



Universidad
de Alcalá

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

*EL CONSENTIMIENTO DE LOS
MENORES EN EL ÁMBITO
SANITARIO.*

Autora: Dña. Pamela Nory ROCA NEYRA

Tutor: D. Miguel Ángel RAMIRO AVILÉS

Alcalá de Henares, a 26 de septiembre de 2018.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objeto exponer un caso real, el cual ha sido seleccionado por la temática que tiene implícita. Este caso fue resuelto por uno de los grupos que formó parte de la Clínica Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá.

Las especialidades jurídicas abordadas para la elaboración de la resolución de la presente controversia provienen tanto de fuentes normativas de carácter internacional, como nacional y versan sobre distintos órdenes jurisdiccionales, aunque principalmente la civil al tratar sobre el polémico tema de la capacidad de los menores de edad, abriéndose así el debate acerca de ¿A qué edad debe ser considerado un menor como *autosuficiente* para poder tomar las decisiones más esenciales de su vida? ¿Depende simplemente de la edad? o, por el contrario, ¿Se debe tener en cuenta otros factores, como por ejemplo el entorno social?

De este modo también, se analiza el papel fundamental de los padres o tutores legales que tienen bajo su responsabilidad el bienestar del menor tutelado, pero hasta qué punto y los límites de sus derechos y obligaciones, son uno de los temas que trataremos en adelante. Cabe señalar que el tema de este trabajo se centra en el ámbito sanitario, ya que la consulta la realiza un médico de cabecera, quien tiene dudas acerca de la capacidad de la menor paciente, puesto que debe tomar una decisión, la cual deja al margen la acción de los padres progenitores y que, por lo tanto, convierte a la menor en titular de sus propios derechos y obligaciones en el ámbito sanitario.

Para responder a la cuestión planteada, se ha requerido además la aplicación de las normas referidas a la protección de datos, así como de lo establecido en nuestra normativa penal y constitucional.

ABSTRACT

The following project aims to expose a real case, which has been selected by the subject that has implicit. This case was resolved by one of the groups that formed part of the Legal Clinic of the Faculty of Law of the University of Alcalá.

The legal specialties addressed to prepare the resolution of this controversy come from both international and national normative sources and deal with different jurisdictional orders, although mainly the civil one because the controversial subject of the capacity of the minors is seen, thus opening the debate about: At what age should a child be considered as self-sufficient to be able to make the most essential decisions of his life? Does it simply depend on age? or, on the contrary, should other factors be taken into account, such as, for example, the social environment?

In this way also, the fundamental role of parents or legal guardians who have under their responsibility the well-being of the child under guardianship is analyzed, but to what extent and the limits of their rights and obligations, are one of the topics we will deal with in this project. It should be noted that the subject of this work focuses on the health sector, since the consultation is carried out by a general practitioner, who has doubts about the capacity of the minor patient, since he must make a decision, which leaves the margin the action of the parents and, therefore, makes the minor the holder of their own rights and obligations in the health field.

In order to answer the question raised, the application of the norms related to data protection law has also been required, as well as what is established in our criminal and constitutional law.

PALABRAS CLAVE

Virus de la Inmunodeficiencia Humana

Discapacidad

Capacidad

Patria potestad

Derecho a la intimidad

Derecho a la información

KEY WORDS

Human immunodeficiency virus

Disability

Ability

Custody

Right to privacy

Right to information

ÍNDICE

Introducción	7
--------------	---

Capítulo I: LAS CLÍNICAS JURÍDICAS

I) La historia de las Clínicas Jurídicas	9
II) La Clínica Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá (CLFD)	11
III) Método de trabajo	14

Capítulo II: CONSULTA RESUELTA EN LA CLÍNICA LEGAL DE LA FACULTAD DE DERECHO

I) Consulta de CESIDA	16
II) Especial tratamiento de los datos de salud	31
III) Consentimiento del menor en el ámbito sanitario	35
IV) Responsabilidad de la menor y de los padres en caso de transmisión del VIH	48

Capítulo III: CONCLUSIONES

Primera	50
Segunda	50
Tercera	51
Cuarta	51
Quinta	51
Sexta	51

Séptima	52
---------	----

FUENTES NORMATIVAS, DOCTRINALES, INFORMES Y PÁGINAS WEB

Leyes internacionales y europeas	53
Leyes nacionales	53
Normativa autonómica	54
Jurisprudencia	54
Artículos de doctrina	55
Informes realizados por organismos oficiales	57
Otros instrumentos normativos	57
Páginas web	57

INTRODUCCIÓN

La pretensión de este trabajo es dar una visión general acerca del consentimiento del menor en el ámbito sanitario. En su estudio se podrán conocer los matices existentes en la normativa española, ya que, por ejemplo, no resultan las mismas consecuencias jurídicas para un menor de 11 años, que para uno de 12 o 16 años, pues estas cifras resultarán relevantes al momento de aplicar la posición jurídica frente a la norma.

Otro de los puntos más controvertidos del estudio, es el de diferenciar el derecho del menor a ser oído y escuchado, con el de recibir la información relativa a su salud, y la capacidad de consentir. El derecho a ser oído y escuchado emana de lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño¹, el cual ha sido precedente para la elaboración de la normativa española, si bien alguna es tendente a fomentar la participación del menor en los aspectos que le conciernen a este, no parece que exista una unificación en los criterios de edad, por lo cual, siempre quedará un criterio subjetivo, para valorar si finalmente un menor de edad tiene capacidad o no para adoptar medidas y decisiones en el ámbito sanitario. Junto a la capacidad de consentir, y condicionada a esta se verá que existen ciertos criterios, aplicables en todo momento, que determinarán si la decisión del *menor capaz* será la última, o si por el contrario se estimará lo que puedan decidir los padres o tutores legales. Todo ello bajo la perspectiva del interés superior del menor, el cual regirá en toda actuación y decisión que se tome y que afecte a éste.

Debemos tener en cuenta que el ámbito sanitario, concurren distintos bienes de primordial importancia en nuestro orden jurídico, como son la dignidad, la vida, la integridad física y moral.

En consecuencia, se verá la colisión de los derechos y obligaciones de los padres, con los derechos y bienes jurídicos de los menores, y, por lo tanto, qué papel juegan estos en las decisiones que se tomen en nombre de ellos, a través de la institución del consentimiento por representación.

¹ Artículo 12: << 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.>>

Todo esto se realiza a través del análisis de la respuesta brindada a una consulta realizada por un médico de cabecera, acerca de si podía o no, comunicar el estado serológico positivo a una paciente de 14 años, aun cuando los padres se negaban a ello, en tal caso, se ha intentado buscar una respuesta a través de lo que dicen las normas sobre la capacidad del menor para poder ejercer por sí mismo los derechos de los cuales son titulares, en nuestro caso, los derechos de los pacientes.

CAPÍTULO I

LAS CLÍNICAS JURÍDICAS

I. La historia de las Clínicas Jurídicas

El origen de las Clínicas Jurídicas en las facultades de Derecho tuvo lugar en los Estados Unidos, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, y se iniciaron como programas individuales, en los que participaban estudiantes como voluntarios. Poco a poco este servicio fue implantado en algunas universidades del mencionado país, en algunas el servicio era independiente de las Facultades de Derecho, como en las universidades de Harvard, George Washington, Yale Wisconsin, que empezaron a aplicar este programa a inicios del siglo XX.²

El método de enseñanza de aquella época era el que defendía Christopher Columbus Langdell, el denominado “*método de casos*”, pues este autor señalaba que el estudio realizado a través de la visión del trabajo diario del abogado, así como de los jueces y jurados no era el más óptimo para el aprendizaje de Derecho, ya que consideraba que esta era una ciencia y que para su desarrollo solo era precisa la información que se encontraba en los libros. Dicho método empezó a tener críticas de ciertos autores, y uno de ellos fue Jerome Frank, quien a través de su publicación “*Why Not a Clinical Lawyer-School?*”, propuso el método alternativo consistente en el aprendizaje a través de la resolución de casos reales, aplicando de dicha manera el método de las escuelas de medicina, en cuanto al servicio gratuito y el aprovechamiento de este para desarrollar el método de práctica. Este autor, discrepaba acerca de lo indicado por Langdell, en relación a la fuente de aprendizaje de los libros y las opiniones de los jueces.³

De tal modo, el método propuesto por Jerome Frank, fue reemplazando al llamado “*método de casos*” de Langdell, y en la década de los 60 y 70, empezó a extenderse, sirviendo de apoyo la Fundación Ford, mediante la creación del programa *Council on Legal Education for Professional Responsibility* (CLEPR), ya que empezó a

²Witker, Jorge. *La enseñanza clínica como recurso de aprendizaje jurídico**. Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho Año 5, número 10, 2007, (pp. 181-207).

³ *Ídem*

financiar las clínicas jurídicas en varias universidades, impulsando de tal forma el crecimiento de este método.

La definición de la Clínica Legal puede llegar a ser muy amplia, pero principalmente tiene 6 aspectos, que como bien lo define Richard J. Wilson⁴ son los siguientes: 1) Se crea a través de las Facultades de Derecho, formando parte de una institución universitaria, por lo cual, se encuentra íntimamente unido al programa académico de esta. 2) En segundo lugar, los estudiantes de los últimos años de la carrera universitaria de Derecho pueden desarrollar su experiencia brindando asistencia legal en casos reales. 3) Para que esta tarea se lleve a cabo correctamente, los estudiantes son supervisados por una persona cualificada, ya sea un jurista ejerciente en la profesión, o un profesor universitario, quienes comparten su experiencia con el alumnado. 4) Los usuarios de la Clínica Legal, son generalmente personas que no pueden hacer frente a los cargos económicos que supone la asistencia legal, y normalmente se trata de personas que se encuentran en una situación vulnerable de desventajas. 5) En quinto lugar, las consultas realizadas por el alumnado, va acompañado de cierta formación en varios aspectos, lo que puede ser conocido como la “Teoría de la práctica del Derecho”, esto quiere decir, la formación en ética, en los valores de la profesión legal, habilidades y doctrina, y esta formación podrá ser brindada por el profesor que tutoriza el caso real. 6) Por último, el autor señala que, los estudiantes reciben créditos académicos

Como bien hemos mencionado, la Fundación Ford ha sido relevante para llevar a cabo la implantación de este método de trabajo, en concreto, desde la década de los 50 tuvo importancia, aunque no fue hasta los años 60 cuando tuvo mayor envergadura, dado que por esta época empezó a generalizarse el cuestionamiento del papel que tiene el Derecho, y, por lo tanto, cómo debería enseñarse.

Con el apoyo de esta fundación, así como de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (*United States Agency for International Development*), y otras agencias financieras de los Estados Unidos, pudo expandirse el método de Clínica Legal hacia América Latina, todo ello desde una perspectiva reformista, ya que se

⁴ Wilson, Richard J. *Training for Justice: The Global Reach of Clinical Legal Education*. Penn State International Law Review Vol. 22:3, pp. 422-423.

pretendía reformar la enseñanza del Derecho, aunque sin lograr cumplir las expectativas. No obstante, se implantó en algunos países como Perú, en la Pontificia Universidad Católica de Perú, que a partir de estos años ha implantado este método de enseñanza, diferenciándose así de otros países latinoamericanos.⁵

II. La Clínica Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá (CLFD)

La Clínica Legal en la Universidad de Alcalá se integra en la Cátedra de Discapacidad, Enfermedad Crónica y Accesibilidad a los Derechos (CL-DECADE), y empieza su andadura en el curso académico 2012-2013, con la aprobación de un Proyecto de Innovación Docente, con el que se pretendía mejorar el nivel de aprendizaje en Derecho mediante la aplicación de un método de *aprendizaje-servicio*.

Los alumnos que participan en la CLFD, son estudiantes del Grado en Derecho, o del doble Grado en Derecho y Administración de Empresas, así como del Máster de Acceso a la Abogacía, y tienen la oportunidad de poder realizar prácticas, aunque con carácter extracurricular, además del Trabajo Fin de Grado (TFG) y Trabajo Fin de Máster (TFM).

Las consultas se reciben a través de Asociaciones u ONGs colaboradoras, siendo estas las que mantienen el contacto directo con el usuario/a, ya que el trabajo de la Clínica no es de contacto directo, por el contrario, se mantiene el contacto a través de vía telemática, y, además, son los responsables los que se encargan de hacer llegar las cuestiones que se plantean los estudiantes para poder elaborar la respuesta.

La función que lleva a cabo tiene una doble dimensión, pues si bien por una parte tiene una finalidad formativa para los estudiantes juristas, por otra, se encarga de realizar una función social, ya que se resuelven consultas planteadas por personas que tienen alguna enfermedad crónica o discapacidad, brindándoles una información jurídica importante para que aquellas puedan tomar las medidas que consideren oportunas, se

⁵ González M. Felipe. et alii. *Evolución y perspectivas de la Red Universitaria sudamericana de Acciones de Interés Público. Defensa Jurídica del Interés Público*. Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Serie de Publicaciones 9, octubre 1999, Chile, pp. 34-37.

trata, pues, de brindar un servicio a personas o grupos en situación de vulnerabilidad, cuyos casos resultan de interés para la comunidad.⁶

Pues bien, la función social que ejerce la CLFD es relevante, en cuanto se trata de un servicio a la comunidad que se ofrece con carácter gratuito, y que además ayuda a determinados sectores que se encuentran en una situación vulnerable, ya que, como hemos indicado, esta Clínica se centra en brindar asesoramiento a personas que tienen una enfermedad crónica o discapacidad, por lo que, principalmente trabaja con organismos que mantienen un contacto con estos colectivos como lo son la Asociaciones y ONGs.

A título informativo, señalar que entre los años 2014 y 2017, la Clínica Legal recibió 787 consultas, de las cuales 358 provenían de personas con VIH, o de asociaciones que representan sus intereses.⁷ Cabe pararse a pensar, sobre la repercusión que tiene este servicio para aquellas personas a las que se destina el mismo, ya que en cierto modo, la Clínica se configura como un mecanismo para poder acceder a la justicia, puesto que se brinda información acerca de los derechos de los que son titulares, así como asesoramiento legal sobre los hechos objeto de la consulta, pudiendo acudir a la vía que tenga a su disposición, (judicial, arbitraje, conciliación, mediación, administrativa, etcétera)⁸, en caso de que el usuario estuviese interesado. En tal sentido, los informes elaborados se encargan de informar de los criterios jurisprudenciales, doctrinales, y normativos aplicables a los hechos que presentan, para que de dicha manera pueda tener cierto conocimiento de los posibles pronunciamientos, y, en consecuencia, puedan valorar mejor la decisión de acudir o no a otra vía.

El método de *aprendizaje-servicio*, se define como la modalidad de enseñanza que permite, por una parte, adquirir conocimientos jurídicos y desarrollar habilidades relacionadas con dicho campo, así como también, prestar un servicio a la comunidad, tomando un papel fundamental en la defensa de los derechos humanos, pues son estos los

⁶ Ramiro Avilés, M.A y Ramírez Carvajal Paulina. *VIH y Privacidad*. Proyecto de Clínica Legal de CESIDA.

⁷Ramiro Avilés, M.A. y Ramírez Carvajal, Paulina. *El acceso a la justicia de las personas con VIH: la experiencia de la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá como aprendizaje-servicio*. – La transformación de las enseñanzas jurídicas y criminológicas desde las clínicas por la justicia social.

⁸ *Ídem*

que se ven vulnerados en muchas ocasiones, en el sector o colectivo de personas con enfermedades crónicas o con discapacidad.

Por ello, se habla de una *justicia social*⁹ cuando nos referimos al papel que representan las clínicas jurídicas, ya que dicho concepto se asocia con la *promoción de cambios sustantivos en la igualdad (de oportunidades, de resultados) con el fin de acabar con la opresión social y política* (Carpenter 2013, 55). Pues las clínicas legales juegan un papel fundamental de fomento de igualdad, y junto con las asociaciones que representan los intereses de los colectivos vulnerables, pueden servir para presionar a la creación o modificación de la normativa, de tal forma que favorezca a las personas que se encuentran en una situación de desigualdad por motivo de enfermedad crónica o discapacidad, esto último por referirnos al trabajo de la Clínica Legal de la UAH. Ya que en otras Clínicas se puede abordar con mayoría, casos de inmigración, prisiones, derechos humanos, medio ambiente, etcétera.

De tal forma, también ayuda a *concienciar* al alumnado, ya que, realizando esta labor social, se permite conocer los principales problemas de este sector o colectivo descrito¹⁰. En el trabajo se ha podido ver la existencia de trabas para poder ejercer determinados derechos, quedando en evidencia, en algunos casos, el anquilosamiento de la norma e incluso la falta de regulación, *v.gr.* en materia de oposiciones, sobre el cuadro médico de exclusiones de exclusiones para ingreso en el Cuerpo de la Guardia Civil.¹¹

La CLFD mantiene un contacto permanente con una serie de asociaciones y ONGs, así como con distintos despachos nacionales e internacionales, en los cuales se encuentran abogados ejercientes que trabajan *Pro Bono*¹².

⁹ Ramiro Avilés, M.A. y Ramírez Carvajal, Paulina. *El acceso a la justicia de las personas con VIH: la experiencia de la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá como aprendizaje-servicio. op. cit.*

¹⁰ Ramiro Avilés, M.A. et alii. *Implantación de un Programa de Clínica Jurídica*. Memoria Justificativa de las Actividades Desarrolladas en el Proyecto de Innovación Docente *Implantación de un Programa de Clínica Jurídica*.

¹¹ Véase que en el apartado Apéndice «B», sobre el Cuadro médico de exclusiones para ingreso en el Cuerpo de la Guardia Civil, recogido en la *Orden de 9 abril 1996 por la que se aprueban las bases y circunstancias aplicables a los procesos selectivos para ingreso en los centros docentes militares de formación para acceso a la Escala Básica de Cabos y Guardias de la Guardia Civil*, el apartado B).1 mantiene en el tenor literal que, un defecto físico u anomalía hereditaria podría ser óbice para el acceso al cuerpo de la Guardia Civil. La consulta trataba de un joven con VIH que pretendía presentarse a las pruebas de acceso al puesto de Cabo, y tenía la duda de si por el hecho de tener VIH podría no pasar las pruebas médicas. Lo que se observa de la norma, es que no tiene en cuenta el avance de la medicina en la fecha actual para ciertas enfermedades, entre las cuales se encuentra el VIH.

¹² Deriva de la frase latina "*pro bono público*" que se refiere a acciones realizadas "por el bien público". Se trata de la prestación voluntaria de asesoramiento jurídico gratuito en beneficio de personas o comunidades

Por último, cabe destacar que la Cátedra DECADE-UAH y el trabajo de la Clínica Legal ha sido recientemente premiado, mediante el otorgamiento del I Premio en las “Buenas prácticas en el desarrollo de actividades de investigación e innovación.” Otorgado por el OBSERVATORIO DE EXCELLENTIA EX CATHEDRA de la Universidad de Valencia.

III. Método de trabajo

El trabajo de la Clínica legal se realiza fundamentalmente, de forma grupal y a partir de dos miembros, no obstante, existe la posibilidad de asignar un caso a una sola persona.

Hemos indicado que las consultas llegan a través de las Asociaciones y ONGs, y es desde ese momento, en el que empieza la tarea de la CLFD. Las consultas se asignan por grupos, y el criterio de asignación corresponde al director de la Clínica, quien, además, en ocasiones se encarga de tutorizar los casos.

Una vez asignada la consulta, el director de la CLFD envía el correspondiente correo electrónico al grupo designado, pudiendo este aceptar o rechazarla. En caso de aceptarla, se coordina una fecha y hora para la reunión de tutoría, con el profesor especialista en la materia que versa la consulta. Las tutorías pueden ser presenciales, aunque en muchas ocasiones lo son por vía telemática. El profesor encargado de tutorizar procura crear interrogaciones del caso, con el fin de que los alumnos puedan llegar a resolverlas, poniéndose a disposición del alumno, en caso de tener dudas sobre cómo proceder a la elaboración de la respuesta. El plazo estimado de resolución es de 15 días lectivos, aunque en algunas ocasiones puede extenderse un poco más, debido a la complejidad del caso. Los alumnos trabajan sobre un modelo de ficha concreto, que veremos más adelante, y esta podrá tener una serie de modificaciones, como consecuencia de las correcciones que pueda realizar el personal docente, por lo que, cuando finalmente

necesitadas, menos privilegiadas, en situación de vulnerabilidad social o marginadas y a las organizaciones que las asisten, así como la prestación de asesoramiento jurídico gratuito en temas de interés público. Disponible en: http://crsa.icam.es/web3/cache/CRSA_probono.html

se considere correcto el contenido de la ficha, se procede al envío del informe al director de la Clínica, y será este quien dé el visto bueno y lo remita al correspondiente organismo.

Otra característica del trabajo en la CLFD es que además de las tutorías, se realizan talleres de formación, lo cual resulta de gran utilidad, sobre todo a las personas que son de nueva incorporación, ya que en estas formaciones se tratan los temas más comunes que suelen llegar a la Clínica. Así también, en algunas ocasiones, acude personal responsable de las Asociaciones u Organizaciones No Gubernamentales con las que trabaja la Clínica, o, incluso algún usuario que ha hecho uso del servicio. Lo que se busca con las formaciones, es dar herramientas a los alumnos, informar acerca de las posturas jurídicas que toma la Jurisprudencia, o la interpretación de las normas más aplicadas en las consultas. Por su parte, las charlas que realizan las entidades colaboradoras tienen el objeto, primordialmente, de *sensibilizar* acerca de la situación en la que se encuentran las personas que hacen uso del servicio de la CLFD y también ponen en conocimiento de los alumnos, acerca de la utilidad que ha tenido el informe elaborado por estos.

Cabe hacer mención al hecho de que, la CLFD también se traslada a otros centros, ya sea porque se encuentra participando en proyectos, que bien pueden ser de carácter público, o privado; o bien porque sus miembros han sido invitados para hacer una presentación de las consultas elaboradas a lo largo del año. Una de las invitaciones que suele recibir cada año es el de la Fundación Fernando Pombo, en el que suelen acudir abogados del despacho Gómez Acebo & Pombo, a quienes normalmente los casos que presentamos les resulta singular, puesto que en los grandes despachos no suelen llegar la tipología de consultas que recibe la Clínica.

Por último, como hemos visto, existe una serie de criterios, 6 en concreto, que Richard J.W. definió en la obra *Training for Justice* y que, si analizamos, se cumplen en el trabajo de la CLFD.

Ya que, la Clínica Legal forma parte de una institución universitaria, que es la Universidad de Alcalá (1). Además, los estudiantes que suelen formar parte de aquella, suelen ser alumnos de a partir de tercer año del Grado, aunque ha habido alguna ocasión en las que se presentaba alumnado de primer o segundo año (2). Por otra parte, los alumnos encargados de elaborar la respuesta a la consulta son supervisados en todo momento, por el personal docente especializado en la materia (3), y las personas que hacen uso de este servicio se encuentran incluidos en un colectivo determinado, en este

caso los que tienen una enfermedad crónica y/o discapacidad (4). El alumnado participante en el servicio recibe la formación necesaria, por medio de los talleres de formación y concienciación, así como por parte del tutor encargado del correspondiente caso (5). Por último, se observa que, con el trabajo en la CLFD, si bien no pueden lograr el reconocimiento de créditos por el mero hecho de participar en el servicio, si se permite realizar el TFG y TFM, los cuales si tienen reconocido una serie de créditos (6).

CAPÍTULO II

CONSULTA RESUELTA EN LA CLÍNICA LEGAL DE LA FACULTAD DE DERECHO

I) CONSULTA DE CESIDA

Esta consulta fue formulada por una médica de un hospital de Valencia, a través de la Coordinadora Estatal del VIH y sida (CESIDA), siendo la cuarta consulta que nos llegó en el año 2016. Cuando la recibimos, mi grupo y yo no dudamos en tomarla, ya que se tocaban temas que no habíamos visto con anterioridad en otros casos, como es el de los derechos de los menores y su posible conflicto con los derechos y deberes de los padres, los derechos de los pacientes como tal, y el deber del personal sanitario.

A lo largo del desarrollo de la respuesta, me llamó bastante la atención la regulación de la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que cambió bastante mi perspectiva sobre el tema de derechos de los menores, pues no era conocedora de la tendencia *pro* de la autonomía del menor, ya que en todo momento reivindica el deber de los Estados, de capacitar a los menores para que tengan un juicio propio, y de ese modo puedan opinar en todo proceso en el que estén incurso y se vean afectados. Por ello, quise investigar un poco más acerca de cómo se lleva a cabo la regulación en un ámbito tan delicado como es el sanitario, ya que se ven afectados los bienes fundamentales como son el de la vida, la integridad física, psíquica y moral.

A continuación, se muestra la ficha que presentamos con el contenido de la respuesta a la consulta que nos llegó, en ella encontramos toda la normativa, fuentes doctrinales y Jurisprudencia que nos sirvieron de utilidad para abordar la cuestión.

Fecha: 15/03/17 - 06/04/2017

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

- La consulta que nos plantea la usuaria es sobre qué derechos tienen los y las médicos para poder revelar el estado serológico a sus pacientes cuando sean menores de edad, y, a su vez las personas que ostenten la patria potestad (en especial los padres y las madres) cuando no desean que se les informe de dicha situación. La consulta deriva de una situación concreta que afecta a una médica que hace seguimiento a una paciente adolescente de 14 años que tiene VIH por transmisión vertical. Los padres le han comentado que la menor no tiene conocimiento de su estado de salud, y se limita a saber que tiene un virus que le baja las defensas. Los padres no tienen intención de informar a la menor por motivo de su estado emocional, el cual dicen que es muy lábil.
- La médica tiene conocimiento de que la adolescente ha empezado a salir con un chico. Nos consulta sobre su situación legal, y si podría comunicárselo a la menor, aun sin el consentimiento de los padres.

Preguntas que deberían formularse al usuario del servicio para completar el relato de los hechos.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. (CDU). «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, páginas 38897 a 38904 (8 págs.) Arts. 2.2, 3 y 18 sobre la protección del menor frente a terceros y el interés superior del menor y art. 12 sobre la garantía de formación de un juicio propio del niño.
- Carta Europea de los Derechos del Niño. DOCE nº C 241, de 21 de septiembre de 1992

-. Constitución Española «BOE» núm. 311, de 29/12/1978. (CE) Arts. 15 a 39, sobre los derechos fundamentales, la protección del menor y la familia, y art.43 sobre el derecho a la protección de la salud.

-. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, «BOE» núm. 281 de 24/11/1995. (CP) Arts. 197 y ss. sobre el delito de descubrimiento revelación de secretos.

-. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 15 de 17/01/1996. (LOPJM) Arts. 2, 8.2 y 9.3.

-. Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. «BOE» núm. 298 de 14/12/1999. (LOPD) Art. 7.

-. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. «BOE» núm. 206, de 25/07/1889. (CC) Arts. 154, 156 y 162 sobre la patria potestad.

-. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. «BOE» núm. 274, de 15/11/2002. (LAP) Art.14.

-. Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. (RLOPD) «BOE» núm. 17, de 19/01/2008. Arts. 7 y 15 sobre los derechos ARCO y defensa de estos.

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)

-. Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 154/2002 de 18 julio 2002, Rec. 3468-1997, (FJ 9).

-. Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 39/2016, de 3 de marzo de 2016. Rec. 7222-2013, (FJ 5).

-. Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1165/1996, de 31 diciembre 1996. Rec. 1743-1993, (FJ 4)

-. Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 26/2013 de 5 febrero. 2013, Rec. 1440-2010, (FJ 3).

-. Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 835/2013 de 6 febrero. 2014, Rec. 245-2012, (FJ 5).

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)

-. CARTA EUROPEA DE LOS DERECHOS DE LOS PACIENTES

Roma, noviembre 2002. (Versión traducida de EUROPEAN CHARTER OF PATIENTS' RIGHTS)

<https://www.aecc.es/SobreElCancer/bibliotecadedocumentos/Documents/Declaraciones%20internacionales/carta%20europea%20de%20los%20derechos%20de%20los%20pacientes.pdf>

Respuesta fundamentada

Estimada usuaria:

En primer lugar, queríamos agradecerle el haberse puesto en contacto con la Clínica Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, puesto que, al permitirnos resolver sus dudas legales, nos ayuda a seguir formándonos profesionalmente.

La primera cuestión que abordar es la relativa a la historia clínica. La Ley de Autonomía del Paciente (en adelante LAP)¹³ la define, en su artículo 14, como *“el conjunto de documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesional que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos, en el ámbito de cada centro”*.

El contenido de la historia clínica son datos especialmente protegidos, conforme al artículo 7 de la Ley Orgánica de Protección de Datos¹⁴ (en adelante LOPD). Por ello, es necesario tener en cuenta los Derechos ARCO (Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición). Se trata de derechos personalísimos, por lo que únicamente pueden ser ejercitados por el interesado. Para la cuestión planteada por la usuaria, interesa especialmente el Derecho de Acceso, que implica la posibilidad de conocer

¹³ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

¹⁴ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal.

información sobre datos de carácter personal que se encuentren sometidos a tratamiento, en virtud del artículo 15 de la citada Ley.

El titular del **derecho a la información asistencial** es el propio paciente y, aunque en el caso de los menores se sigue la misma regla, existen algunas peculiaridades a tener en cuenta. En este sentido, hay que tener en cuenta el Informe 0222/2014 de la Agencia Española de Protección de Datos¹⁵ (en adelante AEPD), que realiza un análisis sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos y su Reglamento¹⁶, y de la ya mencionada Ley de Autonomía del Paciente. Dicho informe parte de la idea del consentimiento por representación de los padres, puesto que los menores tienen derecho a conocer el acto médico respecto del cual los progenitores consienten. De este modo, el citado informe hace referencia al artículo 9.3 c) de la LAP, que expone que habrá consentimiento por representación en el ámbito sanitario “*cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención*”, si bien, el representante legal, antes de prestar consentimiento, habrá de escuchar la opinión del menor afectado al que representa; el tutor habrá de tener en cuenta esta opinión “*en función de su edad y madurez*”, en base al artículo 9.2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor¹⁷ (en adelante LOPJM). De este modo, el hecho de que el menor pueda dar su opinión implica que ha de conocer el acto respecto al cual sus representantes van a consentir, es decir, ha de estar informado y, así, “*el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias*”.

Respecto al derecho de acceso a la historia clínica, la propia AEPD indica que existe una **presunción legal** de madurez del menor que haya cumplido catorce años, para ejercitar los derechos que ostenta, en relación con la protección de datos, por lo que, aunque “*será precisa la prestación del consentimiento por los padres o tutores, si cabría considerar que el menor de edad podría ejercer el derecho de acceso a partir de los catorce años, si bien este ejercicio no puede entenderse como limitación al*

¹⁵ El informe puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/common/pdf_destacados/2014-0222_Menores-e-historia-cl-ii-nica._Consentimiento-y-derechos-de-acceso-y-oposici-oo-n.pdf

¹⁶ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

¹⁷ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

derecho de los titulares de la patria potestad del menor no emancipado a acceder a su historia clínica en los términos que acaban de indicarse en el presente informe”.

Como conclusiones al informe, y en relación con el caso planteado por el usuario, la AEPD destaca las siguientes:

- ***“El menor de edad mayor de catorce años podrá, en general, ejercitar por sí solo el derecho de acceso a la historia clínica.***
- *Los titulares de la patria potestad podrán también acceder a los datos del menor de edad sujeto a aquélla mientras esa situación persista, para el cumplimiento de las obligaciones previstas en el CC.*
- *No podrá oponerse a ese acceso la mera oposición del menor salvo que así lo reconociera una norma con rango de ley.”*

Esto implica que, aunque el menor tenga derecho a acceder a su historia clínica, no se puede limitar el derecho de acceso de los representantes legales a la misma, excepto cuando así se especifique en una Ley, dado que el buen cumplimiento de las obligaciones legales que impone la legislación civil a los titulares de la patria potestad requiere el conocimiento de las circunstancias que afecten al menor, para tomar las medidas más adecuadas. Sin embargo, en el caso planteado, los padres están ejerciendo un “privilegio terapéutico”, entendida como aquella situación en la que se prescinde de informar al propio paciente de determinadas actuaciones médicas porque consideran que, de hacerlo, podrían causar a la menor algún tipo de daño psicológico grave. En todo momento se debe tener en cuenta que, como ya se indicó más arriba, los mayores de catorce años tienen derecho a acceder a su historia clínica y que, además, deberá ser informado, de manera proporcional a su madurez y circunstancias.

Lo anterior ha de ser ponderado, teniendo en cuenta otros derechos que pueden verse afectados, como los derechos del menor y los derechos de los padres que comprenden la patria potestad.

En primer lugar, veremos cuáles son los derechos del menor. Para ello podemos acudir a diversas fuentes normativas, tanto nacionales como internacionales.

En cuanto a las normas internacionales, la de mayor importancia es la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Ratificada por España en 1990. Que en su art.2.2 expresa que: <<Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar

*que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.>>. Así también, el art.3 y 18, hacen hincapié en el **interés superior del niño**, indicando que 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, considerarán primordialmente aquel interés superior del menor. Asimismo, se dice que se tendrá en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables del menor ante la ley. Una disposición bastante importante para nuestro caso, es la recogida en el artículo 12.1: <<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.>> Esto quiere decir que la opinión del niño importa, pues éste tiene derecho a expresar su opinión y a que ésta se tenga en cuenta en todos los asuntos que le afectan.*

En el ámbito regional europeo, el Parlamento Europeo a través de la Resolución A 3-0172/92, aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño, en vigor desde el 8 de julio de 1992, la cual contiene también una serie de principios mínimos para la legislación de los Estados miembros. Entre ellos el apartado 8.14: <<*Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses. A tales efectos, y siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño, éste deberá ser oído desde el momento en que su madurez y edad lo permitan en todas las decisiones que le afecten. Con objeto de ayudar a tomar una decisión a las personas competentes (...)>>*

Por su parte, en el ámbito interno, la legislación española se ha orientado bajo una serie de principios que recoge la Convención y la Carta, entre ellos, los que hemos descrito en el apartado anterior, como es el **derecho de opinión del menor**, y el interés superior del niño en cualquier actuación que incluya a éste como sujeto afectado.

Teniendo como base lo anterior, pasamos a ver qué es lo que dice la legislación nacional sobre los derechos del menor.

La primera previsión sobre el interés del menor se instrumenta en nuestra Constitución, por medio de los principios rectores de la política social y económica, en concreto, el art.39. que ya nos habla sobre la protección de la familia, el deber de los padres de proteger al hijo durante su minoría de edad. Y, por último, se remite a lo convenido en los acuerdos internacionales ratificados por España.

Con carácter especial, encontramos la ya mencionada LOPJM, que en el preámbulo informa de que “El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.” y añade que, “la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro.”.

En definitiva, se toma como tendencia la interpretación restrictiva de la limitación del ejercicio de los derechos que corresponde al menor como titular de los mismos. También recoge la particularidad del interés superior del menor (art.2) que indica en su párrafo segundo del apartado 1, que <<...*Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor...*>> Y que además para la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta unos criterios generales, entre los cuales encontramos: <<...*b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior...*>>

Por otro lado, con respecto a la patria potestad, encontramos en primer lugar su regulación como principio rector en nuestra Constitución que ya configura como deber de los padres, el de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. (art.39.3). La patria potestad se configura como el conjunto de poderes que, en beneficio de los hijos, deben cumplir los progenitores. “*La patria potestad, al estar configurada como conjunto de derechos que la Ley confiere a los padres sobre las*

personas y bienes de sus hijos no emancipados, para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben, está orientada en favor y servicio de los hijos y de acuerdo con su personalidad, por lo que ha de estar perfectamente en consonancia con el estado emocional del niño y las circunstancias concretas en que se hallen tanto los hijos como los padres en punto a la causa que creó la situación excepcional y anómala en que uno y otro se encuentren como la posibilidad de su ejercicio integral». “(STS 1165/1996 de 31-12-1996, FJ 4). En todo caso, se habla siempre del deber de obrar en beneficio de los hijos, por lo que habría de cuestionarse si es un beneficio para la menor, no saber su estado de salud, y para ello habrá que ver la diferencia de efectos favorables que produce para aquélla el no saber su estado de salud, del que produciría el sí saberlo. Es lo que se denomina juicio de ponderación del cual hablamos más adelante.

En nuestro Código Civil¹⁸ (en adelante CC.), encontramos esta institución regulada en los arts.154 y ss. El art.154 configura la patria potestad como una responsabilidad parental, que se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental, asimismo, alude a que si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Por su parte, el art.162 que regula la representación legal de los hijos y prevé que los padres que ostentan la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados, no obstante, exceptúa algunos supuestos, entre ellos el de <<Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo.>>. Recordamos que los derechos de la personalidad son el derecho a la vida, a la integridad física y moral y derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En el caso planteado por el usuario, consideramos que podrían verse afectados el derecho a la dignidad, el derecho a la integridad moral de la menor, puesto que no está informada de forma completa sobre su estado de salud, además también se encuentran afectados el derecho a la vida e integridad física, pues se trata de una enfermedad que de no tratarla es causa de muerte.

Respecto a si puede considerarse, a la menor de 14 años, con la madurez suficiente para poder tener el derecho de opinión del que hemos venido hablando, consideramos que la tiene en atención a lo que hemos deducido del espíritu de la norma. No obstante, esta condición la tendrá que evaluar un experto y, a título de ejemplo, citamos una sentencia

¹⁸ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

en la que el Tribunal Constitucional indicó que, en todo caso, el grado de madurez se evaluará por medio de unas pruebas que las realizarán los expertos correspondientes, aunque ello no quita que la ley haga una presunción *iuris tantum* sobre la madurez del menor cuando ya tiene cierta edad y así también lo ha dicho la Agencia Española de Protección de datos en su Informe 0222/2014. En la STC 154/2002 de 18-07-2002, FJ 9, un menor de 13 años se vio afectado por una enfermedad de tal modo que, si no recibía una transfusión de sangre, podría perder la vida, y así ocurrió, pues éste se negaba a recibir dicha transfusión.

Los aspectos en los que se pronunció el TC, y que nos conciernen en nuestro caso particular son:

Por un lado, sobre los menores de edad como titulares de sus derechos fundamentales, la sentencia nos dice que, los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, pero que ello no supone que el ejercicio de éstos reemplace o merme las potestades de los que tengan la guardia y custodia, o patria potestad del menor. Las facultades de los padres podrán tener incidencia sobre el ejercicio de los derechos de su hijo en medida de la madurez del niño y de los distintos estados en que la legislación gradúa la capacidad de obrar. De este modo, lo que deben de hacer los poderes públicos y órganos judiciales es velar para que el ejercicio de esas potestades 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. En este sentido resulta importante acudir al art.162.1º del CC., sobre la representación legal de los hijos, que como ya hemos citado anteriormente establece excepciones sobre la representación legal, entre ellos el ejercicio de los derechos de personalidad.

En nuestro caso no ha habido problemas con el tratamiento de la menor, no obstante, cabe pararse a pensar que fuera preciso cambiar de tratamiento o que la menor se cuestionara por qué toma la medicación. Ello podría dar lugar a que, en tal caso, se esté mermando el derecho de autodeterminación de la paciente, al no tener conocimiento de la enfermedad que tiene y, en consecuencia, se estaría conculcando el derecho fundamental a la integridad física (art.15 CE).

Y, por último, el TC también hace referencia a la tendencia del Ordenamiento Jurídico a reconocer la voluntad del menor de edad. Y para ello cita los arts.162.1º y 92. del CC.

El primero ya expuesto anteriormente y el segundo, en su redacción derogada se indicaba que en caso de separación o divorcio de los padres o casos de nulidad: << (...) *Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años...*>>. Actualmente esta redacción ha sido modificada, y ya no se establece el límite de los doce años, sino que << (...) *El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos(...)* 6. *En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda...*>>. No obstante, el art.156 del CC. que regula la patria potestad, incide en ese límite de 12 años, al indicar que, en caso de desacuerdo, sobre las decisiones que deben tomar ambos progenitores, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre.

Lo anterior, unido a lo que establece el art.9.2 de la LOPJM y los arts.5.2 y 9.3 c) de la LAP, junto a lo que establece el informe de la AEPD, puede darnos a entender que lo mejor sería informar a la paciente menor de su estado de salud, pues al menos frente al ordenamiento jurídico, la paciente ya es capaz de recibir la información y ejercitar los derechos correspondientes como mero agente titular de los derechos fundamentales.

Como hemos visto, el menor tiene derecho de opinión, pero también se prevé que en cualquier toma de decisiones tanto por parte de los padres, como de los órganos judiciales o de la Administración Pública, se deba tener en cuenta en todo caso, el interés superior del menor. Si queremos hacer una definición de qué es el interés del menor o que supone, debemos informar que se trata de un concepto jurídico indeterminado, para explicar mejor esto acudimos a la STS 835/2013 del 6-02-2014 que en su fundamento jurídico 5 se detiene a explicar el concepto de interés superior del menor o interés del menor. Lo que nos dice el Tribunal Supremo es que “*El interés*

superior del niño, o del menor, es un concepto jurídico indeterminado, esto es, una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial. Pero en ocasiones estos conceptos jurídicos indeterminados son lo que se ha denominado “conceptos esencialmente controvertidos”, esto es, cláusulas que expresan un criterio normativo sobre el que no existe una unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio.”. Con ello, lo que quiere decirse es que para deducir cuál es la decisión que más vela por el interés del menor, habrá de tomarse de acuerdo con ciertos cánones sociales y normativos. La misma sentencia dice que el juez debe concretar dicho interés, no conforme a sus puntos personales de vista sino *“tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales.”*. Estos son los elementos que se deben tener en cuenta para ver cuál es el interés del menor.

A nuestro parecer habría que verse los derechos implicados, que son el derecho de opinión del menor, derecho a su libre desarrollo de la personalidad (pues resulta difícil creer que puedes desarrollarte libremente sin saber que tienes una enfermedad que a fecha de hoy no tiene aún cura y que, además, supone cierta estigmatización por algunos sectores de la sociedad) y se ve perjudicado el espíritu de la normativa tanto internacional como nacional, que es el de intentar hacer del menor (con cierto nivel de madurez) un sujeto ejerciente de sus propios derechos con la supervisión o control de sus progenitores o tutores. Así lo corrobora la STS 26/2013 de 5-02-2013 (FJ3) al decir que *“(…) cabe señalar la tendencia por mejorar la protección del menor junto a un mayor protagonismo de actuación por él mismo que claramente informa la redacción tanto de Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por el Reino de España el 30 noviembre 1990, como la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo mediante Resolución A 3-0172/92, (DOCE nº C241, de 21 de septiembre de 1992).”* Nos dice que *“de este marco internacional resulta la LOPJM, que profundiza en esta tendencia hacia el desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de los derechos por el menor contemplando, entre otros extremos, la primacía del interés superior del menor frente a cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, junto con la interpretación*

restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores (artículo 2); sin perjuicio del reforzamiento de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen (artículo 4), o del reconocimiento expreso de los derechos de asociación y a ser oído (artículos 7 y 9, respectivamente).”

Por todo lo anterior expuesto, consideramos que los padres no pueden oponerse a que se informe a la menor, pues ésta ya es considerada como sujeto con suficiente madurez, y se trata de una información que le corresponde conocer conforme al desarrollo de la libre personalidad y al derecho de opinión sobre su tratamiento médico, añadiendo que es titular de los derechos que le corresponden por la Ley de Autonomía del Paciente, con las limitaciones en ellas previstas.

Si bien el estudio a fondo de los derechos que están en juego nos ha dado unas bases sobre las que fundamentar nuestra respuesta, consideramos necesario profundizar en la cuestión de las medidas limitativas de Derechos Fundamentales.

En este caso observamos el conflicto entre varios derechos y principios constitucionales que se encuentran dentro de la categoría de los derechos del menor, que incluyen, de forma más específica, otros derechos que ya hemos destacado previamente tales como la dignidad, la integridad física y moral, el bien superior del menor, el derecho de autodeterminación, etc.

Por otra parte, debemos tener en cuenta la patria potestad, principio rector de nuestra Constitución fundamentado ulteriormente en la defensa y protección de los hijos a su cargo. Dicho factor es sumamente importante, pues nos revela cual es la naturaleza del conflicto en el caso que se nos presenta, donde entra en conflicto la patria potestad de los padres con los derechos del menor.

Los Derechos Fundamentales no son derechos ilimitados, salvo ciertas excepciones. En tanto que no son ilimitados, es común que dichos derechos entren en conflicto unos con otros o bien se vean sometidos a medidas que los limitan y, es por este motivo que debe realizarse un juicio de proporcionalidad con la finalidad de estudiar los derechos en juego, cuáles son los límites que estos pueden tener y si la limitación a la que se han visto sometidos en cada caso concreto es legítima.

La doctrina del Tribunal Constitucional es muy extensa en este sentido, y ha esquematizado el llamado juicio de proporcionalidad en una serie de preguntas: *"si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)"*¹⁹

Lo que nos tenemos que plantear ahora que conocemos las preguntas es si, la negativa de los padres, que emana de la patria potestad y que, como recordamos, tiene la finalidad de proteger al menor, efectivamente cumple los requisitos establecidos por el Constitucional para que pueda ser considerada una medida legítima y, por tanto, no vulnere el resto de los derechos del menor (principalmente autodeterminación, dignidad e integridad moral).

En cuanto a la primera cuestión, sobre la idoneidad de la medida, podríamos afirmar en un principio que, efectivamente, cumple el fin al que está destinada, si entendemos que el fin de ocultar la enfermedad a su hija es evitar su sufrimiento, protegiendo así a la menor.

En segundo lugar, la necesidad. En cuanto a este requisito no consideramos que la ocultación de la enfermedad sea el medio más adecuado si de lo que se trata es de proteger a la menor. Ello se debe a que hay numerosas formas de llevar a cabo este cometido sin vulnerar sus derechos reconocidos. La idea de que informar a la menor de su estado será perjudicial para ella queda diluida si se tiene en cuenta que la niña ya conoce el hecho de tener una enfermedad. Evitar decir el nombre de dicha enfermedad y, por tanto, impedir que tenga información precisa sobre su estado es una medida muy restrictiva en atención a lo que se pretende proteger. En este sentido, hay medidas más idóneas para proteger a la menor, que pasan por informarla de su estado y ayudarla en todo lo posible a conocer más a fondo su enfermedad, lo cual no sólo favorecería su adhesión al tratamiento, sino que evaporaría la amenaza de una enfermedad desconocida tal como se ha venido haciendo hasta el momento.

¹⁹ STC 39/2016, de 3 de marzo de 2016 (FJ 5).

Por último, aunque muy relacionado con el anterior requisito, queda el juicio de proporcionalidad propiamente dicho. En este apartado podemos remitirnos a lo afirmado anteriormente. El beneficio que se produce con la actitud de los padres es, en un principio, la protección de la menor. No obstante, con la supuesta protección sobre la que se amparan para no informar a su hija sobre su enfermedad, conculcan otros numerosos derechos de la menor tal y como venimos afirmando a lo largo del presente informe.

En consideración a los argumentos presentados, al estudio de los derechos que están en juego en el caso y al juicio de proporcionalidad practicado, consideramos efectivamente que la posición de los padres respecto a la menor no es la más adecuada para la protección de los intereses de su hija. Por este motivo, creemos que la joven debería conocer cuál es su estado de salud real, por lo que habría de incluir la información sobre su enfermedad. Todo ello no obsta para que el médico intente razonar con los padres de la menor, pues la colaboración del personal sanitario con los padres sería consecuente con el bien que se trata de proteger desde el principio, que es el bien superior del menor.

Conforme a esta justificación, el médico no tendría responsabilidad civil ni penal al desvelar la información a la menor, ya que se estaría informando a la persona titular del derecho a la información sanitaria, en consecuencia, a los razonamientos alegados a lo largo de este informe.

De forma más concreta, en el aspecto penal no podría haber responsabilidad puesto que, el delito de descubrimiento y revelación de secretos²⁰, implica la revelación a terceros de ciertos datos sin consentimiento del titular de dicha información. Estos hechos no son subsumibles a nuestro caso, puesto que la información se estaría transmitiendo a la misma persona titular de la información.

Por último, agradecer que se haya puesto en contacto con nosotros y esperamos que esta información le haya sido de ayuda.

²⁰ Art. 197 CP.

II) Especial tratamiento de los datos de salud

Como he comentado anteriormente, me gustaría ahondar un poco en el tema del consentimiento de los menores en el ámbito sanitario, concretamente me interesa saber qué es lo que nuestra legislación establece, pero para ello haremos una breve entrada acerca del tratamiento de datos de salud.

Durante el desarrollo del informe hemos visto que, uno de los derechos en conflicto es el derecho a la intimidad, regulado en nuestra Constitución (Art.18 CE), y es que la misma deriva del derecho a la dignidad recogido en el art.10 que establece que: *<<la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.>>*. De ello se desprende que la dignidad humana es el fundamento o *<<background>>*²¹ para el desarrollo de los derechos fundamentales recogidos en el Título I de la Constitución Española (Arts.14 a 29).

Entre los derechos que derivan de la dignidad, encontramos el derecho a la intimidad que, *“en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana(...) y confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido”*²², este derecho forma parte de los llamados derechos de la personalidad²³; pues como indica el TC: *“(...)todos los derechos identificados en el art. 18.1 CE mantienen una estrecha relación, en tanto que se inscriben en el ámbito de la personalidad (...)”*. Y como tal, tiene una protección especial junto a los otros derechos personalísimos (derecho a la vida y a la integridad física, derecho al honor e imagen y derecho a la libertad)²⁴.

El motivo por el cual resulta imprescindible conocer el contenido de este derecho, se debe a que el mismo art.18. establece en su apartado 4 que: *<<La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de*

²¹ Corchete Martín, María J. *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria*. Editorial La Ley 7840/2014. pp. 57-95.

²² STC 173/2011 de 7-11-2011, FJ 2.

²³ STC 208/2013 de 16-12-2013, FJ 3.

²⁴ O ‘Callaghan Xavier, *Los derechos de la personalidad*. Compendio de Derecho Civil. Tomo 1. Lección 13^a. Edersa, 2004.

los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos>>. Se trata del conocido derecho a la privacidad, o también conocido como el derecho a la protección de datos de carácter personal²⁵, que si bien se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la intimidad del art.18.1, se trata de un derecho distinto, el cual ha sido definido por el TC como “*un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso*”.²⁶ Este precepto ha sido el resultado de la insuficiente protección del art.18.1 frente al actual uso de la informática, pues el contenido del mismo impone un *deber de abstención* a la esfera íntima, más no, una obligación de hacer, como sí ocurre con el art.18.4, como *p.ej.* la necesidad de obtener el consentimiento del titular de los datos personales para poder recabar y tratar los mismos, así como el derecho a controlar el uso de los datos insertos en un programa informático, conocido como *libertad informática* o *habeas data*²⁷. De tal forma, la Constitución introduce un instituto de garantía en respuesta a una “*nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona*” y que como tal es “*en sí mismo, un derecho o libertad fundamental*”²⁸. Este derecho tuvo como consecuencia su regulación en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, la cual fue remplazada por la, aún vigente, LOPD.

La información contenida en el ámbito sanitario tiene un carácter de especial protección, como bien explicamos en la consulta, estos aspectos se encuentran previstos en la LOPD (arts. 7 y 8), y en la LAP (arts. 7, 15 y ss.), en los cuales podemos apreciar el carácter restrictivo, tanto del consentimiento del sujeto titular de los datos, como de la cesión de datos a terceros. En tal sentido, los datos con especial protección, que son, entre otros, los relativos a la salud, tienen mayor transcendencia en cuanto se ve vulnerado el derecho a la privacidad²⁹. Ya que estos datos personales se encuentran recogidos en ficheros informáticos, y, por lo tanto, su accesibilidad puede ser menos limitada. Como

²⁵ Lozano Gago, María de la Luz. *Los derechos al honor intimidad e imagen en la Constitución Española y en las de EE. UU. Y Francia*. Diario La Ley. N°8593.

²⁶ STC 292/2000 de 30-11-2000, FJ 7.

²⁷ STC 202/1999 de 8-11-1999, FJ 2.

²⁸ STC 254/1993 de 20-07-1993, FJ 6.

²⁹ Martínez de Pisón, José. *El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional*. Universidad de la Rioja.

bien señala el catedrático José Martínez de Pisón³⁰, el estado de salud, y, por lo tanto, los informes médicos, forman parte de la intimidad personal.

Cabe señalar que el reciente Reglamento (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGDP), establece en el artículo 9.1, bajo el apartado de Tratamiento de categorías especiales de datos personales, que: <<*Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexuales de una persona física*>>. No obstante, al igual que la normativa nacional tiene en cuenta el interés público en el ámbito de la salud pública, y dispone que: <<*El tratamiento de categorías especiales de datos personales, sin el consentimiento del interesado, puede ser necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública. Ese tratamiento debe estar sujeto a medidas adecuadas y específicas a fin de proteger los derechos y libertades de las personas físicas Con todo ello, podemos apreciar que en el ámbito sanitario se encuentra en juego el tratamiento de datos de salud, por lo cual el sujeto titular del derecho a la intimidad puede hacer uso de este, imponiendo el deber de abstenerse a terceros que tengan la intención de conocer dichos datos.*>> (apartado 54 de las Consideraciones). En consonancia con lo expuesto, el mencionado art.9 establece en su apartado 2 las excepciones a la prohibición del tratamiento de los datos con categoría especial.

Existe un aspecto bastante interesante, que recoge esta normativa, pues establece una presunción de capacidad para consentir el tratamiento de datos personales, estableciendo la edad en 16 años, a partir de la cual se presume que el menor prestará un consentimiento válido. Por el contrario, señala que los menores de 16 no podrán consentir sobre el tratamiento de sus datos, a menos que cuenten con la autorización del titular de la patria potestad o tutela, y solo será válido el consentimiento, en la medida en que estos lo otorgan (art.7.1 RGPD). Como bien sabemos, el RGPD resulta de aplicación directa en

³⁰ *Ídem*

España, por lo que, tiene fuerza de ley como cualquier otra norma nacional, y como tal, será de aplicación preferente, en cuanto otra norma disponga lo contrario.

En consecuencia, la vulneración del llamado derecho a la privacidad puede llegar a constituir un tipo penal de los recogidos en los arts. 197 y 198 CP. El TS se ha pronunciado sobre ello, indicando que: *“Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley, formando parte de su derecho a la intimidad”*.³¹ Cabe recordar que en el caso del ámbito sanitario, los datos relativos a la salud se encuentran recogidos en la denominada historia clínica, que se define como *<<el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial>>* (art.3 LAP).

Pues bien, el menor es titular del derecho a la intimidad y a la privacidad, pues estos buscan proteger los llamados bienes de personalidad. Por ello, por una parte, se deberá de tener en cuenta que se trata de datos relativos a la salud, por lo que requieren una rigurosa custodia de su tratamiento, debiendo haberse obtenido el consentimiento para su tratamiento. No obstante, hemos podido comprobar que el consentimiento para el tratamiento de datos se puede otorgar a partir de los 16 años, ya que en caso de ser menor de esta edad se precisará el consentimiento de los tutores legales. A estos efectos, el RGPD toma un papel fundamental, ya que modifica el límite de la edad para el consentimiento del tratamiento de datos, pues con anterioridad a la entrada en vigor de dicho Reglamento, la AEPD³² consideraba al menor como apto para consentir el tratamiento de sus datos, a partir de los 14 años, en atención al artículo 13.1 del RLOPD, con la salvedad de que se trate de casos en los que la ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela, por ello, se matizaba con el contenido del art.9.3 c) de la LAP, pues este sería un caso en el que la ley exige que para los menores de 16 años, se deba prestar el consentimiento de los tutores legales, en cuanto a intervenciones o tratamiento médico. Cabe señalar, que el art.8 del RGPD, deja abierta

³¹ STS 532/2015 de 23-09-2018, FJ 5.

³² Informe 0222/2014 de la AEPD. Disponible en: <https://www.aepd.es/informes/historicos/2014-0222.pdf>

la posibilidad de que los Estados miembros puedan establecer una edad inferior a los 16 años, siempre y no cuando no sea menor a 13 años.³³

En todo caso, la normativa nacional deberá adaptar el contenido de la LOPD y su respectivo Reglamento, conforme al RGPD, tarea que se encuentra en curso, a título informativo, cabe indicar que el Proyecto de Ley presentado por el Congreso de los Diputados establece el consentimiento válido para los menores, a partir de los 13 años³⁴

III) Consentimiento del menor en el ámbito sanitario

De cara a conocer, cómo se regula el consentimiento del menor en nuestra legislación, debemos señalar que la cuestión que debemos hacernos es ¿A qué edad los menores tienen autonomía de voluntad en el ámbito sanitario, o, mejor dicho, a qué edad se presume capacidad para la autodeterminación?.

En primer lugar, conviene definir lo que se conoce como *autonomía de la voluntad*, término más conocido en el ámbito civilista, y se define como la posibilidad que tiene una persona de regular libremente sus intereses y ejercer sus facultades al respecto de su salud o enfermedad, lo que vendría a ser la *autonomía del paciente*. Por otra parte, la autodeterminación se encuentra íntimamente relacionado con la capacidad de los pacientes de rechazar ciertos tratamientos, o de realizar su planificación apriorística de los tratamientos. Pues se trata de un derecho que deriva de la autonomía del paciente³⁵. LOZANO ARJONA señala también que “*La autonomía de la voluntad y la autodeterminación de los pacientes necesitan, como punto de partida que los enfermos reciban toda la información disponible relativa a su proceso de salud.*”³⁶.

En este aspecto, debemos señalar que la LAP, enumera una serie de principios aplicables en el ámbito sanitario, entre los cuales encontramos que: <<*Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el*

³³ *Protección de Datos y Administración Local. Guías sectoriales AEPD*. Disponible en: <https://www.aepd.es/media/guias/guia-proteccion-datos-administracion-local.pdf>

³⁴ Art. 7.2 del *Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*.

³⁵ Lozano Arjona, Mario. *Novedades legislativas modificativas de la autonomía de la voluntad de los pacientes*. Diario La Ley, Nº 8637, Sección Doctrina, 3 de noviembre de 2015

³⁶ *Ídem*

paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.>> (Art.2.2). Del mismo modo, la citada ley define el 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).

Dicho lo anterior, y en relación con la autonomía de todo paciente, la misma normativa establece que toda actuación en el ámbito sanitario precisa el consentimiento libre y voluntario del paciente afectado, una vez recibida la información necesaria. Como precedente al consentimiento informado, el paciente tiene derecho a ser informado de toda la información disponible sobre su salud (art.4). Pues bien, se ve que, sin hacer uso de este derecho no es posible prestar el denominado *consentimiento informado*, que “*constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo.*”³⁷

Tras lo expuesto, parece no haber problema, ya que cuando se trata de personas mayores de edad, con plena capacidad de obrar, no plantea duda alguna, pues estas personas como titulares de los derechos fundamentales implicados en este ámbito, como el derecho a la vida, a la integridad física y a la intimidad, son titulares capaces, por lo cual pueden ejercer sus derechos con plena disposición. Cuestión distinta es la de los menores de edad, pues estos, en dependencia del rango de edad que tengan, pueden ser considerados por la norma con mayor o menor capacidad de obrar en el ámbito sanitario, y ello se expresa a través de la capacidad para poder prestar su consentimiento informado en las intervenciones o estudios a los que se someta.

Como bien se ve, en el caso planteado en la Clínica Legal, la normativa no es clara sobre a partir de qué edad los menores son sujetos plenamente capaces para prestar su consentimiento en el ámbito sanitario, si bien este no era el objeto principal de la

³⁷ STS 3/2001 de 12-01-2001, FJ 1.

consulta, fue un tema que se abordó por conexión con la titularidad de los derechos como paciente, como es el derecho a ser escuchado y oído y el derecho a recibir información.

Comoquiera que, *prima facie*, parece ser que la *ratio legis* es el de dar más autonomía a los menores, sin tomar como único criterio la edad biológica, sino por el contrario, teniendo en cuenta la *capacidad natural*³⁸ que pueda haber adquirido el mismo de forma individual, pues si bien la edad sirve para presumir cierta madurez, lo cierto es que se ha comprobado que este criterio no refleja el nivel de consciencia de cada persona, ya que éste se va adquiriendo por diversos factores que pueden ser el entorno social, cultural, económico o familiar.

El Comité de los Derechos del Niño, en desarrollo al art.12 de la CDN, ha realizado el análisis en su Observación General No.12 del año (2009), y ha discernido en cómo debería ejercer el menor el derecho de ser escuchado en diversos ámbitos, entre ellos, en la atención a la salud. Además, este organismo aplaude el hecho de que algunos países ya hayan fijado una edad, a partir de la cual se puede consentir sin necesidad de evaluación profesional previa, e incluso recomienda que cuando haya un menor que tenga menos de la edad fijada y demuestre capacidad para expresar su opinión, con conocimiento de causa de su tratamiento, se tome debidamente en cuenta tal opinión.

Por su parte, existe un convenio internacional, ratificado por los Estados miembros del Consejo de Europa, que ha orientado las normas en materia de derechos humanos aplicados al ámbito de la medicina, se trata del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), también conocido como el Convenio de Oviedo, que entró en vigor en el año 2000. En concreto, la disposición que nos interesa es la establecida en el artículo 6.2 que dice lo siguiente: *<<Cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley. La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez >>*. Nuevamente, vemos que

³⁸ Isaac Ravetllat Ballesté. *El consentimiento informado de la persona menor de edad a los tratamientos e intervenciones médicas*. La Ley Derecho De Familia, N.º 13, Primer Trimestre de 2017.

prima la capacidad natural del menor para tener en cuenta su opinión, en mayor o menor grado, si se concluye que es maduro.

En el marco de la Unión Europea, encontramos el Reglamento No 536/2014 que regula el procedimiento sobre los ensayos clínicos de medicamentos de uso humano. Para que el ensayo sobre menores de edad sea legal se pide, además de otras condiciones, que el menor haya recibido la información, de modo adaptado a su edad y madurez mental, proporcionada por investigadores o miembros del equipo de investigación con formación o experiencia en el trato con menores. Del mismo modo, el investigador debe respetar el deseo explícito de un menor, que sea capaz de formarse una opinión y evaluar la información respectiva a la intervención, de negarse a participar en el ensayo clínico o de retirarse en cualquier momento. En cierto modo, vemos que no se establece una determinada edad para poder tener en cuenta la voluntad del menor, sino que, basta con que el profesional se percate de que el menor es capaz de entender las consecuencias de la intervención.

Podemos detectar que la normativa europea se basa en la capacidad natural para determinar si el menor de edad es capaz de entender la causa y efecto de la información médica y, por ende, de consentir.

Con base a ello, en la legislación nacional especial encontramos, la LAP, que como bien explicamos en el caso, el art.9.3 c) se refiere a que habrá consentimiento por representación cuando el paciente menor de edad *no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender* el alcance de la intervención. No establece que, por el mero hecho de ser menor de edad, se dé el consentimiento por representación (art.154.2º CC)³⁹, sino, por el contrario, añade que el menor debe estar en una situación de falta de comprensión, esto quiere decir que existe la posibilidad de que el menor, independientemente de la edad, tenga la capacidad de poder comprender el alcance de la intervención, y, por lo tanto, *capacidad natural* para prestar su consentimiento. Sin

³⁹ Art.154.2 CC: <<Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad>>.

embargo, en caso de ser considerado como incapaz intelectual y/o emocionalmente, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, aunque, después de haber escuchado la opinión de este, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la LOPJM.

Ahora bien, cuestión distinta a la de consentir es la del *derecho a ser oído y escuchado*, que es el contenido que encontramos regulado en el mencionado artículo 9 de la LOPJM al cual nos remite la LAP, que, no obstante, va directamente vinculado a la capacidad de consentir. Pues bien, esta previsión establece que cuando el menor tenga *suficiente madurez*, podrá ejercitar el derecho a ser oído y escuchado, por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. Para saber que el menor tiene la madurez exigible, se valorará de forma individual y por personal especializado. Finalmente, el precepto añade una *presunción* de madurez suficiente cuando el menor tiene los **doce años** cumplidos, del mismo modo que su artículo 17.4 y 6. Ello quiere decir que, una vez cumplidos los doce años, la palabra del menor tendrá mayor transcendencia a la hora de determinar qué decisión toman los progenitores o tutores legales, pues aun teniendo derecho a opinar, no se dice que el menor pueda consentir, pero cabría pensar qué ocurriría si el menor discrepa de la decisión de los padres o representantes, cuestión que abordaremos más adelante.

En todo caso, el art. 9.7 de la LAP, dispone que: *<< La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.>>*. Este precepto intenta garantizar que el consentimiento por representación se ejerza siempre en beneficio del representado, por lo que el representante no podrá tomar una decisión que se presuma que perjudique a aquél, ni el médico respetar dicha decisión perjudicial.⁴⁰

⁴⁰ Ramiro Avilés. M.A. y Montalvo Jääskeläinen. F. *Los derechos fundamentales y libertades públicas en el marco de los dilemas bioéticos*, Los derechos humanos en España: un balance crítico. Tirant lo Blanch. pp. 559-632.

Por otra parte, resulta curioso que, a diferencia de este precepto, exista una normativa que sí exige que el menor con doce años cumplidos deba dar su consentimiento (no solo opinión), en concreto, el art.5.3 del Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos prevé que: <<. (...) Cuando las condiciones del sujeto lo permitan y, en todo caso, cuando el menor tenga doce o más años, deberá prestar además su consentimiento para participar en el ensayo.>>. Esto quiere decir que, debe haber un consentimiento conjunto de los representantes y del menor, sujeto del ensayo clínico. Esta norma hace una remisión al art.32 del citado Reglamento (UE) n.º 536/2014, y es partidaria en tener en cuenta la *capacidad natural* del menor, sin establecer una edad determinada, ya que en todo caso la madurez se apreciará por parte del personal facultativo. No obstante, establece la necesidad de un *consentimiento conjunto*, en caso de que el menor tenga suficiente madurez para consentir: <<Será necesario que se haya obtenido el consentimiento informado previo de los padres que no estuvieran privados de la patria potestad o del representante legal del menor, a quien deberá oírse si, siendo menor de doce años, tuviera suficiente juicio.>>. Pues de esta norma se desprende que, por un lado, establece el derecho de ser oído al menor de doce años, así como el derecho, o mejor dicho la necesidad, de que este preste su consentimiento en caso de que su nivel de madurez lo permitan.

Además de las citadas normativas, la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica, regula también este punto, en concreto, el artículo 20.1 c) establece como uno de los requisitos que debe concurrir para que los menores o incapaces se sometan a investigaciones, << Que la persona que vaya a participar en la investigación haya sido informada por escrito de sus derechos y de los límites prescritos en esta Ley y la normativa que la desarrolle para su protección, a menos que esa persona no esté en situación de recibir la información.>>. De la citada norma se puede deducir que, en todo caso se debe informar a los menores o incapaces, a menos que estos se encuentren en una situación en la cual no puedan comprender, en absoluto, el contenido de la investigación, al igual que en las anteriores normas, esta concibe la capacidad natural del menor como regla general, y establece además el derecho a ser escuchado, dando cumplimiento, al igual que las anteriores normas, a lo dispuesto en el art.12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Existe otro supuesto previsto en la misma Ley, referido a la donación de embriones o fetos humanos o de sus estructuras biológicas (art.29). En caso de que el donante o donante fuera menor no emancipado o incapacitado, se establece como requisito acumulativo, el consentimiento del menor no emancipado o incapacitado, así como el de su representante legal. Incluso, se prevé el consentimiento del menor o incapacitado *post mortem*, bastando no contar con la oposición expresa de quienes ejercieran, en vida de aquéllos, su representación legal. De este modo, se observa que en estos casos todo menor, debe ser informado y deberá, además, prestar su consentimiento, no bastando con el de su representante legal.

Debemos señalar que, con el fin de dar luz a estas cuestiones, algunas Comunidades Autónomas han regulado el consentimiento del menor, como, por ejemplo, la Ley 8/2003, de 8 de abril, de Castilla y León sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud, que establece en su artículo 5 que “*toda persona mayor de 16 años o menor emancipada ha de considerarse capacitada, en principio, para recibir información y tomar decisiones acerca de su propia salud. Asimismo, y sin perjuicio de lo anterior, habrán de considerarse capacitados todos los menores que, a criterio del médico responsable de la asistencia, tengan las condiciones de madurez suficiente*”. Esta norma podría ser la solución en materia del consentimiento del menor, ya que contiene dos dimensiones, por una parte la dimensión biológica, ya que establece una edad determinada, para poder consentir, no obstante, no veta la posibilidad de que una persona menor a la edad establecida de 16 años, tenga la suficiente *capacidad natural* para poder entender y asumir una decisión, y se aprecia además, que la norma se refiere tanto a la capacidad de recibir información, como a la prestar consentimiento, que como hemos dicho no son los mismos derechos, ya que por un lado, un menor puede ser informado sobre la situación concreta, así como ser escuchado, pero cuestión distinta es que el mismo pueda tomar una decisión⁴¹.

Del mismo modo se recoge esta doble dimensión la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja: <<*Los menores tienen derecho a recibir información sobre su salud y sobre los tratamientos que les sean aplicados de modo adaptado a su edad y madurez. En los casos en que la legislación sanitaria requiere la prestación del consentimiento informado, éste deberá ser prestado igualmente por los*

⁴¹ Ramiro Avilés. M.A. y Montalvo Jääskeläinen., *op. cit.*

mayores de dieciséis años e incluso por los menores de esta edad cuando gocen de madurez emocional suficiente. Cuando deban prestar dicho consentimiento los representantes legales del menor, deberá ser oído éste si tiene doce años cumplidos. En cualquier caso, se deberá informar al menor de forma comprensible y adecuada a sus necesidades sobre su situación sanitaria y sobre las actuaciones que requiere.>>(art.15.3).

Por su parte, cabe pararnos a pensar qué ocurre con los menores de doce años, para los cuales existe una presunción de falta de capacidad o madurez, según lo que se puede deducir de los preceptos anteriores. Parece ser que en estos casos serán los padres o tutores los que decidan lo más oportuno para el menor, pues tener en cuenta la opinión del menor estará en manos del personal facultativo, éste será el que decida si el menor de doce años tiene o no capacidad para recibir la información o podrá ser oído y escuchado, como podremos comprobar a continuación (Art.5.3 de la LAP y art.9.2 LOPJM). Como señala ROMEO MALANDA, *“la madurez exigida no tiene por qué ser la misma en todo tipo de actos médicos, pues hay algunos que por su complejidad necesitarán de un mayor discernimiento de la persona que otros, que en principio cualquiera puede entender. Será el médico que atiende al paciente menor en cada caso concreto quien deberá determinar si éste reúne las condiciones de madurez para aceptar su decisión o, por el contrario, si deberá pedir el consentimiento de sus representantes legales.”*⁴² Esto quiere decir, que en todo caso será el personal facultativo, el que aprecie madurez o no del menor de 12 años, que en todo caso, estará condicionada por la gravedad de la trascendencia o repercusión de la intervención o tratamiento médico, objeto de la prestación del consentimiento. Quedando, en cierto modo, abierta la posibilidad de que el menor de 12 años pueda prestar su consentimiento, aunque se trata de un supuesto poco probable, ya que la norma, si bien no prohíbe el consentimiento por parte de los menores de 12 años, ya que como hemos dicho, deja en manos de los facultativos que estimen la madurez o no de estos; sí que establece un umbral de edad para ser oídos y escuchado, que al fijarlo en 12 años en adelante, parece ser más complicado que por debajo de ese umbral se considere a un menor capaz de consentir, cuando es la propia norma la que establece una edad para presumir la capacidad de recibir información para ser oído y escuchado.

⁴² Romeo Malanda, Sergio. *Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes*. Diario La Ley, N° 5703, Sección Doctrina.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que, en todo momento <<El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.>> (Art.4.3 LAP). Con este precepto podemos decir, que el médico tiene el deber de informar al paciente, y, por lo tanto, de permitir que este haga uso del derecho a ser escuchado, y en su caso, preste el consentimiento. Ahora bien, para que el médico facilite la información al menor, valorará en todo momento si el menor de doce años es o no capaz de comprender los extremos de la situación particular en la cual se encuentre. En el caso de los menores que hayan cumplido doce años, se entiende según la LOPJM que, en todo caso tendrán derecho a ser oído y escuchado, por lo tanto, derecho de ser informado.

Dicho esto, teniendo en cuenta los derechos de recibir información y el de ser oídos y escuchados, la LOPJM establece que <<el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias>> (Art.9.1). Siempre se deberá garantizar el derecho de información y el de opinión del menor sin discriminación de edad; es decir, mayor o menor de doce años; por lo que el personal facultativo deberá expresarse de un modo adecuado y con términos modulados a su grado de desarrollo intelectual.

Podemos pensar que los padres tienen libre disposición sobre lo que consentir o no sobre sus hijos, pero esta facultad se limita en cuanto colisiona con los derechos del menor, como bien vimos en la consulta, el art.162 CC. dispone que la representación por parte de los padres no opera en los actos relativos a los derechos de la personalidad, como son los actos relativos a la vida y a la integridad física. El objeto de la norma es velar en todo momento por el interés superior del menor⁴³, sin que puedan verse sometidos a

⁴³ Véase el art.2 de la LOPJM, el cual establece que las limitaciones de la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de manera restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor. Asimismo,

decisiones que conlleven un gran perjuicio a corto o largo plazo. En todo caso, el consentimiento por representación no podrá ser contrario a los intereses del menor⁴⁴. Si el personal facultativo tiene conocimiento de tal situación, deberá comunicarlo al Ministerio Fiscal, salvo que, por razones de urgencia no sea posible, en tal caso, los profesionales sanitarios deberán adoptar las medidas necesarias en salvaguarda de la vida y salud del paciente, nos encontraríamos frente a una causa de justificación por cumplimiento de un deber y de un estado de necesidad (art.9.6 LAP), que se encuentra recogido en el Código Penal, en concreto, en el art 20. 5º y 7º, por lo que no habría medidas penales frente al personal sanitario, a causa de su actuación sin consentimiento. Al haber una colisión de derechos; recordemos, además, que también se vería afectado el derecho a la intimidad y privacidad, pues los menores son los titulares del derecho a la información sanitaria y ello conlleva un deber de confidencialidad por parte del personal sanitario (Art.5.1 LAP), lo que ocurre es que éste derecho cede en beneficio de su interés superior; por eso deberá de cumplir con los requisitos del juicio de ponderación, la medida deberá ser adecuada, necesaria y proporcionada (art.9.7 LAP).

En definitiva, lo que hace la norma es establecer un mandato de audiencia, pues todo menor que haya cumplido doce años sea o no capaz (no hay necesidad de evaluarle) debe ser oído y escuchado, previamente informado; pero la legislación no prohíbe que todo menor que tenga suficiente raciocinio, menor de los doce años, también pueda ser escuchado, es más, como hemos indicado, deja abierta incluso la posibilidad de que pueda consentir. Podría decirse, que “en materia sanitaria se viene tomando como referencia el periodo entre los 12 y los 15 años, teniendo en cuenta que la mayoría de edad sanitaria son los 16 años.”⁴⁵

En el caso de los **menores emancipados o mayores de dieciséis**, el art.9.4 de la LAP establece una excepción al consentimiento por representación, siempre y cuando éstos no se encuentren con la capacidad modificada judicialmente o, que el personal especializado no considere que es incapaz emocional o intelectualmente. Esto supone que, cuando se cumple los dieciséis, será el menor el que reciba toda la información y, en

establece una serie de criterios, entre los cuales encontramos la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas.

⁴⁴ Anguita Ríos, Rosa M. *La administración de los bienes de los hijos menores en el ejercicio de la patria potestad*. Actualidad Civil, Nº10.

⁴⁵ Tal y como señala Moure González, E. en el su artículo: «*La ley del menor*» y *el menor en la ley. La autonomía del niño en la novela de Ian McEwan «The Children Act» y su conexión con la nueva normativa española*. Diario La Ley, Nº 8959, Sección Doctrina.

consecuencia, consienta. El personal sanitario no tiene por qué evaluar la aptitud en este caso, pues por el hecho de conocer su estado civil de emancipado o su edad, bastará para considerarlo lo suficientemente maduro para tener autonomía y poder ejercer plenamente sus derechos que le corresponden como paciente. Se trata de una presunción *iuris tantum*, por lo que se podría admitir prueba en contrario.

Conforme a lo que hemos podido ver, hay un factor que siempre tomará juego en el asunto, se trata del riesgo que puede correr la vida o salud del menor ya sea porque rechaza el tratamiento o porque decide por otro menos beneficioso. Esto puede ocurrir con un menor que sea capaz de entender el alcance de la intervención o tratamiento médico, pero que, no obstante, no decide consentir para lo que es más beneficioso. En tal caso el médico deberá comunicarlo a los padres o representante. El art. 9.4 que presume madurez para consentir, a los menores emancipados o mayores de dieciséis, añade que, *“cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo”*. Se precisa añadir tal párrafo, ya que se otorga plena capacidad para consentir, pero a su vez establece una excepción, mientras que a los menores entre doce y quince les otorga el derecho a opinar, más no el de consentir, que dependerá del criterio del médico. En todo caso, parece ser que en este supuesto la última palabra la tendrá el juez, dado que habrá de determinarse el concepto de *<<actuación de grave riesgo>>*⁴⁶

Por último, el art.9 en su apartado quinto, dispone que la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación. Dado que ya hemos hablado de los ensayos clínicos anteriormente, atenderemos a la práctica de técnicas de reproducción humana asistida, que tiene su regulación especial en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, únicamente para señalar que ésta norma no permite ser partícipe de dichas técnicas a mujeres menores de dieciocho años, estableciendo que: *<< Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su*

⁴⁶ Nieto Alonso, Antonia. *La relevancia del consentimiento del menor. Especial consideración de la anticoncepción en la adolescencia: garantías jurídicas de los menores y de los profesionales de la salud*. Diario La ley Nº 7041.

consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual.>> (art.6.1).

En cuanto a la interrupción voluntaria del embarazo⁴⁷, cabe hacer mención a que con anterioridad a la última reforma, es decir, entre los años de 1996 a 2015, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo modificó la LAP, en tal extremo que, para la interrupción voluntaria del embarazo de mujeres de 16 y 17 años, bastara con el consentimiento de la paciente afectada, sin incluir la opinión de los padre o tutores legales, esta norma recogía una presunción *iure et de iure* de que la menor es lo suficientemente madura para abortar.⁴⁸

En la actualidad, la LO 2/2010, de 3 de marzo, recoge en su art.13 apartado tercero que el consentimiento de la mujer embarazada, o en su caso, de su representante legal, debe ser expreso y por escrito, de conformidad con lo establecido en la LAP. En este caso nos remite al art.9, y este añade que: *<< Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.>>*. Esto supone que, si se tratara de menores emancipadas o mayores de dieciséis aun prestando consentimiento por considerarse capaces *ope legis*, se necesitará consentimiento expreso de sus padre o representantes y en caso de discrepancias, se estará a lo establecido en el Código Civil sobre representación, que entendemos se refiere a los arts.162⁴⁹ y 163⁵⁰. Así como el art.158,

⁴⁷ Isaac Ravetllat Ballesté. *El consentimiento informado de la persona menor de edad a los tratamientos e intervenciones médicas. op. cit.*

⁴⁸ Anguita Ríos, Rosa M. *La administración de los bienes de los hijos menores en el ejercicio de la patria potestad. op. cit.*

⁴⁹ Acerca de las excepciones de representación legal, señala que se exceptúan:

1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo.

No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia.

2.º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.

3.º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

⁵⁰ Véase que esta disposición se refiere al conflicto de intereses entre padres e hijos: *<<Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento*

que dispone que: << *El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: (...) 4.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicio*>> Cabe señalar que dicho precepto resulta aplicable en caso de la tutela, dado que el art. 216.2.º CC se remite a la citada norma.⁵¹

La Disposición Adicional segunda de la LAP, establece que ésta será de aplicación supletoria en materia de consentimiento informado del paciente en los proyectos de investigación médica, en los procesos de extracción y trasplante de órganos, en los de aplicación de técnicas de reproducción humana asistida y en los que carezcan de regulación especial. Cabe mencionar que la legislación reguladora de extracción y trasplante de órganos dispone que las donaciones en vida solo podrán realizarlas personas mayores de edad, que además de cumplir otros requisitos, deberán gozar de plenas facultades mentales y de un estado de *salud* adecuado. Y en personas fallecidas menores de edad podrá realizarse, si no hay oposición expresa por quienes hubieran ostentado en vida de aquéllos su representación legal, conforme a lo establecido en la legislación civil.

En cualquier caso, cuando nos encontramos ante una situación en la cual se produce una colisión de derechos, siempre se tendrá en cuenta las consecuencias de la decisión que el menor de edad tome, los caracteres de definitiva e irreparable, en cuanto conduzca, con toda probabilidad, a la pérdida de la vida, y es que, en todo caso, el derecho a la vida se concibe en dimensión objetiva como un “valor superior del ordenamiento jurídico constitucional” (STC 154/2002, de 18-07-2002, FJ10), y como tal prevalecerá en el supuesto de que, por decisión del menor, se vea afectado dicho bien.

En definitiva, se puede observar que la normativa otorga la *cuasi plena capacidad* para consentir, a los menores emancipados o a aquellos que hayan cumplido los 16 años, ya que, en todo caso, establece una cláusula de salvaguarda con el fin de proteger los bienes jurídicos del menor. Por cuanto a los menores que tengan entre 12 y 15 años, se observa que, por regla general, en todo caso deben ser informados y

cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar.

Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad.>>

⁵¹ Nieto Alonso, A. *La relevancia del consentimiento del menor. Especial consideración de la anticoncepción en la adolescencia: garantías jurídicas de los menores y de los profesionales de la salud.* op. cit.

escuchados, y que por lo tanto tienen cierta capacidad de consentir (dependiendo si el facultativo lo considera o no capaz), sin llegar a la posición de los mayores de 16 años. Respecto a los menores de 12 años, solo podrán hacer uso del derecho a la información y a ser oídos, cuando el facultativo sanitario considere que es capaz de entender, en cierta medida, la información, existiendo, en consecuencia, poca probabilidad de ser considerados capaces para consentir.

Se concluye que la *plena* capacidad se otorga cuando el sujeto cumple la mayoría de edad (art.315. CC)

III) Responsabilidad de la menor y de los padres en caso de transmisión del VIH

En atención a la falta de información de la menor, en el caso de la consulta, cabe hacer un breve análisis, de las consecuencias jurídicas que podría desprender el hecho de que la menor de 14 años, en algún momento deje de tomar la medicación, y que, por lo tanto, pueda transmitir la enfermedad del virus de inmunodeficiencia humana a su pareja, pues la carga viral de su enfermedad podría aumentar.

Como bien hemos explicado en la resolución de la consulta, hoy en día la medicación para controlar la enfermedad ha avanzado hasta tal punto de minimizar la carga viral, haciendo que esta sea intransmisible.

En primer lugar, debemos señalar que, al ser menor de edad, resulta de aplicación lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que recoge la responsabilidad de menores de edad entre los 14 y 17 años que sean autores de hechos constitutivos de delitos o faltas tipificadas en el Código Penal o leyes penales especiales.

Dicho lo anterior, en caso de que la menor de 14 años transmitiese la enfermedad de VIH, estaríamos frente a un delito de lesiones⁵², recogido en el art. 149.1 CP, en caso de que ser clasificado como un delito doloso, o en el art.152 en caso de ser considerado como delito imprudente. No obstante, de antemano cabe descartar los dos tipos, puesto que no puede ser considerado doloso ni imprudente por la existencia de ignorancia por

⁵² STS 1218/2011 de 8-11-2011 (FJ1).

parte de la menor, ya que no es consciente, y, por lo tanto, no puede concurrir dolo directo ni eventual, ya que no hay ni tan siquiera conocimiento de la enfermedad como para prever la posible transmisión, así como tampoco puede poner en práctica las diligencias necesarias para la no transmisión por lo que tampoco puede ser considerada como una imprudencia grave.

Por otra parte, si bien ha quedado descartada la responsabilidad penal por parte de la menor, cabe hacer mención a la llamada responsabilidad extracontractual que se encuentra recogida en el art.1902 del Código Civil, que establece: << *El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.*>>. No obstante, teniendo en cuenta que se trata de una menor, resultaría de aplicación lo dispuesto en el artículo 1903 que recoge la responsabilidad extracontractual por hechos ajenos, en concreto, en nuestro caso sería de aplicación el apartado referente a los padres, pues estos son responsables por los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su custodia.

Para desvirtuar la responsabilidad por acciones ajenas o *por culpa in vigilando*⁵³, se pide que las personas mencionadas en el art.1903, prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. Diligencia que no podría predicarse de la actuación de los padres de la menor, ya que en nuestra consulta aquellos no toman las medidas necesarias para que no se transmita la enfermedad, dejando así a la menor en una situación de total desconocimiento. Del mismo modo, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, establece en su artículo 61.3 que: << *Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos.*>>.

En definitiva, ante una posible transmisión, los sujetos afectados serían los padres de familia, los cuales responderán por la vía civil, por los daños que pudieran causarse a la pareja de la menor, como consecuencia de la falta de conocimiento de la

⁵³ Magro Servet, Vicente. *Responsabilidad por culpa in vigilando*. Disponible en: https://revistas.elderecho.com/revistas/revistadejurisprudencia/Responsabilidad-culpa-in-vigilando_11_610180002.html

enfermedad, circunstancia que se ha dado por decisión de los padres, en el ejercicio de la patria potestad.

CÁPITULO III

CONCLUSIONES

PRIMERA

Como hemos comentado, el trabajo de la Clínica es el de dar asesoramiento legal a las personas que se encuentran en una situación vulnerable, llevando a cabo una función social a través de una función formativa para los estudiantes, pudiendo así mejorar ciertas habilidades.

En tal sentido, el trabajo de la CLFD aporta un considerable bagaje jurista, ya que las consultas recibidas normalmente tratan de normativa que no se estudia en la formación de Derecho, o que, se ve *grosso modo*, proporcionando así la oportunidad de poder conocer más a fondo una temática, a través de un caso real, es decir, aplicando las leyes a personas reales, tras realizar una tarea de investigación, función que se realiza en el ejercicio de la profesión de la abogacía, ya que en un despacho pueden llegar distintos clientes con distintos casos y adversidades. De tal forma, se adquiere conocimiento a la vez que experiencia en la práctica profesional y, además, ayuda a sensibilizar a los juristas, con el fin de poder conocer las dificultades de aquellas personas que buscan el amparo en la normativa de distintos ámbitos, creando cierto nivel de madurez en el alumno.

SEGUNDA

Debe tenerse en cuenta que estas habilidades no son fáciles de desarrollar con el vigente plan de estudios, que por lo general, se centra en un método teórico por la corta duración de las materias, a pesar de los casos prácticos que pueden realizarse a lo largo del curso académico, se puede apreciar que los conocimientos y habilidades adquiridos en el Grado resultan un tanto insuficiente, cuando no has tenido la oportunidad de llevar a cabo actividades extra universitarias, ya que en el ejercicio de la profesión nos encontramos con la necesidad de poder aplicar ciertas técnicas que solo puedes adquirirse a través de la práctica.

TERCERA

Otro punto que destacar es el interés público que puede tener la función de la Clínica, puesto que, al tener una dimensión social, puede utilizarse como un instrumento que da a conocer las carencias jurídicas para las personas que se encuentran en una situación de desventaja, pudiendo así tomarse medidas al respecto con ayuda de las Asociaciones y ONGs. Pues el papel de la Clínica, sirve, en cierta medida, como un medio para el fomento de la igualdad de las personas con enfermedades crónicas y/o discapacidad.

CUARTA

Acerca de la consulta planteada por la médica, se puede concluir que, en el ámbito sanitario, todos los menores, a partir de 12 años son titulares ejercientes del derecho a la información asistencial y a la opinión (derecho a ser oído y escuchado), derechos que les corresponden como pacientes en el ámbito sanitario. Por ello, los médicos deberán informar en todo caso, de manera clara y comprensible acorde a la edad del menor, con el fin de que puedan hacer uso del derecho a ser oídos y escuchados conforme a lo establecido por la LOPJM.

QUINTA

Respecto al ejercicio del derecho a la protección de datos de carácter personal, por parte del menor, queda en evidencia que se trata de un punto, que, hasta el momento, en el ámbito sanitario se ha establecido en 14 años, según el informe de la AEPD. No obstante, habrá de tenerse en cuenta que dicho criterio fue establecido con anterioridad a la entrada en vigor del RGPD, por lo que este podrá sufrir modificación alguna en un futuro cercano, en vista del contenido del Proyecto Ley para la modificación de la LOPD, que fija una presunción de 13 años para la capacidad de consentir en materia de protección de datos.

SEXTA

Los menores de edad como titulares de derechos fundamentales no pueden ver mermados sus derechos como consecuencia del ejercicio de la patria potestad de los padres o tutores legales, pues en todo caso, como señala el TC, la incidencia sobre los derechos de los menores se dará en medida de la madurez del menor y de lo establecido

en la normativa sobre capacidad de obrar. Ello quiere decir, que, p. ej. en materia de protección de datos, si se establece una presunción de capacidad para ejercer sus propios derechos, la voluntad de los padres o tutores poco tiene que incidir. En todo caso, operará el interés superior del menor.

SÉPTIMA

De la atenta lectura de todo lo expuesto a lo largo del presente trabajo, se desprende que la regulación actual en materia del consentimiento del menor presenta carencias en cuanto a su exactitud, pues como hemos visto no queda muy claro a partir de qué edad debemos considerar que los menores de edad deben ser informados y en qué medida tomar en cuenta la opinión de este, quedando todo ello sobre un criterio subjetivo, del personal sanitario. Se aprecia la necesidad de que la normativa revista cierta unanimidad, p. ej. siguiendo el criterio de la normativa que recoge la Comunidad Autónoma de Castilla y León y La Rioja. Ya que como hemos podido comprobar, se considera capaz al menor, en dependencia de la ley aplicable en materia sanitaria, puesto que algunas normas establecen presunciones, como la citada, mientras otras solo utilizan el criterio de capacidad natural.

FUENTES NORMATIVAS, DOCTRINALES, INFORMES Y PÁGINAS WEB

LEYES INTERNACIONALES Y EUROPEAS

- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, páginas 38897 a 38904 (8 págs.).
- Carta Europea de los Derechos del Niño. DOCE nº C 241, de 21 de septiembre de 1992.
- REGLAMENTO (UE) No 536/2014 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 16 de abril de 2014 sobre los ensayos clínicos de medicamentos de uso humano, y por el que se deroga la Directiva 2001/20/CE.
- REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

LEYES NACIONALES

- Constitución Española «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.
- Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, «BOE» núm. 262, de 31 de octubre de 1992, páginas 37037 a 37045 (9 págs.). Disposición derogada.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, «BOE» núm. 281 de 24/11/1995.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 15 de 17/01/1996.
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. «BOE» núm. 298 de 14/12/1999.
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. «BOE» núm. 11, de 13/01/2000.

- Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. «BOE» núm. 55, de 04/03/2010.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. «BOE» núm. 206, de 25/07/1889.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. «BOE» núm. 274, de 15/11/2002.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. «BOE» núm. 126, de 27/05/2006.
- Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. «BOE» núm. 159, de 04/07/2007.
- Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. «BOE» núm. 17, de 19/01/2008.
- Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos. «BOE» núm. 307, de 24/12/2015.
- Orden de 9 abril 1996 por la que se aprueban las bases y circunstancias aplicables a los procesos selectivos para ingreso en los centros docentes militares de formación para acceso a la Escala Básica de Cabos y Guardias de la Guardia Civil.

NORMATIVA AUTONÓMICA

- Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud. «BOCL» núm. 71, de 14/04/2003, «BOE» núm. 103, de 30/04/2003.
- Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja. «BOR» núm. 33, de 9 de marzo de 2006 «BOE» núm. 70, de 23 de marzo de 2006.

JURISPRUDENCIA

- STC 254/1993, de 20 de julio de 1993. Recurso 1827-1990.
- STC 202/1999, de 8 de noviembre de 1999. Recurso 4138-1996.
- STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000. Recurso 1463-2000.
- STC 154/2002, de 8 de julio de 2002. Recurso 3468-1997.

- STC 208/2013, de 16 de diciembre de 2013. Recurso 1110-2011.
- STC 39/2016, de 3 de marzo de 2016. Recurso 7222-2013.
- STS 1165/1996, de 31 de diciembre de 1996. Recurso 1743-1993.
- STS 31/2001, de 12 de enero de 2001. Recurso 3688-1995.
- STS 1218/2011, de 8 de noviembre de 2011. Recurso 373-2011.
- STS 26/2013, de 5 de febrero de 2013. Recurso 1440-2010.
- STS 532/2015, de 23 de septiembre de 2015. Recurso 648-2015.

ARTÍCULOS DE DOCTRINA

- ANGUITA RÍOS, ROSA M. *La administración de los bienes de los hijos menores en el ejercicio de la patria potestad*. Actualidad Civil, N°10. Sección Persona y derechos. Octubre 2017, Editorial Wolters Kluwer.
- CORCHETE MARTÍN, MARÍA J. *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria*. Editorial La Ley 7840/2014. ISBN: 9788490203002, pp. 57-95.
- GONZÁLEZ M. FELIPE. *et alii. Evolución y perspectivas de la Red Universitaria sudamericana de Acciones de Interés Público. Defensa Jurídica del Interés Público*. Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Serie de Publicaciones 9, octubre 1999, Chile, pp. 34-37.
<http://derecho.uah.es/facultad/documentos/Memoria-Justificativa-CL.pdf>
https://revistas.elderecho.com/revistas/revistadejurisprudencia/Responsabilidad-culpa-in-vigilando_11_610180002.html
- LOZANO ARJONA, MARIO. *Novedades legislativas modificativas de la autonomía de la voluntad de los pacientes*. Diario La Ley, N° 8637, Sección Doctrina, 3 de noviembre de 2015, Ref. D-407, Editorial LA LEY.
- LOZANO GAGO, MARÍA DE LA LUZ. *Los derechos al honor intimidad e imagen en la Constitución Española y en las de EE. UU. Y Francia*. Diario La Ley. N°8593, Sección Tribuna, 30 de julio de 2015, Ref. D-307. Editorial La Ley.
- MAGRO SERVET, VICENTE. *Responsabilidad por culpa in vigilando*. Revista de Jurisprudencia. Lefebvre. Número 2, noviembre 2013. Disponible en:
- MARTÍNEZ DE PISÓN, JOSÉ. *El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional*. Universidad de la Rioja. AFD, 2016 (XXXII), pp. 409-430, ISSN: 0518-0872.

- MOURE GONZÁLEZ, E. «*La ley del menor*» y el menor en la ley. *La autonomía del niño en la novela de Ian McEwan «The Children Act» y su conexión con la nueva normativa española*. Diario La Ley, N° 8959, Sección Doctrina, 11 de abril de 2017, Editorial Wolters Kluwer.
- NIETO ALONSO, ANTONIA. *La relevancia del consentimiento del menor. Especial consideración de la anticoncepción en la adolescencia: garantías jurídicas de los menores y de los profesionales de la salud*. Diario La ley N° 7041, Sección Doctrina, 24 de octubre de 2008, Año XXIX, Ref. D-300, Editorial LA LEY.
- O'CALLAGHAN XAVIER. *Los derechos de la personalidad*. Compendio de Derecho Civil. Tomo 1. Lección 13ª. Edersa, 2004.
- RAMIRO AVILÉS, M.A Y RAMÍREZ CARVAJAL, P. VIH y Privacidad. Proyecto de Clínica Legal de CESIDA. Disponible en: <http://www.sidastudi.org/resources/inmagic-img/DD24722.pdf>
- RAMIRO AVILÉS, M.A. et alii. *Implantación de un Programa de Clínica Jurídica*. Memoria Justificativa de las Actividades Desarrolladas en el Proyecto de Innovación Docente *Implantación de un Programa de Clínica Jurídica*. Aprobado por el Vicerrectorado de Calidad e Innovación Docente de la Universidad de Alcalá. Disponible en:
- RAMIRO AVILÉS, M.A. y MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. *Los derechos fundamentales y libertades públicas en el marco de los dilemas bioéticos*. en F. Rey Martínez (Dir.), *Los derechos humanos en España: un balance crítico*, pp. 559-632, Tirant lo Blanch, Valencia, marzo de 2015. ISBN: 978-84-9086-406-7.
- RAMIRO AVILÉS, M.A. y RAMÍREZ CARVAJAL, PAULINA. *El acceso a la justicia de las personas con VIH: la experiencia de la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá como aprendizaje-servicio*. – La transformación de las enseñanzas jurídicas y criminológicas desde las clínicas por la justicia social. ISSN: 2079-5971.
- ROMEO MALANDA, SERGIO. *Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes*. Diario La Ley, N° 5703, Sección Doctrina, 23 de enero de 2003, Año XXIII, Ref. D-21, Editorial LA LEY.
- WILSON, RICHARD J. *Training for Justice: The Global Reach of Clinical Legal Education*. Penn State International Law Review Vol. 22:3, pp. 422-423.

- WITKER, JORGE. La enseñanza clínica como recurso de aprendizaje jurídico* Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho Año 5, número 10, 2007, pp. 181-207.

INFORMES REALIZADOS POR ORGANISMOS OFICIALES

- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE NACIONES UNIDAS, Observación General N° 12 (2009). *El derecho del niño a ser escuchado*.

OTROS INSTRUMENTOS NORMATIVOS

- CARTA EUROPEA DE LOS DERECHOS DE LOS PACIENTES. Roma, noviembre 2002. (Versión traducida de EUROPEAN CHARTER OF PATIENTS' RIGHTS). Disponible en:
<https://www.aecc.es/SobreElCancer/bibliotecadedocumentos/Documents/Declaraciones%20internacionales/carta%20europea%20de%20los%20derechos%20de%20los%20pacientes.pdf>
- PROYECTO DE LEY. 121/000013 Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal. 24 de noviembre de 2017. Boletín Oficial de las Cortes Generales.
- Informe 0222/2014 de la Agencia Española de Protección de Datos (emitido con anterioridad a la vigencia del RGPD). Disponible en:
<https://www.aepd.es/informes/historicos/2014-0222.pdf>
- Protección de Datos y Administración Local. Guías Sectoriales AEPD con la colaboración de FEMP y COSITAL. Disponible en:
<https://www.aepd.es/media/guias/guia-proteccion-datos-administracion-local.pdf>

PÁGINAS WEB

- Ilustre Colegio De Abogados De Madrid
http://crsa.icam.es/web3/cache/CRSA_probono.html

