

**ASENSIO SÁNCHEZ, MIGUEL ANGEL, *La patria potestad y la Libertad de Conciencia del menor*, Tecnos, Madrid 2006, 151 pp.**

Una vez más se pone de manifiesto en un trabajo de investigación la relevancia, el nivel de sensibilidad y la propensión a la ubicuidad propias de la libertad de conciencia, una de las libertades públicas que no cesan de plantear incógnitas a los diferentes operadores del Derecho. Ya el profesor Llamazares, con la maestría que le caracteriza, puso de manifiesto en el prólogo de este libro que el polifacético rostro de esta libertad pública se resiente en ocasiones en el marco jurídico configurado por el poder constituyente, primero, y por el legislador, después. Fricciones que aparecen sobre todo en aquellas zonas fronterizas donde interactúan con otros derechos fundamentales, y que, Llamazares sugiere abordar desde una máxima propia: “No se ha hecho la persona y su libertad para el Derecho, sino justamente a la inversa”.

La familia no deja de ser un grupo, sumamente importante para la estructuración de la sociedad. Por tanto, aunque su intimidad, consustancial a esa institución, resulte garantizada por la Constitución (art. 18), el Derecho no excluye su intervención, siempre con carácter excepcional, para proteger los derechos humanos de sus miembros, máxime de aquellos que resulten más vulnerables

La familia es uno de esos espacios donde confluyen, conviven, y a veces colisionan, los derechos fundamentales. El ordenamiento ha de velar para que en ese ámbito las funciones propias de la patria potestad de los padres, una de las cuales es el derecho a educar a los hijos según sus propias convicciones (artículo 27.3 de la Constitución), han de conciliarse con el derecho de los hijos menores a formar su propia conciencia. El autor, que apuesta por una subordinación de la patria potestad y su ejercicio a la libre formación de la conciencia del niño, desarrolla su investigación sobre esta pugna entre la patria potestad de los padres y la libertad de conciencia del menor en cinco capítulos.

En el primer capítulo, “patria potestad y libertad de conciencia del menor: aspectos generales”, subraya los cambios sociales y legislativos que han generado cambios en la institución familiar: desde la consagración del principio de igualdad entre el hombre y la mujer, hasta la apertura del matrimonio a cónyuges del mismo sexo, pasando por el creciente protagonismo del menor en tanto que sujeto pleno de derechos fundamentales. Cambios legislativos que, no obstante, ni modifican su carácter privado, ni empecen su vertiente pública en cuanto que esta institución basilar para la sociedad, por imperativo constitucional, ha de ser protegida por el Estado, tanto en su vertiente social, económica como jurídica (art.39 CE).

En el capítulo II, que versa sobre la posición jurídica del menor ante el derecho a la libertad de conciencia, el autor recalca que el menor, en cuanto que sujeto pleno de derechos fundamentales, puede ser equiparado al mayor de edad; ahora bien, la capacidad de ejercitar esos derechos fundamentales, de los que es plenamente titular, vendrá modulada por su capacidad natural de obrar, vinculada a su nivel de madurez.

Ahora bien, como esa madurez evoluciona a lo largo de la minoría de edad habrá que tener en cuenta el momento a partir del cual el menor puede adoptar decisiones determinantes para la formación de su conciencia, o dicho de otro modo, el instante a partir del cual se produce el traslado de esa facultad sobre la formación de su conciencia de los padres (expresión del ejercicio de la patria potestad y en relación al derecho del art. 27.3 CE) al propio menor.

Solo caben dos soluciones: o bien la alternativa igualitaria (poner una edad legal) o bien sopesar y determinar en cada caso si existe o no esa madurez. El establecimien-

to de una edad a partir de la cual se presume esa capacidad (presunción *iuris tantum*) redundante a favor de la seguridad jurídica. Pero, no está libre de fisuras. Por esa vía no se reconoce a menores que no habiendo alcanzado esa edad tengan la capacidad de obrar no pudiendo ejercitar los derechos fundamentales, que es una de las vías más eficaces para lograr el libre desarrollo de la personalidad, que según el artículo 10.1 de la Constitución es fundamento del orden político y de la paz social.

El autor reitera a lo largo de la obra que la minoría de edad no influye en la titularidad de los derechos fundamentales sino tan sólo en la posibilidad de su ejercicio, reflexiona sobre el concepto “capacidad de obrar necesaria”, ese grado de madurez intelectual desde el que el menor puede comprender la trascendencia y consecuencias del derecho que ejercita. Matiza también que no se requiere la misma capacidad para el ejercicio de todos los derechos fundamentales. Así, no es lo mismo la capacidad natural requerida para ejercer el derecho de Libertad religiosa que la que se exige para consentir una esterilización. O dentro del ámbito de la libertad religiosa, no es lo mismo ejercer un acto de culto que rechazar un tratamiento médico por motivos religiosos.

Asimismo, existen diferencias según el acto del menor se encuadre en la esfera del Derecho privado o en la esfera del Derecho público, porque si bien en el primero se persigue sobre todo la seguridad del tráfico jurídico y la protección patrimonial no sólo del menor y de terceros, uno de los objetivos del Derecho público es potenciar el ejercicio de los derechos de las personas (y por ende también de los menores) como medio para el desarrollo de su personalidad.

Asensio Sánchez insiste en la distinción entre el ejercicio de un derecho fundamental y la representación legal. En esta línea, si bien el artículo 162.1 del Código Civil establece como regla general que los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados, establece una excepción: “Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”.

Esto es, incluso en el supuesto que los hijos no tengan suficiente capacidad natural de obrar, los padres no pueden representarlos en el ejercicio de derechos personalísimos, como por ejemplo la libertad de expresión. En este capítulo, el autor examina de forma crítica una serie de sentencias en las que los padres ejercieron en nombre de hijos incapacitados derechos personalísimos (como la acción de separación matrimonial) y las diferentes posiciones doctrinales al respecto: desde los que aun admitiendo el carácter personalísimo de ese derecho no veían obstáculo para el ejercicio de la representación por sus tutores, para evitar así la vulneración del principio de igualdad y del derecho a la tutela judicial efectiva, hasta los que, como el autor, critican esas decisiones judiciales (entre ellas la STC 311/2000) que sacrifican la regla de que los derechos personalísimos sólo pueden ser ejercidos por el interesado por ser un medio para su desarrollo personal y exigencia de su dignidad como persona.

La posición del autor es clara: desde la premisa que para ejercitar un derecho fundamental es necesaria una capacidad natural de obrar, en tanto que *minimum* de capacidad inherente a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, si el menor posee dicha capacidad podrá ejercer esos derechos de forma autónoma.

Aunque no se pueden perder de vista dos cosas: la capacidad del menor es más amplia en el ámbito público que en el privado y que, en la minoría de edad existen distintos grados de madurez.

En el capítulo III titulado “patria potestad y minoría de edad” Asensio se refiere a la creciente importancia que han ido experimentando en los ordenamientos jurídicos

valores como la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad y su influencia en el Derecho de familia.

Los cambios se observan en las relaciones paterno-filiales que, según el autor, se han visto modificadas por el debilitamiento de la autoridad paterna y la revalorización de la figura del menor. Esta tendencia, iniciada en el Derecho comparado, tuvo su reflejo en España, con cierto retraso, en la ley de 13 de mayo de 1981. En esos nuevos artículos del Código civil se puede percibir que contemplan al menor como sujeto pleno de derechos fundamentales y que la patria potestad ha dejado de ser un mero derecho de los padres (como era básicamente en la concepción tradicional) y ha asumido el rasgo de función-deber, que va más allá del aspecto patrimonial desplegándose, sobre todo, en el ámbito de la educación y formación. Ahora bien, esa función ha de ejercerse en interés del menor y nunca frente a él sino, en todo caso, frente al Estado y terceros.

Esas mutaciones han generado una desprivatización de la institución familiar que va adquiriendo un carácter público en tanto que el Estado extiende la promoción y protección de los derechos de los ciudadanos a ese ámbito.

En el capítulo IV el autor bucea en el concepto clave: el interés del menor.

La introducción de este principio consagrado en el Derecho internacional, no exime al jurista de la ardua y apasionante tarea de su concreción en tanto que concepto indeterminado. Esa determinación, explica el autor, puede lograrse por dos vías: estableciendo una cláusula general que debe ser tenida en cuenta en cualquier actuación (pública o privada) referida al menor o bien estableciendo una lista que refleje expresamente las actuaciones que se suponen realizadas en interés del menor.

El sistema de la cláusula general, seguida por nuestro ordenamiento, tiene la ventaja de ofrecer mayor flexibilidad y por ello una gran capacidad de adaptación al caso concreto. Pero, tiene la desventaja de generar una cierta inseguridad jurídica. El sistema de listas (seguido por Reino Unido, por ejemplo en la *Children Act* de 1987) tiene la ventaja de la seguridad jurídica y el perjuicio de la rigidez.

Después de hacer un recorrido por lo que el autor entiende como "la determinación *in abstracto* del interés del menor" en la doctrina comparada (Italia, Francia y Reino Unido) y en la doctrina hispana, y antes de referirse a la concreción de dicho concepto en algunos supuestos concretos, Asensio refleja a quien corresponde su determinación. En su parecer, le corresponde al menor si tiene capacidad de obrar, esto es, capacidad suficiente para el ejercicio autónomo de sus derechos fundamentales. Si el menor no tiene capacidad de obrar, le corresponderá a los garantes, pues existe la presunción *iuris tantum* de que los padres siempre actúan en interés del hijo.

En el V y último capítulo, Asensio se refiere a cuatro ámbitos en los que se han generado conflictos en los que suele haber necesidad de determinar el interés del menor: educación, libertad religiosa, derecho a la salud, y derecho al honor, a la intimidad y la propia imagen.

Como asegura el autor, el derecho de la educación es el que más trascendencia tiene en la formación de la conciencia del menor. Y ese derecho está íntimamente unido al ámbito de la patria potestad, que también afecta a la facultad de los padres de que sus hijos reciban la educación moral y religiosa que esté de acuerdo con sus convicciones.

La titularidad de este derecho, que según el artículo 27.3 CE, han de garantizar los poderes públicos, corresponde a los padres y está inevitablemente vinculado al cumplimiento de un deber.

El hecho de que ese deber no se ejerza frente al menor sino frente al Estado o

frente a terceros no impide que existan conflictos entre padres e hijos respecto a esta materia. Recalca el autor que los padres han de tener presente que no pueden imponer a los hijos un modelo educativo sin tener en cuenta sus propias inclinaciones, tanto más necesitadas de audiencia cuanto mayor sea la madurez del menor.

Para el autor, elegir una educación en interés del menor supone no obstaculizar el libre desarrollo de su personalidad. Por esa razón, aunque el menor tuviera capacidad de obrar y de ejercer por sí mismo su libertad ideológica, diluyéndose por tanto ese derecho de los padres, seguirían teniendo el deber de procurarle una formación integral.

Coincidimos con el autor cuando afirma que el interés del menor exige que la educación se imparta en el respeto y en la promoción de los valores constitucionales, aunque nos parece más cuestionable su afirmación de que ese interés implica que la educación haya de estar alejada a "cualquier idea de adoctrinamiento". Pues si por adoctrinar se entiende el legítimo derecho de los padres a transmitir a sus hijos una doctrina religiosa, bien por ellos mismos bien por educadores, contando con la autorización del propio menor, respetando la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales no merece el reproche jurídico.

Por otro lado, los padres pueden exigir al Estado que satisfaga el derecho a la educación de sus hijos y, al mismo tiempo, que en ese proceso no reciban una formación moral o religiosa contraria a sus convicciones. No obstante, en el proceso educativo se han generado no pocos conflictos.

Parte de ellos se refieren a la denominada por el autor "objección de conciencia de los padres", tanto al sistema escolar como a alguna asignatura concreta. Otros tienen que ver con las diferencias entre los progenitores acerca de la educación religiosa de los hijos, sobre todo, en casos de crisis matrimoniales.

La denominada objeción de conciencia de los padres se puede referir a todo el sistema escolar o a alguna asignatura. La objeción a todo el sistema, se refiere a aquellos supuestos de educación alternativa durante el periodo de escolarización obligatoria. Esta vertiente educativa, arraigada en Estados Unidos (*Home schooling*) y apoyada por su jurisprudencia, corre el peligro de que la Administración no pueda controlar si vulnera el derecho de los niños a recibir una educación adecuada, o su derecho a la libre formación de la conciencia imponiéndole un adoctrinamiento al margen de su voluntad. Subraya además el autor, los riesgos que la educación alternativa de eludir la faceta de integración social que ha de conllevar todo proceso educativo.

El autor se refiere a algunos problemas judiciales que se plantearon tanto en Estados Unidos (los *amish*) en Holanda en Alemania y en España (los movimiento religioso denominado "Niños de Dios")

Asensio distingue entre la falta de escolarización (en ese caso los padres incurrirían en el delito tipificado en el artículo 226.1 del Código Penal) del derecho a educar al hijo al margen del sistema educativo aunque por otras vías homologadas y por razones ideológicas, que puede ser una manifestación del 27.3.

Tras señalar cómo un sector considera la legalidad de esta posibilidad en tanto que la educación alternativa garantizase unos contenidos análogos a la enseñanza oficial y sea acorde con los principios constitucionales, el autor entiende que en esos supuestos el interés del menor debería exigir dos cosas:

- oferta de un nivel educativo similar. La dificultad estribaría en el control de esa exigencia, máxime cuando esa educación se imparte en el seno íntimo del hogar. No obstante, cabría un control de conocimientos
- excluir el adoctrinamiento, entendiéndolo como la eliminación de toda posibilidad del menor de formar libremente su conciencia.

En todo caso, aún cumpliéndose estos requisitos, uno de los peligros de ese tipo de enseñanza es su escasa aptitud para lograr la integración de esos niños lo que incidiría en el no deseado proceso de formación de guetos.

El segundo tipo de objeciones que pueden plantear los padres se referirían a una asignatura concreta: religión, gimnasia o educación sexual en lo concerniente no tanto a los aspectos biológicos sino a la moral o a las costumbres. El autor analiza esta cuestión en el Derecho comparado (Dinamarca y Suecia).

Esta objeción paterna no se podría plantear respecto a la clase de religión porque es voluntaria para los alumnos, pero la objeción a otras asignaturas podría enmarcarse en el artículo 27.3 CE pues el derecho de los padres a educar a sus hijos en según sus creencias no se agota en la posibilidad de elegir el centro sino que requiere un respeto a sus convicciones ideológicas. En todo caso, en relación a la educación sexual indica que la objeción sólo se podría dar respecto a la moral sexual no respecto a los aspectos biológicos y científicos.

Por lo que se refiere a los posibles conflictos entre los padres a la hora de decidir las convicciones en las cuales desean educar a sus hijos (normalmente en aquellos supuestos de separación o divorcio), cuando compete al juez tomar la decisión habrá de sopesar todos aquellos aspectos que redundan en interés del menor, como su estabilidad, en cuya virtud sólo se deberían aceptar las proposiciones de cambios de colegios cuando estén fundadas en razones y no caprichosos.

Termina el autor el apartado referido a la educación refiriéndose a la determinación del interés del menor tanto en los centros públicos, basados en la neutralidad ideológica, como en los privados, que tiene derecho a blandir un ideario. En este sentido, el autor considera que el adoctrinamiento que se ejerce en un centro privado es compatible con el interés del menor siempre que no fuese “excluyente, dogmático, coactiva y manipuladora”, esto es, siempre que no ahogue la posibilidad de que el menor pueda desarrollar su personalidad.

Asensio dedica un apartado a la determinación del interés del menor en el ámbito de la libertad religiosa. Como recuerda el autor, aunque la intimidad familiar esté reconocida en el art 18 CE no es un espacio absolutamente infranqueable para el Derecho, cuya misión es proteger los derechos individuales de los miembros de todo grupo, obviamente también la familia. En ese sentido, cabrían intromisiones estatales en el espacio familiar justificadas por el interés del menor.

Tras puntualizar esa premisa, el autor se moverá en ese vidrioso espacio que existe entre el derecho de los padres a inculcar a sus hijos unas convicciones y el derecho del menor a mantenerse al margen cuando no tiene la capacidad natural de obrar.

El conflicto entre la literalidad del artículo 2.1. c) de LOLR (derecho a “elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”) y la suficiencia de la capacidad natural para que el menor pueda optar a la hora de recibir unas creencias religiosas, no es tal porque este último derecho puede compatibilizarse con la letra del artículo anterior. Pero, como indica el autor, al no establecer en dicho artículo una edad mínima para el ejercicio de ese derecho se crea una cierta inseguridad jurídica porque habría que sopesar en cada caso si el menor goza de esa capacidad natural de obrar.

El autor, que considera que esa edad mínima podría ser 12 años, (la edad a partir de la cual, según el Código Civil, el juez da audiencia al menor respecto de los asuntos que le conciernen), asegura que la capacidad natural de obrar legítima al menor para ejercer esa manifestación del derecho fundamental de libertad religiosa (de la que es

plenamente titular), y la actuación de los padres se limitaría en todo caso a sugerir pero no a decidir, esto es, a aconsejar pero sin suplir su voluntad. Máxime desde la convicción, de que cuando los menores con capacidad adoptan esa decisión están desarrollando libremente su conciencia.

Ahora bien, si los hijos carecen de esa capacidad natural de obrar (ya porque estén por debajo del umbral establecido legalmente o ya porque sea patente, al tomar los padres una decisión sobre su educación religiosa están ejerciendo su derecho a la libertad religiosa, pero en ningún caso están actuando en representación de sus hijos (que está prohibido por el 162 CC).

Los conflictos que se plantean en este ámbito pueden aparecer cuando los hijos menores sin capacidad natural de obrar se oponen a las creencias en las que les quieren educar sus padres o cuando existe una diferencia de pareceres entre los progenitores, sobre todo en casos de separaciones o divorcios. En este contexto resulta significativa la sentencia del Tribunal constitucional STC 141/2000 que ofrece las coordenadas en las que deberían enmarcarse estos conflictos:

-Los menores son titulares de los derechos fundamentales (incluido obviamente el derecho fundamental a la libertad religiosa). Esos derechos no pueden ser ejercitados por los padres a través de la representación. Las decisiones que adopten respecto a aquellos será una manifestación del ejercicio de la patria potestad. Pero, si ese ejercicio incide en derechos fundamentales del menor, habrá de modularse teniendo en cuenta la madurez del niño y los distintos estadios en la que la legislación gradúa su capacidad de obrar. En este sentido, los jueces han de velar para que el ejercicio de estos derechos por parte de los padres o guardadores se ejerciten siempre en interés del menor.

-El límite al derecho de los padres a hacer proselitismo de sus creencias con sus hijos (una de las manifestaciones de la libertad religiosa) sería la integridad moral del menor (manifestado en su derecho a no compartir las creencias de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo) y su propia libertad religiosa (manifestada en el derecho a tener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando éstas últimas pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal). En todo caso, el proselitismo de los padres hacia los hijos debe de realizarse siempre en interés del menor.

En nuestra opinión, a la hora de argumentar porqué una práctica proselitista es o no en interés del menor, el juez, en tanto que agente de un Estado aconfesional que tienen en cuenta las creencias religiosas de la sociedad y coopera con las diversas confesiones, no debería perder de vista que no puede tener un prejuicio negativo respecto a religiones menos arraigadas por su menor parecido con las religiones tradicionales. Lo que sí ha de tener en cuenta es si dichas creencias contienen preceptos o propugnen actitudes que sean claramente denigratorias de la dignidad de la persona o vulneren el debido respeto a los derechos fundamentales. Asimismo, en esa búsqueda del interés del menor, el juez ha de tener en cuenta si un determinado cambio de creencias o planteamiento ideológico pudiera tener efectos traumáticos para el menor. Lo que en ningún caso debe valorar es la "calidad" de esa religión o su hipotética veracidad, sino limitarse a analizar si dichas creencias se ajustan a los parámetros que exigen la Constitución y las leyes.

Un panorama parecido es el que ofrecen aquellos casos de conflicto entre los progenitores a la hora de decidir el tipo de educación moral o religiosa que quieran inculcar a los hijos. Conflictos pueden darse en la propia convivencia matrimonial o en casos de crisis.

En la propia convivencia matrimonial no es infrecuente que existan pactos conyugales en la materia. En caso de que no lleguen a un acuerdo puede intervenir el juez, siempre en interés del menor, no pudiendo fundamentar su decisión en motivos estrictamente religioso. Deberá sopesar los aspectos referidos al menor evitando discriminar a la religión que no posea un reconocimiento social (salvo que esa confesión haya sido declarada ilegal por sentencia firme).

En los supuestos de crisis conyugal, la jurisprudencia ha recordado que el hecho de que un progenitor no tenga atribuida la custodia de los hijos no puede ser interpretado con carácter sancionador. El cónyuge a quien no se le atribuye la custodia normalmente es titular de la patria potestad y por tanto puede participar en la decisión sobre la educación religiosa del menor.

Asensio también aborda los conflictos que se pueden producir entre el ejercicio de la patria potestad y la libertad de conciencia del menor cuando esté en juego la salud de éste último.

Comienza afirmando que aunque en último término el interés del menor parece identificarse con el derecho a su salud y a la vida la cuestión se oscurece en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina.

Habida cuenta que una de las manifestaciones del derecho a la salud es el consentimiento informado como manifestación de la autonomía del paciente frente al antiguo paternalismo médico, el autor subraya que los problemas aparecen a la hora de decidir la capacidad necesaria para prestarlo.

La ley 41/2002 reguladora de la autonomía y derecho del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica se refiere al consentimiento informado como “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud” (art. 3).

Además de referirse al deber del médico de prestar esa información (art. 4), la ley también hace referencia a los requisitos de capacidad para recibir la información necesaria para poder prestar ese consentimiento. A juicio del autor dicha referencia adolece de imprecisión, porque, por un lado, requiere que el paciente goce de la adecuada actitud física y psíquica para poder entender la información suministrada por el facultativo, y por otro se exige que sea informado también en caso de incapacidad, si bien, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión.

En nuestra opinión, este precepto referido a la obligación del facultativo de informar aun en los supuestos de incapacidad no sobra porque redundante en la seguridad jurídica. En los casos de que el menor haya cumplido doce años, la decisión la tomará su representante legal una vez haya escuchado su opinión. Pero si se trata de un menor emancipado o mayor de 16 años, que no esté incurso en incapacidad, los padres no podrán prestar el consentimiento por representación. “Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de decisión correspondiente” (art. 9.3.c).

El autor critica con razón que la ley se refiera a la representación de un derecho personalísimo, pues dicha representación, está prohibida expresamente por el artículo 162.1 del Código civil.

Subraya el autor que el Tribunal Supremo se ha mostrado reacio a reconocer al menor la capacidad de tomar la decisión en aquellos casos en los que pueda acarrearle consecuencias irreversibles para su vida.

Indica también que el Tribunal Constitucional, en la STC 154/2002 (un niño de 13 años testigo de Jehová que se negó a una transfusión lo que, en última instancia, le provocó la muerte), aún reconociendo que el menor había ejercitado su derecho a la

integridad física, cuestiona la validez de esa decisión en la medida que le conduciría a su muerte.

Según Asensio, al decidir la Alta magistratura que no había pruebas que constataran que ese niño de 13 años tuviese madurez de juicio para rechazar la transfusión, estaba reconociendo *a sensu contrario* el criterio de la suficiencia de la capacidad natural para adoptar ese tipo de decisiones.

En todo caso, parece claro que si el menor no tiene la debida madurez para prestar el consentimiento informado los padres tendrían que tomar esa decisión pero no en representación del menor sino en ejercicio de la patria potestad.

El problema se plantea cuando el menor con suficiente madurez toma una decisión que le puede acarrear la muerte. Existen objeciones para aceptar que en esos casos el interés del menor exige la aplicación de un tratamiento en contra de su voluntad. En todo caso, nos parece un poco artificial la solución que plantea al autor: respetar la decisión del menor (de rechazar la transfusión) y optar por el derecho a la vida si el menor "ha sido objeto de adoctrinamiento en ideas lesivas para su salud (...) por entenderse que su decisión no es libre y consciente al no ser fruto del ejercicio autónomo de un derecho por no haberse formado su conciencia en libertad" (pag. 129).

Dada la trascendencia de esas decisiones y existiendo una jerarquía, sino jurídica si al menos material, en los derechos fundamentales (si no hay vida no existen los demás derechos) entendemos que en casos de personas que según la ley no hayan alcanzado esa edad en la que se presume la capacidad natural para decidir (presunción *iuris tantum*) ha de prevalecer el derecho a la vida, aunque sólo fuese por la extrema dificultad de probar cuándo si el menor ha recibido o no una auténtica educación en libertad.

El autor también aborda los casos de esterilización que básicamente están regulados por este principio: aunque el Código Penal prohíbe a los menores e incapaces prestar el consentimiento válido para ser esterilizado, cabe que los padres soliciten la esterilización del hijo menor incapacitado teniendo en cuenta su interés (156.2 CP).

Respecto al aborto legal, el artículo 144 del Código Penal exige el consentimiento de la mujer, aunque no se establece la edad a partir de la que pueda prestar ese consentimiento. El autor apoya al sector doctrinal que defiende que más que establecer una edad legal habría que atender al efectivo grado de madurez de la mujer para comprender lo que es el aborto. Aunque en ese caso correspondería al médico apreciar la capacidad natural en la menor.

Los padres podrán adoptar esa decisión si la menor es incapaz, siempre que fuese en su interés y que la menor no hubiese expresado su deseo de continuar con la gestación.

Después de referirse al trasplante de órganos, el autor se encara con el último ámbito de conflicto referido al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen.

Asensio analiza las dos normas que se refieren a la capacidad del menor en esta materia: la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y la propia imagen y la Ley Orgánica de Protección Jurisdiccional del Menor. El objetivo del análisis de esas dos normas jurídicas es investigar en qué supuestos resulta válido el consentimiento prestado por menores respecto a cesiones relativas a su intimidad o su imagen (ya que en ningún caso cabe aceptar intromisiones en el campo del honor) y en qué casos, por el contrario, se produce una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales.

La ley 1/1982 establece de forma genérica que no se produce intromisión ilegítima cuando estuviera expresamente autorizada por la ley o por el titular del derecho. Y respecto al consentimiento prestado por menores o incapaces exige que cuente con las

condiciones de madurez que exige la legislación civil.

Un sector doctrinal criticó que la ley no exigiera en este caso el permiso paterno. Otros, han abogado por el establecimiento de una edad mínima. Pero, el hecho es que la mera autodeterminación del menor con capacidad natural es bastante limitada porque se trata de contratos de cesión de imagen y según el Código civil el menor no emancipado no puede contratar.

La propia LO 1/1982 establece que en los casos en los que el menor no tenga esa madurez, el representante legal ha de otorgar ese consentimiento por escrito si bien habría de ser elevado al conocimiento del ministerio fiscal; y si en el plazo de ocho días éste se opusiera, resolvería el juez.

La Ley del Menor en su artículo 4 considera intromisión ilegítima en el honor, propia imagen o intimidad cuando la utilización de su imagen o su nombre en medios de comunicación pueda implicar menoscabo de su honra o reputación o ser contraria a sus intereses “incluso si consta el consentimiento del menor o sus representantes legales”.

Un sector doctrinal ha criticado que dicho artículo sólo se refiera a los medios de comunicación ignorando otros campos análogos como la publicidad donde también se pueden producir intromisiones ilegítimas en el honor, la intimidad o la imagen del menor.

Una vez analizadas las posibles fricciones exegéticas entre esas dos normas, el autor esboza una serie de conclusiones como ideas jurídicas a tener presente:

Desde la premisa de que la imagen y la intimidad pueden cederse comercialmente pero no el honor, es fácil deducir que tampoco el honor del menor puede ser objeto de intromisión, porque en ningún caso puede considerarse que esa cesión se hace en su interés.

Las únicas cesiones dispuestas por el menor respecto a su intimidad y propia imagen, son las que redunden en su interés. Y se reputan en su interés las que, respetando su dignidad como ser humano, persigan el desarrollo de su personalidad (por ejemplo, cuando la cesión de una imagen tenga como finalidad el desarrollo de su vocación y talento musical o cuando la intromisión en la intimidad resulte justificada por ser necesaria para informar sobre un hecho de interés general).

La cesión de ámbito de la intimidad o imagen del menor por motivos económicos no serán reputados por sí solo como en interés del menor.

En suma, estamos en condiciones de afirmar que se trata de un trabajo de investigación en el que se ha hecho un loable esfuerzo por analizar aquellos supuestos en los que se producen conflictos entre la patria potestad y la libertad de conciencia del menor, y ello desde una óptica que de forma clara sugiere mayor prevalencia a la libre formación de la conciencia (máxime cuando existe capacidad natural de obrar) que al derecho/deber de los padres a ejercer la patria potestad.

Siendo aspectos tan relevantes es normal y saludable la repetición de ideas fuerza, aunque en algún momento, sino excesiva, esa reiteración pudiera haberse espaciado algo más, logrando así la narración una cadencia más holgada.

Por otro lado, es tal el número de ámbitos que abarca, y de tanto interés para el estudioso del Derecho, que no nos extraña que el lector hubiera deseado una mayor profundización en alguno de ellos.

En todo caso, estas pequeñas observaciones no pretenden sino realzar la excelencia jurídica de este ambicioso y tremendamente oportuno trabajo de investigación.