ Tras la Segunda Guerra Mundial, los niños de Europa estaban amenazados por el hambre y las enfermedades. En diciembre de 1946, las Naciones Unidas crean el UNICEF para que les preste socorro de emergencia. http://www.unicef.org/spanish/about/who/index_history.html, consultado el 6 de septiembre de 2012. El UNICEF recibe sus siglas de su nombre en inglés United Nations Children's Fund (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia). Sus siglas originales surgen en la Segunda Guerra Mundial cuando surge el Fondo de las Naciones Internacionales Unidas para las Emergencias relativas a Niños (United Nations International Children's Emergency Fund) creado por la Asamblea General de la Sociedad de Naciones. En esta época se usa el acrónimo UNICEF, el cual se continuó usando para el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia.

²⁵⁷ Liebel, Manfred, *op. cit.* nota 255, p. 70.

²⁵⁸ En http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30177.html, consultada el 7 de abril de 2012.

La interpretación del UNICEF considera que el derecho a la libertad religiosa es un derecho de participación. Reconoce que dentro del marco de la CDN, los padres tienen la facultad de guiar esta esfera de sus hijos. También establece que conforme niñas y niños maduren pueden llegar a cuestionar ciertas prácticas religiosas. Sin embargo, no desarrolla en qué consiste esta participación. Esta clasificación es muy importante pues establece que para que niñas, niños y adolescentes ejerzan su derecho a la libertad religiosa, la participación es esencial, pues es justamente ésta el vehículo de posibilidad del ejercicio de este derecho.

1.2 LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La Observación General número 12 del Comité se pronuncia sobre el derecho del niño a ser escuchado. Así establece que:

1. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño ("la Convención") es una disposición sin precedentes en un tratado de derechos humanos; apunta a la condición jurídica y social del niño, que, por un lado, carece de la plena autonomía del adulto pero, por el otro, es sujeto de derechos. En el párrafo 1 se garantiza a todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. El párrafo 2 afirma, en particular, que debe otorgarse al niño el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.²⁵⁹

Posteriormente, el Comité también aclara que el derecho de todas las niñas y niños a ser escuchados y tomados en serio es un valor fundamental de la Convención, por lo que el Comité encuentra que este derecho es uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño. Por ello, considera que el artículo 12 no es únicamente un

²⁵⁹ Observación General del Comité sobre los derechos del niño sobre el derecho del niño a ser escuchado, Párrafo 1.

derecho, sino también una manera de interpretar toda la Convención y así los derechos establecidos por este instrumento²⁶⁰. “El derecho de las niñas y los niños a ser escuchados se constituye así como un derecho *pivote* en el funcionamiento sistémico de la Convención, pues refuerza precisamente el carácter de agentes de los niños y las niñas, e impacta en la forma en que deben articularse y ejercitarse todos los derechos contenidos en la Convención”²⁶¹.

A continuación desarrollo los elementos de esta observación general que considero relevantes para el derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes.

- *La participación como un proceso*: Los procedimientos que permiten que el niño sea escuchado se denominan participación, y ésta no se agota en un momento único, sino que se desarrolla en todos los contextos que le conciernen a la persona menor de edad²⁶². “Para que la participación sea efectiva y genuina es necesario que se entienda como un proceso, y no como un acontecimiento singular y aislado.”²⁶³
- *Para niñas y niños, la participación es un derecho*. El niño tiene derecho a ejercer este derecho, por lo que puede elegir negarse a participar. Para las personas menores de edad este es un derecho, no una obligación, como si los es para los adultos y el Estado garantizar este derecho²⁶⁴.
- *Las niñas y niños son capaces de formar su propio juicio*. Los Estados parte de la Convención para garantizar este derecho, deben partir de la premisa de que niñas, niños y adolescentes tienen capacidad de formarse sus propias

²⁶⁰ Observación General del Comité sobre los derechos del niño sobre el derecho del niño a ser escuchado, Párrafo 2.

²⁶¹ De la Torre Carlos, “El derecho de las niñas y niños a ser escuchados”, en González Contró, Mónica (coord.) *Los derechos de niños, niñas y adolescentes en México, a 20 años de la Convención sobre los derechos del niño*, México, Porrúa, UNAM, IJ, Save the Children, 2011, p. 226.

²⁶² Párrafo 13.

²⁶³ Párrafo 133.

²⁶⁴ Párrafo 16.

opiniones y que tienen el derecho de expresarlas, por lo que no es necesario probar esta capacidad²⁶⁵.

- *Los derechos de participación no se encuentran limitados por razón de edad.* “El Comité hace hincapié en que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan”²⁶⁶. En primer lugar señala que hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente²⁶⁷. En segundo lugar precisa que el niño no requiere conocer exhaustivamente todos los aspectos del asunto que le atañe, más bien se trata de una comprensión suficiente para poder formarse su propio juicio.
- *Las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho de expresar su opinión libremente.* *Libremente* significa que el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado. *Libremente* significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas. *Libremente* es además una noción intrínsecamente ligada a la perspectiva *propia* del niño: el niño tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás.²⁶⁸
- *Las opiniones de niñas, niños y adolescentes deben valorarse caso por caso conforme a su edad y madurez.* “Al exigir que se tengan debidamente en cuenta las opiniones, en función de su edad y madurez, el artículo 12 deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la

²⁶⁵ Párrafo 20.

²⁶⁶ Párrafo 21.

²⁶⁷ Véase Lansdown, Gerison, *La evolución de las facultades del niño*, Italia, UNICEF, Save the Children, 2005.

²⁶⁸ Párrafo 23.

información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso”²⁶⁹.

- *Madurez.* Este término “hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño. La madurez es difícil de definir; en el contexto del artículo 12, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración. Cuan mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño”²⁷⁰.
- *La participación de niñas, niños y adolescentes puede ser de manera directa o indirecta a través de un representante.* Cuando el niño quiera ser escuchado puede elegir hacerse escuchar “directamente o mediante un representante (progenitor(es), abogado u otro como trabajador social). El Comité aconseja que siempre que sea posible, el niño participe directamente”²⁷¹. En caso de que la participación sea a través de un representante, éste deberá ser consciente de que únicamente representa los intereses del representado²⁷².
- *Los derechos de participación deben ejercerse bajo las condiciones adecuadas.* Los Estados parte están obligados a proporcionar las condiciones adecuadas para apoyar y estimular que niñas y niños expresen sus opiniones.
- *La dirección y orientación que reciban niñas, niños y adolescentes debe ser acorde con la evolución de sus facultades.* Debe prestarse atención a la

²⁶⁹ Párrafo 29.

²⁷⁰ Párrafo 30.

²⁷¹ Párrafos 35 y 36.

²⁷² Párrafo 37.

noción de la evolución de las facultades del niño, a la dirección y orientación que proporcionen los padres²⁷³.

- *Los derechos de orientación y dirección de los padres y de los hijos.* El artículo 5 de la Convención establece que los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, los tutores o los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de impartir dirección y orientación al niño en su ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención. Por consiguiente, el niño tiene derecho a recibir dirección y orientación; los cuales tienen que compensar la falta de conocimientos, experiencia y comprensión del niño y estar en consonancia con la evolución de sus facultades, como se establece en ese artículo. Cuantas más cosas sepa, haya experimentado y comprenda el niño, más deben los padres, tutores u otras personas legalmente responsables del niño transformar la dirección y orientación en recordatorios y consejos y, más adelante, en un intercambio en pie de igualdad. Esta transformación no tendrá lugar en un punto fijo del desarrollo del niño, sino que se producirá paulatinamente a medida que se alienta al niño a aportar sus opiniones²⁷⁴.
- *El derecho intrínseco a la vida y al desarrollo.* El artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que cada niño tiene el derecho intrínseco a la vida y que los Estados partes deben garantizar, en la máxima medida posible, la supervivencia y el desarrollo del niño. El Comité señala la importancia de promover las oportunidades en favor del derecho del niño a ser escuchado, habida cuenta de que la participación del niño es un instrumento para estimular el futuro desarrollo de la personalidad y la evolución de las facultades del niño, conforme con el artículo 6 y con los objetivos en materia de educación que se enuncian en el artículo 29²⁷⁵.

²⁷³ Párrafo 31.

²⁷⁴ Párrafo 48.

²⁷⁵ Párrafo 79.

Asuntos en los que niñas, niños y adolescentes tengan derecho a participar

- *Los Estados partes tienen la obligación de garantizar la participación de niñas, niños y adolescentes en todos los asuntos que le confieran.* Los Estados partes deben garantizar que el niño pueda expresar sus opiniones *en todos los asuntos* que lo afecten²⁷⁶.
- La participación en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño implica todo procedimiento judicial sin excepción²⁷⁷.
- El derecho de niñas, niños y adolescentes en procedimientos judiciales incluye los procesos de divorcio y separación²⁷⁸.
- *La participación de niñas, niños y adolescentes en procesos de divorcio y separación.* En casos de separación o divorcio, los hijos de la pareja resultan inequívocamente afectados por las decisiones de los tribunales. El juez determina las cuestiones relativas a la manutención del niño, la custodia y el acceso, ya sea en un juicio o a través de mediación prescrita por el tribunal. Muchas jurisdicciones han incluido en sus leyes, respecto de la disolución de una relación, una disposición por la que el juez debe otorgar especial consideración al "interés superior del niño"²⁷⁹.

Los derechos de participación y otras directrices de la Convención, en particular el interés superior del niño

- *Los derechos de participación están vinculados con los demás principios generales de la Convención.* En particular existe una conexión con la consideración primordial del interés superior del niño.²⁸⁰ "Además de estar conectado con todos los demás artículos de la Convención, que no podría

²⁷⁶ Párrafo 28.

²⁷⁷ Párrafo 32.

²⁷⁸ Párrafo 50 y 51.

²⁷⁹ Párrafo 51.

²⁸⁰ Sobre el vínculo entre los conceptos de interés superior del niño y los derechos de participación, *Cfr.* Eekelar, John, "The Importance of Thinking that Children have Rights", en Alston, Philip et al (eds.), *Children, Rights, and the Law*, Estados Unidos de América, Oxford, 1992, p. 235.

aplicarse íntegramente si no se respeta al niño como sujeto con sus propias opiniones sobre los derechos consagrados en los artículos respectivos y sobre su cumplimiento”²⁸¹.

- *El principio del interés superior del niño y los derechos de participación.* Esta observación general recuerda que el objetivo del artículo 3 es que en toda medida que involucre a niñas, niños y adolescentes se garantice el interés superior del niño como una consideración primordial. “La Convención obliga a los Estados partes a garantizar que los responsables de adoptar esas medidas escuchen al niño conforme a lo estipulado en el artículo 12. Esta disposición es obligatoria.” ²⁸²
- *El principio del interés superior del niño como una consideración, mas no la consideración única.* “El interés superior del niño, establecido en consulta con el niño, no es el único factor que debe tenerse en consideración en la actuación de las instituciones, las autoridades y la administración. Sin embargo, es de importancia fundamental, como lo son las opiniones del niño”²⁸³.
- *Vínculo entre los derechos de participación y el interés superior del niño.* No existe tensión entre los artículos 3 y 12, sino solamente complementariedad entre los dos principios generales: uno establece el objetivo de alcanzar el interés superior del niño y el otro ofrece la metodología para lograr el objetivo de escuchar al niño o a los niños. En realidad, no es posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida²⁸⁴.

²⁸¹ Párrafo 68.

²⁸² Párrafo 70.

²⁸³ Párrafo 71.

²⁸⁴ Párrafo 74.

2. LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LIBORIO HIERRO, RICARDO PÉREZ MANRIQUE Y CARLOS DE LA TORRE

En la doctrina se encuentran distintas formas de participación de niñas, niños y adolescentes. Las cuales van desde la postura en donde únicamente la niña, niño o adolescente decide, hasta la posición en donde ellos omiten toda participación. Esta última es contraria a la CDN, y la primera puede no ser acorde con el desarrollo específico de cada niña, niño o adolescente según el caso concreto, por lo que también puede llegar a ser violatoria de la CDN²⁸⁵.

Tomar en serio los derechos de niñas, niños y adolescentes implica dar un paso más allá del mero reconocimiento de la titularidad de derechos. No basta con otorgar una titularidad sin efectos, es necesario posibilitar su ejercicio desde las características propias de personas en desarrollo. Este es el enfoque de la CDN, es por ello que es un instrumento relevante en este tema. “El niño es, para la Convención, un sujeto en desarrollo, pero un sujeto de derechos, y no sólo de derechos pasivos, es decir derechos a recibir prestaciones de los adultos, sino también de derechos activos como la libertad de conciencia, pensamiento y religión, la libertad de expresión e información, la libertad de asociación y reunión o el derecho de participación”²⁸⁶. Así, el derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes debe entenderse conforme al artículo 12 de la CDN que se refiere al derecho a la participación.

Como se ha mencionado la CDN marca un cambio en la concepción de los derechos del niño, “en pocas palabras cabe decir que la *Convención* termina con aquella concepción del niño propietario-no-ciudadano para afirmar una concepción del niño como ciudadano-en-desarrollo”²⁸⁷. Por ello, diversos autores se basan jurídicamente en este instrumento internacional para analizar los derechos de niñas niños y adolescentes.

²⁸⁵ Pérez Manrique, Ricardo C., Participación Judicial de los niños, niñas y adolescentes, en Justicia y Derechos del Niño, Número 9, UNICEF, Chile, 2007, p. 255.

²⁸⁶ Hierro, Liborio L., “Los derechos humanos del niño”, en Marzal, Antonio (ed.), *Derechos Humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y la complejidad del sujeto*, España, ESADE Facultad de Derecho, 1999, p. 24.

²⁸⁷ *Idem*.

Ampliando la regulación que establece la Convención, Miguel Cillero Bruñol interpreta que el artículo 12.2 de la CDN implica la oportunidad de participación de niñas, niños y adolescentes en las diferentes etapas de los procedimientos judiciales y administrativos, “que supone no sólo el derecho a ser oído, expresar su opinión, sino el sentido más lato de ser partícipe del proceso, participar en la construcción de la decisión final del caso, formular alegaciones, ofrecer pruebas, estar protegido de la indefensión. Sin tomar en consideración el derecho a la participación, la solución que se adopte desconocerá el carácter de sujeto de derecho del niño involucrado y la decisión se constituye, en definitiva, en un acto de autoritarismo del mundo adulto respecto del niño”²⁸⁸. Por lo que toda decisión judicial sobre niñas, niños y adolescentes requiere de fundamentación o motivación que solidifiquen un fallo. Esta fundamentación incluye la participación de niñas, niños y adolescentes. Para la CDN, la participación de niñas, niños y adolescentes en los asuntos que los afecten debe ser entendida lo más amplia posible²⁸⁹, y toda decisión sobre este derecho debe argumentarse en función de las capacidades en desarrollo de niñas, niños y adolescentes.

Los derechos de participación no sólo permiten fundar cualquier decisión que se tome en los casos que involucren a niñas, niños y adolescentes. Adicionalmente, facilita el desarrollo de niñas, niños y adolescentes y tiene una función preventiva en la violación de los derechos de las personas menores de edad, por ser una herramienta estratégica para transformar estas situaciones y contextos de violación de derechos de estas personas²⁹⁰.

²⁸⁸ Ricardo C. Pérez Manrique, *Participación Judicial de los Niños, Niñas Y Adolescentes*, en “Justicia y Derechos del niño”, no. 8, p. 254

²⁸⁹ Pérez Manrique, Ricardo C., *Participación Judicial de los niños, niñas y adolescentes*, en *Justicia y Derechos del Niño*, Número 9, UNICEF, Chile, 2007, p. 253

²⁹⁰ De la Torre Carlos, “El derecho de las niñas y niños a ser escuchados”, en González Contró, Mónica (coord.) *Los derechos de niños, niñas y adolescentes en México, a 20 años de la Convención sobre los derechos del niño*, México, Porrúa, UNAM, IJ, Save the Children, 2011, pp. 239 y 240.

3. LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 17 de 28 de agosto de 2002 desarrolló algunos puntos relativos a los derechos de participación de niñas, niños y adolescentes. Con fecha 30 de marzo de 2001 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante una opinión consultiva la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de este instrumento constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” en relación a niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de esta Convención.

Este tribunal internacional con sede en San José de Costa Rica reconoce la importancia de la participación de niñas, niños y adolescentes “en los procedimientos en que se discuten sus propios derechos y cuya decisión es relevante para su vida futura”²⁹¹. En el mismo numeral, este Tribunal Internacional de Derechos Humanos reconoce la conexión con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño indicando que éste tiene “adecuadas previsiones sobre este punto, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino”²⁹². Posteriormente este criterio es reiterado por la CorIDH en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*²⁹³.

En el párrafo 102 de esta opinión consultiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala:

En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la

²⁹¹ Opinión Consultiva número 17, párrafo 99.

²⁹² *Idem*.

²⁹³ Párrafo 196.

determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso²⁹⁴.

En este razonamiento, la Corte, señala que este es un ejercicio de ponderación donde debe procurarse la mayor participación posible a la persona menor de edad conforme a su caso concreto.

La Corte Interamericana reitera la importancia de la participación de niñas, niños y adolescentes en los asuntos que les atañen, así como la conexión de estos derechos con el interés superior del niño, tal y como lo establece el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General número 12. Asimismo, señala que en las decisiones sobre derechos de niñas, niños y adolescentes es necesario hacer un ejercicio de ponderación en la que se dé la mayor participación posible a niñas, niños y adolescentes a partir de su caso concreto, donde se garantice su interés superior. La necesidad de realizar un ejercicio de ponderación se había señalado previamente por Mónica González Contró²⁹⁵ y Miguel Cillero Bruñol²⁹⁶ en el apartado sobre el principio del interés superior del niño. Sin embargo es interesante como la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisa que la participación sea lo más amplia posible.

Posteriormente en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, la CorIDH incorpora la Observación General número 12 del Comité de los Derechos del Niño para señalar el vínculo entre los derechos de participación de las personas menores de edad y el interés superior del niño en función de la edad y capacidad del niño²⁹⁷.

En relación con la autonomía progresiva, la Corte reitera que niñas y niños ejercen sus derechos de manera progresiva conforme aumenta su grado de autonomía, por lo que el aplicador del derecho debe tomar en cuenta estos elementos para determinar sus derechos.²⁹⁸ También señala que la participación

²⁹⁴ Párrafo 102.

²⁹⁵ González Contró, Mónica, *Derechos del Pueblo Mexicano* (en prensa), Comentario al artículo 4 constitucional en materia de niñas, niños y adolescentes (párrafos 8, 9 y 10).

²⁹⁶ Cillero Bruñol, Miguel, *op. cit.* nota 137, p. 54.

²⁹⁷ Párrafo 197

²⁹⁸ Párrafo 199

de niñas y niños deben expresarse de manera libre y que sus opiniones se tomen debidamente en cuenta. Así establece²⁹⁹:

No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión. Por tanto, en el contexto de decisiones judiciales sobre la custodia, toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones.

Esta sentencia también retoma la opinión del perito Emilio García Méndez sobre que “[L]a opinión de los niños automáticamente no produce jurisprudencia [...]. Pero también la opinión de los niños no puede ser descartada automáticamente sin una argumentación seria y profunda.”³⁰⁰

Por su parte, el perito Cillero Bruñol señaló que si bien siempre debe de garantizarse la participación:

Lo anterior no quiere decir que siempre van a coincidir la determinación del interés superior del niño en el caso concreto con las opiniones del niño, aun cuando el niño tenga la edad y madurez para formarse su juicio propio [...] El juez o el responsable del procedimiento deben evaluar razonablemente el peso de las opiniones del niño, en relación a sus consecuencias para el conjunto de sus derechos fundamentales, así como en relación al nivel de madurez del niño, pero esta valoración [...] exige una carga argumentativa superior a la decisión que se aleja de la opinión del niño.

De esta manera la sentencia establece que la participación de niñas, niños y adolescentes debe evaluarse de manera razonable, en conjunto con las consecuencias para sus derechos. Así la participación no es la única ni última palabra para decidir sobre la situación que afecte a la persona menor de edad. Por

²⁹⁹ Párrafo 200

³⁰⁰ Párrafo 206

el contrario ésta debe valorarse con la finalidad de proteger la integralidad de los derechos de la niña, niño o adolescente del caso en concreto.

Considero que estos párrafos de la sentencia del caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* son relevantes porque incorporan la Opinión General número 12 del Comité de los Derechos del Niño, pero también porque integran los conceptos del interés superior del niño, la autonomía progresiva y el derecho a ser escuchado de niñas, niños y adolescentes para tomar una decisión que atienda justamente a sus derechos.

Este criterio es aplicable al caso expuesto en la sentencia del amparo directo en revisión 502/2007. Si bien es cierto que esta sentencia de la CorIDH se dictó posteriormente a la sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en casos donde se analice el tema religioso como parte de la decisión sobre la guarda y custodia, debe integrarse el interés superior del niño, la autonomía progresiva y los derechos de participación de la persona menor de edad. Es decir, deben señalarse todos los derechos en juego, incluyendo el señalamiento de los derechos de la niña, niño y adolescente que deben garantizarse (incluyendo por supuesto sus derechos de participación). De igual manera debe tomarse en cuenta el desarrollo de la persona menor de edad y en función de éste, determinarse la forma en que puede participar.

Existen varias maneras en las que las personas menores de edad pueden participar conforme a su autonomía y desarrollo, a partir de sus maneras formas de expresión, por ejemplo, mediante el dibujo y el cuento.

Es indispensable garantizar el derecho a la participación de las niñas, niños y adolescentes, aunque la forma concreta de participación pueda precisarse posteriormente (por ejemplo en la sentencia de primera instancia). La importancia de la participación radica en que permite incorporar a niñas, niños y adolescentes a la esfera religiosa. Cuando las niñas, niños y adolescentes expresan su opinión respecto de los asuntos religiosos, confesionales o sobre lo sagrado que les atañen; se incorporan a aquellas decisiones de las que estaban excluidos. Pues la participación es el vehículo de posibilidad del ejercicio ya sea del derecho a la

libertad religiosa o bien del derecho a desarrollar la libertad religiosa (entendido como contenido del derecho a la libertad religiosa)³⁰¹.

4. LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

En relación a los derechos de participación de niñas, niños y adolescentes la siguiente tesis aislada dictada en julio de 2003 establece que en las controversias del orden familiar que involucren a una niña o niño no es prudente someterlo a un interrogatorio. Por el contrario debe expresarse conforme al artículo 12 de la CDN. De igual forma establece que es necesario que la opinión de la persona menor de edad sea escuchada libremente para que el juzgador tenga elementos para determinar el régimen de convivencia con apego al interés superior del niño.

MENORES, TESTIMONIO DE LOS, EN LOS JUICIOS DE CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR. SU RECEPCIÓN Y DESAHOGO NO ESTÁN SUJETOS A LAS FORMALIDADES QUE RIGEN LA PRUEBA TESTIMONIAL, PORQUE SE TRATA DE UN ELEMENTO DE CONVICCIÓN QUE DEBE SER APRECIADO LIBREMENTE PARA DECIDIR CON BASE EN EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

En los juicios de controversia del orden familiar en los que interviene un niño o niña no es prudente someterlo a responder un interrogatorio de prueba testimonial con las formalidades estrictas que dicha prueba requiere, pues precisamente por su corta edad, no está en condiciones de expresar sus conocimientos en relación con las cuestiones debatidas, atendiendo al principio contenido en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño que establece que los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho

³⁰¹ Como se mencionó en el Capítulo II existe una diferencia sobre el contenido del derecho a la libertad religiosa para las personas menores y mayores de edad. En el caso de las personas mayores de edad, este derecho protege las manifestaciones religiosas, confesionales o sobre lo sagrado que una persona realiza en virtud de una decisión que ha tomado. En cambio, en el caso de las personas menores de edad el derecho a la libertad religiosa tutela la formación de esta decisión. Por tanto, ambos contenidos son diferentes y en el caso de niñas, niños y adolescentes parece que más bien se protege el derecho a desarrollar la libertad religiosa (entendida como contenido del derecho a la libertad religiosa).

de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten; de manera que es necesario que su opinión sea escuchada libremente a fin de que el juzgador tenga bases para determinar si la convivencia del niño o niña con determinada persona puede lesionar su interés superior; de ahí que será el prudente arbitrio del director del proceso el que sirva de guía para establecer el mecanismo del interrogatorio y su contenido, para lograr que se cumpla cabalmente y de modo objetivo con la tutela especial del infante y el compromiso de dirimir la contienda relativa bajo el principio rector del interés superior del niño, pues las partes deben sujetar sus propios derechos procesales a la observancia de este alto principio, máxime que éste cobra mayor relevancia en el sentido de que no sería deseable someter al infante a una estructura formal o rígida de un interrogatorio que pudiera ocasionarle perturbación.³⁰²

Este criterio es de suma relevancia, pues desde julio de 2003 se establece la importancia de escuchar a niñas y niños en los juicios donde haya que determinar el calendario de convivencias con la finalidad de que la resolución que se dicte sea acorde a su interés superior del niño. Esta tesis aislada es anterior al amparo directo en revisión 502/2007. Si bien se trata de una tesis aislada, por lo que tiene un carácter persuasivo, pudo haber sido aplicada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En el 2009 se establece otro criterio que vincula los derechos de participación de niñas, niños y adolescentes al principio del interés superior del niño. Esta tesis aislada señala que la opinión de la persona menor de edad no es el único elemento para decidir sobre el régimen de convivencias, sin embargo en aras de que esta decisión garantice el interés superior del niño debe de tomar en serio la participación de la persona menor de edad.

³⁰² [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XVIII, Julio de 2003; Pág. 1153, con número de registro 183787.

RÉGIMEN DE CONVIVENCIAS. LA CIRCUNSTANCIA DE QUE EL INFANTE, AL EJERCER SU DERECHO DE SER ESCUCHADO, MANIFIESTE INCONFORMIDAD A LA MODIFICACIÓN DE ÉSTAS, ELLO NO PUEDE SER DETERMINANTE PARA RESOLVER SU PROCEDENCIA, PUES DEBE ATENDERSE AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ASÍ COMO A LOS HECHOS POR LOS CUALES SE SOLICITA DICHA VARIACIÓN.

Conforme al artículo 417 del Código Civil para el Distrito Federal, los que ejercen la patria potestad, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, con sus excepciones correspondientes, y tiene por objeto lograr la protección, estabilidad personal y emocional del menor, lo cual es una cuestión de orden público e interés social, dado que en su observancia está interesada la sociedad y el Estado, y no podrá impedirse sin justa causa, pero en caso de oposición de uno de los padres a esas convivencias, la autoridad jurisdiccional determinará lo que más convenga al interés preponderante del menor. Bajo ese contexto, si en un juicio se solicita la modificación al régimen de convivencias y el infante dada la edad con la que cuenta, manifiesta inconformidad con los términos en que éstas se proponen, ello no puede ser determinante para que la autoridad resuelva conforme a lo manifestado por el menor; pues aun cuando se les debe escuchar, sus opiniones se deben ponderar en observancia al interés superior del menor, que no es otra cosa más que el conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan a los niños vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible; así como a las circunstancias por las cuales se solicita debiendo analizarse todas y cada una de las constancias agregadas al asunto. Lo anterior es así, porque el derecho del menor a convivir con sus progenitores, se encamina a la conservación de un entorno saludable y favorable para su pleno desarrollo personal y emocional, y por tanto es necesario que exista el contacto afectivo para lograrlo y a su vez a los padres les permite estar al corriente de su vida y educación y sobre todo de participar activamente en la toma de las decisiones inherentes a su mejor desarrollo integral, que se traduce en el derecho que tienen los niños y las niñas para la satisfacción de sus necesidades.³⁰³

³⁰³ TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XXIX, Marzo de 2009; Pág. 2844, con número de registro 167644

A. LA PARTICIPACIÓN DE LA NIÑA EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 502/2007 DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

En la sentencia del amparo directo en revisión 502/2007, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación decide que el Juez Familiar debe de llevar a cabo una audiencia para señalar el régimen de visitas y convivencias. Asimismo establece que el Juez tiene la opción de citar o no a la niña, dada su edad, a esta audiencia. Esta sentencia tampoco señala que los derechos de participación de la niña deban garantizarse de alguna manera, ni siquiera a través de un representante. La sentencia no reconoce el derecho a la participación de la niña, quedando la garantía y por tanto el ejercicio de este derecho a discrecionalidad del juez. Adicionalmente la sentencia no explica en qué consiste la participación ni establece que ésta deba garantizarse por la autoridad jurisdiccional. Esta sentencia tampoco señala alguna manera en que la niña pueda ejercer sus derechos. Cabe destacar que las sentencias del Tribunal Constitucional Español 141/2000 y 154/2002 analizadas en el Capítulo II sobre un padre que cambia de religión a una que es considerada como dañina por la madre de los hijos y sobre un adolescente de 13 años, testigo de Jehová, que no permite recibir una transfusión sanguínea debido a sus creencias religiosas respectivamente reconocen que las personas menores de edad tienen derecho a la libertad religiosa y por tanto pueden ejercerlo.

B. ANÁLISIS DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN DE LA NIÑA EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 502/2007 DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

El presente juicio versa sobre el régimen de visitas y convivencias de una niña de 5 años con su padre donde se decidirán los días y las horas en los que la niña convivirá con su padre. La decisión incidirá directamente en la niña, por lo que claramente se trata de un tema que le concierne. Por ello, es relevante escuchar su opinión al respecto. Este criterio ha sido señalado en la OG-12 del

Comité de los Derechos del Niño, Mónica González Contró, Miguel Cillero Bruñol y Ricardo Pérez Manrique, entre otros. Considero que en esta decisión es necesario escuchar la opinión de la niña de 5 años, pues como lo indica la OG-12 del Comité de los Derechos del Niño y la opinión de Gerison Lansdown, la participación de niñas, niños y adolescentes no se encuentra limitada por su edad, por el contrario, esta debe ser lo más amplia posible conforme a su desarrollo. Por lo que, se debe de garantizar la mayor participación de la niña en razón de sus capacidades (en desarrollo), en lugar de dejar la decisión sobre este derecho como un elemento discrecional del juez.

La niña tiene el derecho de expresar su opinión sin presión alguna. Ello implica que ella puede decidir abstenerse de participar. Sin embargo, es obligación, en este caso del poder judicial, garantizar el derecho de la niña a participar. También existe la posibilidad de que la niña participe a través de un representante. Sin embargo esta debe ser la última posibilidad, permitiendo de la manera más amplia que la niña ejerza su derecho de participar de manera directa.

Posteriormente esta opinión debe valorarse en función de la edad y madurez de la niña, es decir conforme al grado de razonabilidad e independencia que muestre al emitir su opinión.

Es relevante retomar el vínculo que se da entre el principio del interés superior del niño y los derechos de participación. Como lo señala la OG-12 del Comité de los Derechos del Niño, estos conceptos son complementarios. La participación de la niña, permite conocer su opinión, lo que en primer lugar fomenta el desarrollo de la niña, pero también es un elemento de fundamentación de la sentencia en aras de garantizar el interés superior de la niña. Sin la opinión de la niña, cualquiera que sea el sentido de la sentencia es violatoria de los derechos de la niña, y carece de fundamento. Pues si bien existen diversas maneras en que niñas, niños y adolescentes pueden participar, su participación no es prescindible y por tanto debe garantizarse.

Es importante tomar en cuenta que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló que si bien el artículo 130 constitucional impone al Estado una obligación de abstención sobre las manifestaciones religiosas de las

personas, en este caso debe atenderse al interés superior del niño y a que la niña sea escuchada. Si bien la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación hace esta precisión en el considerando sexto de la sentencia del amparo directo en revisión 502/2007, posteriormente, da la facultad al juez de primera instancia de determinar discrecionalmente si la niña, atendiendo a su madurez, puede tener o no voz en la audiencia, sin establecer que el juez tenga la obligación de garantizar los derechos de participación de la niña. Considero que en esta sentencia, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia debió haber establecido que sin importar la edad de la niña, se debía de garantizar su derecho a la participación, aunque diera al juez de primera instancia la facultad de determinar la manera concreta de participación, a partir de su propio lenguaje.

Como señaló la Opinión General número 12 del Comité sobre los Derechos del Niño, la edad no imposibilita la participación de niñas, niños y adolescentes, aunque la forma de participación sea conforme a la madurez de la persona menor de edad.

De igual manera, la opinión de la niña no necesariamente es la decisión final del caso, pero sí es un elemento relevante para la construcción de la solución al conflicto. Por ello, debe garantizarse su derecho a la participación sin importar la edad. En virtud de que en el momento en que se dictó la sentencia del amparo directo en revisión 502/2007 la niña tenía 5 años, por ejemplo pudo haber ejercido su derecho a la participación platicando, en su propio lenguaje, con el juez de primera instancia, sobre si le gusta asistir a las ceremonias religiosas, realizando algún dibujo sobre las festividades religiosas a las que ha asistido, sobre sus fines de semana, invitarla a cantar alguna canción religiosa que le guste o simplemente preguntándole que le gusta hacer por las tardes y en los fines de semana.

Si se garantiza el derecho de participación de la niña, es posible conocer su opinión sobre el conflicto, este es un elemento necesario para construir la solución del caso atendiendo al interés superior del niño. Adicionalmente, si bien esta sentencia no aborda el tema de la titularidad del derecho a la libertad religiosa de la niña, para que este derecho no sea un mero reconocimiento sin aplicación

alguna, es fundamental encontrar formas de ejercicio conforme al mismo desarrollo de la niña.

Una manera en que la niña puede ejercer sus derechos sobre su esfera religiosa es justamente, participando en las decisiones de esta índole. De manera que para que este derecho pueda tener aplicabilidad, es indispensable la participación de la niña, desde su propio lenguaje y conforme a su propio desarrollo.

Esta sentencia no sólo no resuelve la pregunta de si la niña es o no titular del derecho a la libertad religiosa, ni garantiza sus derechos de participación, sino que tampoco desarrolla ningún lineamiento para el ejercicio de los derechos de la niña.

Como se señaló en el Capítulo II, hay dos contenidos distintos del derecho a la libertad religiosa, uno para las personas mayores de edad y otro para las personas menores de edad. El derecho a la libertad religiosa *in genere*, protege la posibilidad de una persona de decidir vincularse con alguna religión, confesión religiosa o bien con algo sagrado; en cambio en el caso de los niños se tutela el desarrollo sin obstáculos para ser un actor autónomo independiente en la matriz de los padres, la comunidad religiosa y la sociedad. Así, mientras para las personas mayores de edad este derecho implica la protección de manifestaciones que se realizan como consecuencia de una decisión; para niñas, niños y adolescentes más bien se tutela su desarrollo en el ámbito religioso. Esta sentencia no establece si la niña es o no titular del derecho a la libertad religiosa. Mucho menos dota de algún contenido el derecho de la niña a la libertad religiosa.

En consecuencia de la ausencia de reconocimiento del derecho a la libertad religiosa de la niña y de su contenido, la sentencia no aborda de manera alguna el ejercicio de la niña del derecho a la libertad religiosa. Por lo que no sólo no resuelve la pregunta sobre la titularidad del derecho, sino que pasa de largo el tema de su ejercicio.

El interés superior del niño, la autonomía progresiva y los derechos de participación constituyen tres aristas de un mismo triángulo. El interés superior del niño permite establecer todos los derechos que se encuentran en conflicto, tanto

de las personas menores como mayores de edad, dando un carácter de prioridad a los derechos de niñas, niños y adolescentes, para así poder realizar una ponderación razonada. Adicionalmente la autonomía progresiva entiende a niñas, niños y adolescentes como personas en desarrollo con sus propias características y con capacidades en evolución que conforme a su grado de madurez tienen diferentes potencialidades. Finalmente, los derechos de participación posibilitan que la opinión de niñas, niños y adolescentes sea escuchada en todas las decisiones que les afecten. La forma de participación deberá ser acorde con la madurez de las personas menores de edad. De tal manera que para lograr un razonamiento que establezca los derechos y permita tomar una decisión que incluya la opinión del niño, es de suma importancia resolver la situación conforme al interés superior del niño, su autonomía progresiva y conforme a sus derechos de participación.

Por otra parte, quisiera retomar la pregunta planteada en el Capítulo II sobre la falta de claridad sobre el ejercicio del derecho a la libertad religiosa. Si bien, esta sentencia no desarrolla este tema, anteriormente señalaba que si este derecho se entiende como un espacio único de decisión de las personas adultas se excluye a niñas, niños y adolescentes de su ámbito religioso. En cambio, si participan y sus opiniones se toman verdaderamente en cuenta, sin que necesariamente su opinión sea el único elemento con base al cual se decida, sino que sea un factor relevante, entonces las niñas, niños y adolescentes se incluyen en su esfera religiosa conforme a sus propias capacidades en desarrollo devenidas de sus propias características como personas menores de edad. Por tanto, la ausencia de los derechos de participación no es únicamente una violación a los derechos de la niña, sino que también imposibilita la inclusión de la niña, al menos en la esfera religiosa de su vida, e invisibiliza las formas de ejercicio de sus derechos (los cuales no están establecidos por la presente sentencia).

5. EL DERECHO A PARTICIPAR EN EL PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE AFECTEN A NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

En el *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes* publicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en febrero del 2012 el derecho a participar se incluye como uno de los principios rectores que deberá guiar toda decisión jurídica que involucre a personas menores de edad³⁰⁴. Así establece que:

“Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a expresar sus opiniones libremente y en sus propias palabras, y a contribuir especialmente sobre las decisiones que le afecten, incluidas las adoptadas en el curso de cualquier proceso de justicia, y a que esos puntos de vista sean tomados en consideración según su edad, madurez y evolución de su capacidad.”³⁰⁵

De esta manera, el Protocolo aclara que la participación de niñas, niños y adolescentes debe ser conforme a sus propias palabras y que es un elemento que debe ser considerado en todas las decisiones que les afecten. Esta participación debe ser acorde con su edad, madurez y evolución de sus capacidades.

Posteriormente en el recuadro de *Características de la infancia*, el Protocolo establece el profundo vínculo entre el derecho de participación con el interés superior del niño, de manera que no puede cumplirse con uno sin garantizar el otro.

“Uno de los derechos profundamente vinculado con el principio de interés superior del niño, niña o adolescente es el de expresar su opinión en los asuntos que le afectan, es decir, que el niño, niña o adolescente tenga un papel activo en la determinación de

³⁰⁴ *Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, febrero de 2012, p. 19.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 27.

su propio interés y que su punto de vista sea tomado en consideración al momento de adoptar decisiones que le afecten directa o indirectamente.”³⁰⁶

Si bien la sentencia del amparo directo en revisión 502/2007 pretende garantizar el interés superior del niño y el derecho a ser escuchado de la niña, dando un paso importante para tutelar los derechos de esta, su argumentación es vaga sobre la manera de dotar de contenido al principio del interés superior del niño y poco contundente para garantizar los derechos de participación de la niña.

Considero que en esta sentencia, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación debió de haber señalado todos los derechos en juego de la niña, del padre y de la madre, incluyendo la titularidad del derecho a la libertad religiosa de la niña, si tiene este derecho o bien argumentar por qué no lo tiene. De esta manera sería posible hacer un razonamiento, de los derechos de la niña que deben de garantizarse con carácter prioritario frente a los derechos de terceros. Con lo cual se podría dotar de contenido al interés superior del niño. Adicionalmente, en lugar de dar la facultad discrecional al juez de escuchar a la niña o no en la audiencia, para garantizar los derechos de participación de la niña, y así su interés superior, debió de haberse establecido la obligación del juez de garantizar los derechos de participación de la niña atendiendo a su madurez. Este es justamente el criterio que establece el Protocolo. En lo sucesivo, en cumplimiento del Protocolo, pero sobretodo de todos los instrumentos jurídicos que vincula para garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes, en toda decisión judicial este triángulo debe de tutelarse.

El Protocolo facilita la aplicación de estos elementos, sin embargo, es necesario que los operadores jurídicos tomen en serio los derechos de niñas, niños y adolescentes y aborden estos temas con un compromiso por ellos.

El derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes, así como los conflictos derivados de este ámbito, como el régimen de visitas y convivencias conforme a los objetivos de formación religiosa de los padres es un tema que invita a la reflexión sobre los derechos de niñas, niños y adolescentes. En primer

³⁰⁶ *Idem.*

lugar se trata de un derecho cuyo contenido es distinto para los titulares que son adultos y para las personas menores de edad. Adicionalmente, se reconoce la titularidad del derecho a la libertad religiosa de toda persona, pero en el caso de niñas, niños y adolescentes, el ejercicio de este derecho no está claro. Por otra parte, el análisis de conflictos como el que examina el amparo directo en revisión 502/2007 requiere considerar distintos elementos, como el interés superior del niño, la autonomía progresiva y los derechos de participación. Este examen permitirá construir una solución que atienda a los derechos de niñas, niños y adolescentes en serio como titulares plenos de derechos que por tanto los ejercen.

CONCLUSIONES

1. La libertad religiosa puede entenderse tanto como un principio como por un derecho. Como principio, rige la relación entre el Estado y las Iglesias; y como derecho hay un debate sobre su contenido. Por otra parte, este derecho puede se estudia en diferentes disciplinas como la sociología, la historia y el derecho. Desde una perspectiva jurídica, el derecho a la libertad religiosa protege las manifestaciones, ya sea individuales o colectivas, que se derivan de la decisión de vincularse con alguna deidad(es) o confesión religiosa. Generalmente este derecho se reconoce conjuntamente con los derechos a la libertad de conciencia y a la libertad de pensamiento debido a que hay zonas de intersección entre estos derechos. No obstante hay elementos característicos o bien *tipos* de estos derechos que los distinguen.

2. Algunos autores consideran que el derecho a la libertad religiosa se protege mediante la abstención del Estado en esta esfera, dado que lo religioso, confesional o sagrado es una esfera de inmunidad. Por otra parte, el Tribunal Constitucional español señala que la tutela efectiva de este derecho no se agota con la abstención del Estado, sino que requiere actos positivos que permitan el pleno ejercicio del derecho.

3. En conclusión, el derecho a la libertad religiosa tutela las manifestaciones individuales o colectivas que se den como consecuencia del vínculo que la persona decida establecer con un ser superior, una confesión religiosa o simplemente con lo sagrado. Este derecho se tutela mediante una esfera de inmunidad que protege a la persona en contra de cualquier coerción externa, pero también mediante actos que lo garanticen, es decir, mediante acciones que permitan llevar a cabo el ejercicio de este derecho de las personas.

4. En la doctrina existe una postura ampliamente difundida. En esta posición toda persona es titular del derecho a la libertad religiosa desde su nacimiento, sin embargo, limita el ejercicio de éste a la adquisición de un *nivel de autoconciencia* que permita una decisión libre sobre el vínculo que se establezca con un ser superior o confesión religiosa. Este *nivel de autoconciencia* es la base de una decisión fundada para que las manifestaciones religiosas se realicen con convicción y convencimiento y no sólo sean imitaciones. De esta postura es objetable que no desarrolla en qué consiste este *nivel de autoconciencia*, ni qué se entiende por una decisión libre, ni como se adquiere. Esta posición no puede entenderse con claridad. Adicionalmente niega el ejercicio de las personas que no tengan este *nivel de autoconciencia*. De manera que estos supuestos titulares de derechos no pueden ejercerlos. Así queda la pregunta de ¿Si estas personas participan en su esfera religiosa, o bien, cómo podrían hacerlo? O acaso, esta postura propone una titularidad que es un mero reconocimiento pero que no aborda ni garantiza de manera alguna el derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes.

5. La titularidad del derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes no fue aclarada en ningún instrumento internacional, ni en el derecho mexicano, hasta 1989 con la Convención sobre los Derechos del Niño. Este tratado internacional considera que niñas, niños y adolescentes merecen una protección especial que permita su desarrollo armonioso como un individuo que pueda desenvolverse constructivamente en la sociedad. Así, entiende a niñas, niños y adolescentes como titulares plenos de derechos y en tanto, pueden ejercer sus derechos, en lugar de ser únicamente objeto de protección del derecho. La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes en el artículo 14. Este derecho permite que niñas y niños se puedan desarrollar de manera autónoma en su entorno (familia y sociedad). Al precisar que las personas menores de edad son titulares del derecho a la libertad religiosa, los coloca en el centro de las decisiones de su esfera religiosa. Sin embargo me pregunto si en el caso de niñas, niños y

adolescentes el derecho a la libertad religiosa consiste más bien en el desarrollo de su dimensión religiosa con autonomía dentro de su entorno familiar y social. La Convención sobre los Derechos del Niño claramente reconoce la titularidad del derecho a la libertad religiosa de niñas y niños, y señala que en la relación padres-hijos, los padres tienen el derecho y obligación de guiar el ejercicio del derecho a la libertad religiosa de sus hijos. No obstante, se da un contenido distinto al derecho a la libertad religiosa de los adultos ya que la Convención no tutela las manifestaciones que se den en consecuencia de una decisión, sino el desarrollo autónomo en la matriz de los padres y de la sociedad.

6. Hay una interrogante sobre si el reconocimiento de la titularidad del derecho a la libertad religiosa es suficiente para incluir al niño, con sus características propias, en su esfera religiosa ya que en el caso de niñas, niños y adolescentes este derecho protege el desarrollo del ámbito religioso en lugar de las manifestaciones que se hagan en virtud de una decisión. Otra interrogante es sobre la forma de ejercicio del derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes, aunque éste sea acorde con su madurez y desarrollo. Tras analizar estas interrogantes, considero que para garantizar el derecho a la libertad religiosa de las personas menores de edad no basta con el reconocimiento de la titularidad, sino que se requieren formas concretas de ejercicio de este derecho.

7. El interés superior del niño permite garantizar plenamente y de manera integral los derechos de niñas, niños y adolescentes y les da un carácter de prioridad. Para aplicar adecuadamente este principio es necesario en primer lugar establecer cuáles son los derechos que se encuentran en conflicto para posteriormente realizar una ponderación razonada que justifique la decisión final. Este principio requiere de la valoración de los efectos de las decisiones que involucren a las personas menores de edad, sobre ellos y sobre sus derechos. Todo esto, de manera que se atienda a las características propias de las niñas, niños y adolescentes como personas en desarrollo. Ello tiene la finalidad de lograr el desarrollo de las niñas, niños y adolescentes, así como el *ejercicio* de sus

derechos. Este principio impone un equilibrio justo entre los derechos de las niñas, niños y adolescentes y los de sus padres, por lo que éstos no pueden tomar medidas que dañen la salud o desarrollo de sus hijos. Finalmente considero que este principio tiene tres funciones: 1) Como principio de ponderación cuando entran en conflicto dos o más derechos; 2) Como principio supletorio de la capacidad de decisión en niñas y niños en casos particulares y en el diseño de políticas y 3) Como principio que supone la obligación de *promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*. Es necesario aplicar este principio en cualquier caso que involucre derechos de niñas, niños y adolescentes cuando se examine el derecho a la libertad religiosa. El interés superior del niño permitirá establecer todos los derechos en juego y ponderarlos otorgando la mayor protección a los derechos de las personas menores de edad.

8. El concepto de autonomía progresiva reconoce que niñas y niños se encuentran en desarrollo y que con base en éste tienen y adquieren diversas capacidades que les permiten ejercer evolutivamente sus derechos. Es decir que conforme aumentan sus facultades incrementan las formas de ejercicio de los derechos de las personas menores de edad. De esta manera, el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes no es estático pues cambia conforme al propio desarrollo de la persona menor de edad. La relevancia de este concepto radica en que explica como las personas menores de edad que no cuentan con autonomía plena, poco a poco (conforme se desarrollan) adquieren mayor autonomía y ejercen progresivamente sus derechos. Así es tangible como niñas, niños y adolescentes no son únicamente sujetos de protección del derecho sino titulares que ejercen sus derechos. Este concepto, aplicado al derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes, implica que este derecho se ejerce conforme al desarrollo de niñas, niños y adolescentes.

9. El derecho a ser escuchado de niñas, niños y adolescentes protege su participación en todos los ámbitos que le afecten, ello implica que participen en

todo procedimiento judicial o administrativo que les atañe. Esta participación debe ser a partir del lenguaje del niño, adecuada a su desarrollo, no está limitada por su edad, por el contrario debe ser lo más amplia posible. La participación de niñas, niños y adolescentes debe estar plenamente incluida en la decisión judicial o administrativa y, a su vez, fundamenta esta decisión. Cualquier decisión judicial o administrativa que involucre a una niña, niño o adolescente que no contemple su participación es violatoria de sus derechos y los excluye de esta decisión y de los ámbitos que les atañan. Adicionalmente los derechos de participación permiten la inclusión de las personas menores de edad en sus esferas y en tanto posibilita el ejercicio de los derechos que se encuentren involucrados en éstas. En relación al derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes, los derechos de participación posibilitan el ejercicio de este derecho sobre lo religioso, lo confesional o lo sagrado. La ausencia de estos derechos, es violatoria de los derechos de las personas menores de edad, dejan sin fundamento a las decisiones judiciales y administrativas e imposibilitan el ejercicio del derecho a la libertad religiosa.

10. El interés superior del niño, la autonomía progresiva y los derechos de participación son tres aristas de un mismo triángulo, y juntos protegen la titularidad y el ejercicio del derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes. Respecto de la titularidad de este derecho, este triángulo permite entender que el ámbito religioso, confesional o sagrado de niñas, niños y adolescentes tiene intersecciones con otros titulares de derechos, como sus padres; que las capacidades de niñas, niños y adolescentes no son constantes, sino que se encuentran en aumento conforme a su desarrollo, y en tanto, incrementa el grado de participación de este ámbito. Así, conforme la participación de niñas, niños y adolescentes incrementa, disminuye el papel de guía o bien de influencia de los padres. Finalmente la participación es el vehículo que posibilita la inclusión de las personas menores de edad en los temas religiosos, confesionales o sagrados de niñas, niños y adolescentes. De esta manera para que las personas menores de edad puedan ejercer su derecho a la libertad religiosa, es decir, se puedan

desarrollar en estos ámbitos de manera autónoma en la matriz de la familia y sociedad, es indispensable que este triangulo se aplique. Así, podremos determinar todos los derechos que se encuentren en conflicto, dando prioridad a los derechos de niñas, niños y adolescentes de manera integral, incluyendo los derechos de participación conforme al desarrollo. De esta manera, niñas, niños y adolescentes no sólo son titulares del derecho a la libertad religiosa, sino que pueden ejercerlo.

11. En la sentencia del Amparo Directo en Revisión 502/2007, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación analiza si el tema religioso puede tomarse en cuenta para determinar el régimen de visitas y convivencias de una niña de 5 años con su padre. En la sentencia se resuelve que este tema si se puede tomar en cuenta, pues a pesar de que existe un deber de abstención del Estado sobre las manifestaciones que protege el derecho a la libertad religiosa, en virtud de que se trata de una niña de 5 años, debe garantizarse su interés superior permitiendo que su participación sea lo más amplia posible. Sin embargo no desarrolla como se concreta ni el interés superior de la niña ni su participación. La sentencia tampoco garantiza los derechos de participación de la niña conforme a su madurez. La niña, al encontrarse en desarrollo, poco a poco adquirirá mayores capacidades que ampliarán la gama de decisiones que puede tomar. Así, la participación de la niña también aumentará. Por ello, es relevante garantizar éstos derechos de la niña no sólo en el momento en que se dictó la sentencia, sino también hacia el futuro. Por lo que si bien la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación da un primer paso hacia la protección de los derechos de la niña, no elabora un razonamiento que señale los derechos que se encuentran en juego, ni delinea como han ejercerse tanto los derechos de la niña como de sus padres de manera que los derechos de la niña se garanticen integralmente. Hubiese sido deseable que en esta sentencia y en las futuras sobre esta situación se resolviera conforme al interés superior del niño, a su autonomía progresiva y a sus derechos de participación; no únicamente de manera enunciativa, sino mediante un razonamiento integral que proteja tanto la titularidad como el ejercicio

de los derechos de niñas, niños y adolescentes. En caso contrario, cualquier sentencia carecerá de contenido y será violatorio de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Blancarte, Roberto J., “La Libertad Religiosa como Noción Histórica”, *Cuadernos, Derecho Fundamental de Libertad Religiosa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1994.

Boutmy, Emile, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Orígenes de la Declaración de Derechos del hombre y el ciudadano*, edición preparada por Jesús González Amuchastegui, Madrid, Editora Nacional, 1984.

Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 3° edición, Gran Bretaña, 1979.

Caballero Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, Ed. Porrúa, México, 2009.

Caballero Ochoa, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (artículo 1°. , segundo párrafo, de la Constitución)”, en Carbonell Sánchez Miguel y Pedro Salazar Ugarte (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en Carbonell Sánchez Miguel y Pedro Salazar Ugarte (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

Celador Angón, Oscar, “Capítulo VII. Libertad religiosa y revoluciones ilustradas”, en Peces-Barba Martínez, Gregorio, *et al.* (dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, 2001, t. II, vol. II.

Centro de Investigaciones Innocenti, UNICEF, *Observaciones generales del Comité sobre los Derechos del Niño*, UNICEF, Siena, Italia, 2006.

De la Torre Carlos, “El derecho de las niñas y niños a ser escuchados”, en González Contró, Mónica (coord.) *Los derechos de niños, niñas y adolescentes en México, a 20 años de la Convención sobre los derechos del niño*, México, Porrúa, UNAM, IJJ, Save the Children, 2011.

Eekelar, John, “The Importance of Thinking that Children have Rights”, en Alston, Philip et al (eds.), *Children, Rights, and the Law*, Estados Unidos de América, Oxford, 1992, pp. 221-235.

Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, aspectos institucionales y procesales*, 3ª. Ed., San José Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos, Humanos, 2004.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell Sánchez Miguel y Pedro Salazar Ugarte (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

Freeman, Michael D. A., “Tomando más en serio los derechos de los niños”, en Fanhlo, Isabel (comp.), *Derechos de los niños: una contribución teórica*, México, Fontamara, 2004.

García Méndez, Emilio, *Infancia y Adolescencia, de los derechos y la justicia*, Tercera Edición, México, Fontamara, 2003.

González, María del Refugio, *“Relaciones entre el Estado e Iglesia”, Derecho fundamental de libertad religiosa*, México, UNAM, 1994.

González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008.

González Contró, Mónica, *Derechos del Pueblo Mexicano* (en prensa), Comentario al artículo 4 constitucional en materia de niñas, niños y adolescentes (párrafos 8, 9 y 10).

González Schmal, Raúl, *La libertad religiosa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, México, Porrúa, Universidad Iberoamericana, 2004.

González Schmal, Raúl, Comentario al artículo 24 constitucional, *Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus constituciones*, Tomo XVI, Sección Segunda, México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Miguel Ángel Porrúa.

Hierro, Liborio L., “Los derechos humanos del niño”, en Marzal, Antonio (ed.), *Derechos Humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y la complejidad del sujeto*, España, ESADE Facultad de Derecho, 1999.

Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.

Iván C. Ibán y Luis Prieto Sanchís, *Lecciones de Derecho Eclesiástico*, Segunda Edición, España, Editorial Tecnos, 1990.

Jardin, André, *Historia del Liberalismo Político. De la Crisis del Absolutismo a la Constitución de 1875*, trad. Francisco González Aramburo, F.C.E., México, 1989.

Langlaude, Sylvie, *The Right of the Child to Religious Freedom in International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

Lansdown, Gerison, *La evolución de las facultades del niño*, Italia, UNICEF, Save the Children, 2005.

Lerner, Natán, *Minorías y grupos en el derecho internacional. Derechos y discriminación*, México, CNDH, 1991.

Liebel, Manfred, “Entre protección y participación”, en Liebel, Manfred y Marta Martínez Muñoz (Coord.), *Infancia y Derechos Humanos. Hacia una ciudadanía participante y protegónica*, Perú, Ifejant, 2009.

Lopatka, Adam, “Appropriate Direction and Guidance in the Exercise by a Child of the Rights to Freedom of Expression, Thought, Conscience and Religion”, en E. Verhellen (ed.), *Monitoring Children’s Rights*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1996.

Mantecón, Joaquín, “La Libertad Religiosa como Derecho Humano”, *Tratado de Derecho Eclesiástico*, España, EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, 1994.

Minujin, Alberto, “Vulnerabilidad y exclusión en América Latina”, en Bustelo Eduardo y Alberto Minujin (eds.), *Todos entran, propuesta para sociedades incluyentes*, Buenos Aires, UNICEF-Santillana, 1998.

Nevins, Allan y Steele Commanger, *Breve Historia de los Estados Unidos*, México, FCE, 1994.

Patiño Reyes, Alberto, *Libertad Religiosa y Principio de Cooperación en Hispanoamérica*, UNAM, IJ, México, 2011.

Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Derecho y Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Peña, C. “El Derecho Civil en su relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Medina C. y Mera, *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, Chile, J. Editores, Universidad Diego Portales, 1996.

Silva Ramírez, Luciano, *El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo*, México, Ed. Porrúa, Facultad de Derecho, 2008.

Staples, Ann, *La Iglesia en la primera República federal mexicana*, traducción de Andrés Lira, Secretaría de Educación Pública, Dirección General de Divulgación, México, 1976.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012.

Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México*, 21^a. Ed. Porrúa, México, 1998.

REVISTAS

Cillero Bruñol, Miguel, “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios”, *Revista Infancia, Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, Montevideo, IIN-OEA, núm. 234, 1997.

Cillero Bruñol, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, *Justicia y Derechos del Niño*, Chile, UNICEF, número 1, noviembre de 1999.

Hervada, Javier, “Libertad de conciencia y error moral sobre una terapéutica”, *Persona y Derecho*, España, No. 11, 1984.

Hierro, Liborio, “¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño?”, *Revista Educación*, España, no. 294, enero 1991, pp 221-233.

Pérez Manrique, Ricardo C., “Participación Judicial de los niños, niñas y adolescentes”, *Justicia y Derechos del Niño*, Chile, UNICEF, Número 9, Agosto de 2007.

Saldaña, Serrano, “Derecho de libertad religiosa y principio de libertad religiosa. Bases teóricas para un derecho eclesiástico mexicano”, *Persona y Derecho*, España, No. 41, 1999.

Santos Pais, Marta, “The United Nations Convention on the rights of the Child”, *Bulletin of Human Rights, The Rights of the Child*, Nueva York, vol. 91/2, 1992.

TRATADOS INTERNACIONALES

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales

Convención sobre los Derechos del Niño

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Protocolo número 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales

DECLARACIONES Y OBSERVACIONES GENERALES

Declaración Universal de los derechos humanos

Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones

Observación General número 22 del Comité de Derechos Humanos

Observación General número 5 sobre las Medidas Generales de Aplicación de la CDN (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44) del Comité sobre los Derechos del Niño

Observación General número 12 del Comité de los Derechos del Niño

CONSTITUCIONES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Constitución Española de 1978

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Caso Kokkinakkis v. Grecia, Cámara del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 25 de mayo de 1993

Caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen v. Dinamarca, Sentencia de 7 de diciembre de 1976

Caso Hoffman v. Alemania, (Aplicación 34045/96), Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dictada en Estrasburgo con fecha 11 de octubre de 2001, párrafo 42..

Caso Lautsi y otros vs. Italia, Sentencia de fecha 18 de marzo de 2011
Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Caso de “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), sentencia de 5 de febrero de 2001, (*Fondo, Reparaciones y Costas*).

Caso Bulacio Vs. Argentina Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 18 de septiembre de 2003.

Caso Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, Sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas de 8 de julio de 2004.

Caso Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, Sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas de 15 de septiembre de 2005.

Caso Masacres de Ituango Vs. Colombia, Sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas de 1 de julio de 2006.

Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, Sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas de 24 de febrero de 2012.

Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas de 27 de abril de 2012.

Caso Instituto de Reeducción del menor Vs. Paraguay,. Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 2 de septiembre de 2004.

Casos *de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, Sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas de 8 de septiembre de 2005.

Caso González y otras (“Campo algodouero”) Vs. México, Sentencia sobre Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas de fecha 16 de noviembre de 2009.

Opini3n Consultiva n3mero 17.

DERECHO DEROGADO

Constituci3n de C3diz de 1812

Constituci3n de Apatzing3n de 1814

Constituci3n Federal de 1824

Bases Constitucionales de 1836

Bases Orgánicas de 1842

Acta Constitutiva de de Reforma de 1847

Constitución de 1824

*Estatuto Orgánico Provisional de la Republica Mexicana,
Constitución de 1857*

Código Penal de 1926

Ley Juárez

Ley Lerdo

Ley Iglesias

**TESIS AISLADAS Y JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA
NACIÓN**

Tesis aislada, registro no. 173253

LIBERTAD RELIGIOSA. SUS DIFERENTES FACETAS.

Tesis aislada, registro no. 173252

LIBERTAD RELIGIOSA Y LIBERTAD DE CULTO. SUS DIFERENCIAS.

Tesis aislada con número de registro 192867:

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Tesis aislada con número de registro 172667

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN.
INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.

Tesis aislada con número de registro 172650

TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.

Tesis aislada con número de registro 172003

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO.

Tesis aislada con número de registro 162807

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. FUNCIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL

Jurisprudencia con número de registro 162561

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU RELACIÓN CON LOS ADULTOS.

Jurisprudencia con número de registro 162562

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO.

Jurisprudencia con número de registro 162563.

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. ALCANCES DE ESTE PRINCIPIO

Tesis aislada con número de registro 162354.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. ES UN PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO EN LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL.

Tesis aislada con número de registro 160227

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. DEBE PONDERARSE SU PREFERENCIA EN RELACIÓN CON OTROS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ATENTO AL CASO CONCRETO

Tesis aislada con número de registro 2000875.

PRUEBA PERICIAL EN PSICOLOGÍA PRACTICADA A MENORES. EN ATENCIÓN AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y A FIN DE GARANTIZARLES LA TUTELA Y EL RESPETO DE SUS DERECHOS, EN EL DESAHOGO DE DICHA PROBANZA, LAS AUTORIDADES DEBEN ATENDER AL "PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE AFECTEN A NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES".

Tesis aislada CXXII/2012 (10ª)

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU FUNCIÓN NORMATIVA COMO PRINCIPIO JURÍDICO PROTECTOR.

Tesis aislada con número de registro 183787.

MENORES, TESTIMONIO DE LOS, EN LOS JUICIOS DE CONTROVERSIA DEL ORDEN FAMILIAR. SU RECEPCIÓN Y DESAHOGO NO ESTÁN SUJETOS A LAS FORMALIDADES QUE RIGEN LA PRUEBA TESTIMONIAL, PORQUE SE TRATA DE UN

ELEMENTO DE CONVICCIÓN QUE DEBE SER APRECIADO LIBREMENTE PARA DECIDIR CON BASE EN EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

Tesis aislada con número de registro 183787

RÉGIMEN DE CONVIVENCIAS. LA CIRCUNSTANCIA DE QUE EL INFANTE, AL EJERCER SU DERECHO DE SER ESCUCHADO, MANIFIESTE INCONFORMIDAD A LA MODIFICACIÓN DE ÉSTAS, ELLO NO PUEDE SER DETERMINANTE PARA RESOLVER SU PROCEDENCIA, PUES DEBE ATENDERSE AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ASÍ COMO A LOS HECHOS POR LOS CUALES SE SOLICITA DICHA VARIACIÓN.³⁰⁷

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Sentencia STC 101/2004

Sentencia STC 046/2001

Sentencia de la Sala Segunda, STC 141/2000

Sentencia STC154/2002

Amparo directo en revisión 502/2007 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

LEGISLACIÓN

³⁰⁷ TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XXIX, Marzo de 2009; Pág. 2844, con número de registro 167644

Ley de Amparo

Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en el Estado de México