

## **RECENSIONES**



**ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., La patria potestad y la libertad de conciencia del menor, ed. Tecnos, Madrid, 2006. Prólogo de Dionisio Llamazares Fernández.**

**Paulino César Pardo Prieto**

Titular de Escuela Universitaria  
Universidad de León .

La última monografía de un buen jurista y buen conocedor del Derecho de familia.

Los calificativos los tomamos del elogioso prólogo del Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado Dionisio Llamazares Fernández quien, desde su magisterio, enmarca en el debate doctrinal, la legislación y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional las cuestiones centrales que aborda y resuelve el Prof. ASENSIO. Cuestiones que vienen determinadas por una duda que, en términos dialécticos, podríamos enunciar del siguiente modo: ¿Hasta donde llega el derecho de los padres a incidir en la formación religiosa y moral de sus hijos? O, mejor aún, ¿cómo cabe conciliar el derecho del niño a la libre formación de su conciencia (artículos 10.1 y 16. 1 y 2 de la Constitución española –en adelante, CE) con el derecho de los padres a decidir una formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones? El profesor ASENSIO no sólo da cumplida respuesta en el plano teórico a esa pregunta sino que desciende al plano de lo real para observar las consecuencias a que esa respuesta conduce, ofreciendo al operador jurídico vías para la resolución coherente de problemas de indudable trascendencia actual, como señalaré enseguida.

Desde el inicio de la obra, el autor nos muestra que la contestación a cada caso específico debe venir después de aclarar, de un lado, cuál es la relación entre el derecho fundamental del menor y “capacidad natural de obrar”, y, de otro, cuál es la relación entre patria potestad e “interés del menor”. El primer binomio encierra la trascendental problemática de la titularidad y el ejercicio de los derechos; definir el punto exacto en que debe resolverse la tensión entre los términos contenidos en el segundo, guarda estrecha conexión con el carácter de representación o cumplimiento de deberes que se asigne a las facultades inherentes a la patria potestad. En cuanto al primero, el autor hace ver que los problemas se plantean -en el plano teórico- siempre en el terreno del ejercicio; en cuanto al segundo, la conjunción en la patria potestad de aspectos privados y públicos (incluido el denominado “Derecho constitucional de familia” delineado por los artículos 1, 9.2, 10.1, 18, 32 y 39 CE), le lleva a optar por observar ésta desde la perspectiva del cumplimiento de deberes.

Es éste un planteamiento actual, adecuado a la visión del menor como sujeto de derechos, un planteamiento imposible en momentos históricos anteriores pues, como describirá más adelante -ocupándose únicamente de aquello que verdaderamente concierne al estudio-, hasta el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial la posición sociojurídica del menor fue más bien la de un sujeto sin capacidad para ultimar actos válidos en Derecho, la de quien en gran medida carece de personalidad distinta de la de sus progenitores. En nuestro caso, sólo la promulgación de la Constitución de 1978 opera tan tremenda transformación y, más precisamente, ésta quedará afianzada por la reforma del Código civil en 1981 y la entrada en vigor de la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, cuyo artículo 6.1 reconoce expresamente su derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión. Ese conjunto normativo dotará al menor de una protección dual, que será condición y garantía para su libre desarrollo y consistirá, por una parte, en el ejercicio autónomo de derechos fundamentales -cuando aparezca justificada la

existencia de la imprescindible capacidad natural de obrar-, y, por otra, en medidas de heteroprotección públicas, radicadas en las funciones asignadas a los poderes públicos por los artículos 9.2 y 39.2 CE, y medidas de heteroprotección privadas, cuyo origen se halla en el artículo 39, apartados 3 y 4, CE y en el entendimiento de la patria potestad como función en interés del menor cuyo ejercicio es objeto de control por los poderes públicos.

En razón de su significación constitucional –subrayada por la destacada posición otorgada a los tratados internacionales sobre derechos humanos-, el interés del menor es el principio básico. Orienta la acción pública y modula el contenido de la patria potestad y las demás instituciones de guarda y protección. Un eficaz recorrido por la doctrina española y comparada (italiana, francesa y anglosajona), la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional lleva a concluir con éste que ha de ser el interés del menor “*el criterio básico y preferente en los procedimientos en materia de familia*”.

A la aproximación *in abstracto* a los argumentos –a la que dedica el autor la mitad de la obra- seguirá, en adelante, otra apegada a la determinación en cada caso concreto del interés del menor y a la interrelación de éste con los derechos fundamentales que forman parte del de libertad de conciencia y los otros elementos que fueron puestos en juego desde el inicio del estudio. Se trata ahora de trasladar las respuestas teóricas a los supuestos particulares pero, sobre todo –y aquí una de las principales virtudes del trabajo del Profesor ASENSIO-, de orientar a los operadores jurídicos en la tarea de dilucidar en situaciones de conflicto cuándo ha de ser considerado que la actuación en relación al menor tiene lugar en interés de éste.

Un primer capítulo de situaciones conflictivas es detectado en el derecho a la educación, pesa en ello el hecho cierto de que este ámbito es el de mayor influencia en la formación de la identidad del menor. La configuración constitucional de este derecho y de la libertad de enseñanza, la centralidad que en el sistema educativo ocupa el libre desarrollo de la personalidad del

educando, el reconocimiento en el artículo 27.3 CE del derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, las implicaciones que de esas previsiones y del artículo 39 CE resultan para los deberes educacionales característicos de la patria potestad, constituyen el substrato sobre el que habrán de articularse las ocasionalmente entre sí diversas posiciones de los padres, de los padres frente a los hijos y de los padres ante el Estado.

Los conflictos entre los padres están focalizados en contextos de crisis del matrimonio y en razón del ejercicio de la patria potestad: ¿a quién corresponde, de no existir acuerdo al efecto, decidir el modelo educativo al que debe incorporarse el hijo? La respuesta la encuentra ASENSIO en el análisis del artículo 156 C.c. desde la perspectiva obtenida en la parte general y, por tanto, en el modelo que examinado el pormenor de sus circunstancias se presente al juez más adecuado para propiciar el desarrollo de la personalidad del menor. Poco habitual en nuestro país es la divergencia entre el derecho de los padres del artículo 27.3 CE y el de los hijos a la libre formación de su conciencia, en parte, porque en el sistema educativo español, sostiene el autor, el interés del menor viene a coincidir con el respeto a la libre formación de sus conciencia mediante una educación que promueva los valores constitucionales y esté alejada de cualquier idea de adoctrinamiento, lo que en nuestro ordenamiento, en principio, queda garantizado dentro del sistema educativo oficial. Sí alcanza cierta notoriedad, en cambio, la contraposición entre el derecho de los padres y el Derecho del Estado; manifestada, ocasionalmente, a través de la decisión paterna de educar a los hijos completamente al margen de la enseñanza formal –la denominada “objeción de conciencia al sistema escolar”– o de la renuncia a cursar dentro de esa enseñanza ciertas asignaturas. En cuanto a lo primero, razona el autor la imposibilidad de aceptar en nuestro ordenamiento *“una enseñanza que podríamos calificar de getizada, incompatible con la socialización y los valores de*

*convivencia y solidaridad que debe fomentar el sistema educativo*"; en cuanto a lo segundo, desmenuzará varios supuestos significativos, entre ellos, el de la denominada "educación sexual". Dado que el análisis toma siempre como *leit motiv* el dato real proporcionado en sede judicial, nos vemos privados de una argumentación dirigida expresamente al llamamiento a la desobediencia promovido por algunos obispos contra la asignatura "educación para la ciudadanía" -tan de actualidad en los días que escribimos estas líneas-, ahora bien, precisamente que aquel sea el punto de partida, y que ponga al alcance de nuestra mano con brillantez la opinión de la doctrina atendible, me permite avanzar frente a ese reclamo una razón tomada de la obra: no puede confundirse el obstáculo que surge en la conciencia individual con la pretensión finalista de subvertir el sistema educativo.

Otras situaciones conflictivas van sucediéndose en el pormenorizado estudio, comenzando, en el plano del derecho a la libertad religiosa, por la controversia entre las creencias pretendidas por uno o ambos progenitores y aquellas sobre las que se sostiene la conciencia del hijo (cambio de religión del padre o del menor, seguimiento o no de la asignatura de religión, etc.), continuando con un exhaustivo examen del derecho a la salud en relación al ejercicio del consentimiento informado, las transfusiones de sangre, la esterilización, el aborto o la extracción y trasplante de órganos, y terminar con otro, no menos profundo que los anteriores, del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. En cada uno de ellos, la atención metódica a la relación circular que debe mediar entre legislación, jurisprudencia y doctrina, aportará la necesaria luz para identificar el interés del menor y el lugar que corresponde otorgar a su libertad de conciencia.

