

MENORES Y DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. LA AUTONOMÍA DEL MENOR

María José SANTOS MORÓN*

Resumen

En los últimos años ha suscitado un especial interés en la doctrina la cuestión del ejercicio por parte del menor de sus derechos de la personalidad, interés que se ha visto incrementado por la publicación de la Ley 41/2002 que consagra la posibilidad de los menores de prestar el consentimiento al tratamiento médico. Este trabajo pretende exponer de manera sucinta las tendencias doctrinales y jurisprudenciales actualmente existentes en este ámbito, revisando algunas opiniones contradictorias y poniendo de manifiesto ciertas situaciones escasamente coherentes.

Palabras clave

Derechos de la personalidad; capacidad de obrar; capacidad natural; autonomía del menor; consentimiento a la intromisión; intromisión ilegítima; consentimiento informado.

Key Words

Personality rights; legal capacity; «natural» capacity; minors' autonomy; consent to intrusion; illegitimate invasion; informed consent.

SUMARIO: I. El ejercicio por el menor de sus derechos de la personalidad. Capacidad de obrar *versus* capacidad natural. La autonomía del menor; II. El ejercicio de los derechos al honor, la intimidad y la imagen; 1. La prestación del consentimiento a la intromisión y la celebración de contratos; 2. La capacidad natural del menor; 3. Una norma conflictiva: El artículo 4 LOPJM y la capacidad del menor; III. La prestación del consentimiento al tratamiento médico; 1. Introducción. El artículo 9.3 de la Ley 41/2002; 2. El artículo 9.4 de la Ley 41/2002 y la nueva regulación del aborto; IV. Recapitulación. Una situación contradictoria: La autonomía del menor y su responsabilidad civil; V. Bibliografía.

* Catedrática de Derecho civil. Universidad Carlos III de Madrid.

I. EL EJERCICIO POR EL MENOR DE SUS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD: CAPACIDAD DE OBRAR *VERSUS* CAPACIDAD NATURAL. LA AUTONOMÍA DEL MENOR

EN el Derecho actual puede considerarse plenamente asentada la idea según la cual, en el ámbito de los derechos de la personalidad, no rigen las reglas generales de capacidad de obrar. Dado que el núcleo básico de estos derechos es la libertad y la dignidad de la persona, y su ejercicio contribuye al libre desarrollo de la personalidad, debe permitirse a todo individuo tomar sus propias decisiones en este campo siempre que tenga el suficiente discernimiento para comprender el acto que realiza. Para el eficaz ejercicio de los derechos de la personalidad basta pues que el titular de los mismos tenga lo que se viene denominando «capacidad natural», que puede ser definida como la capacidad de entendimiento y juicio necesarias para comprender el alcance y consecuencias del acto de que se trate y adoptar una decisión responsable (1).

Esta regla se consagró por primera vez en el artículo 162,1 CC tras la reforma de 1981. El citado precepto dispone que se exceptúan de la representación legal los actos relativos a derechos de la personalidad del hijo siempre que éste tenga suficientes condiciones de madurez. Poco tiempo después la mencionada regla fue corroborada por lo establecido en el artículo 3 LO 1/1982 de Protección al honor, la intimidad y la imagen, que dispone que el consentimiento a las intromisiones en los derechos al honor, la intimidad y la imagen debe ser otorgado por los menores o incapacitados «si sus condiciones de madurez lo permiten».

Con posterioridad la Ley 1/1996 de Protección jurídica del menor que, de acuerdo con la Convención sobre Derechos del Niño de 1989, se inspira en la idea según la cual la mejor forma de garantizar la protección del menor es promover su autonomía como sujeto, incide en la necesidad de reconocer al menor una capacidad gradual o «progresiva» para el ejercicio de sus derechos fundamentales (*vid.* EM, II).

La capacidad natural es una cualidad del sujeto que debe ser valorada caso por caso, en relación a la decisión de que se trate. Debe tenerse en cuenta que el grado de entendimiento necesario para el ejercicio de un derecho de la personalidad sólo puede determinarse en atención a la naturaleza y consecuencias del acto a que se refiera. No es lo mismo permitir que un turista nos haga una foto que dar el consentimiento a la extracción de un riñón. Ni es lo mismo desvelar ciertos datos íntimos que consentir la extracción de una muela, o profesar cierta religión. Todos estos actos implican el ejercicio de derechos de la personalidad, pero es evidente que el alcance y trascendencia de cada uno de ellos es diferente, al igual que su posible influencia en el desarrollo futuro del menor. Por ello, y a pesar de que parezca contrario a la seguridad jurídica, en el ámbito de los derechos de la personalidad debe prevalecer el criterio casuístico frente al cronológico (2). La seguridad no puede

(1) SANTOS MORÓN, M. J., *Incapacitados y derechos de la personalidad*, Madrid, Fundación ONCE-Escuela Libre Editorial, 2000, pp. 44 y ss.

(2) SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., «Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamento del libre ejercicio de los derechos de la personalidad», *Estudios Homenaje a Díez-Picazo*, tomo I, Madrid, 2003, pp. 960, 973, 974; GARCÍA GARNICA, M. C., *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 79, 80.

primar sobre el respeto a la personalidad y la dignidad del individuo (3). Si en el ámbito patrimonial las exigencias de seguridad del tráfico exigen establecer reglas fijas que garanticen la eficacia de los negocios jurídicos, cuando se trata de actos de naturaleza personal el interés predominante es el del propio sujeto que actúa, que debe prevalecer frente al interés de terceros (4).

Lo dicho, sin embargo, no impide que en algunos casos la ley exija una determinada edad para realizar ciertos actos de ejercicio de derechos de la personalidad, o que presuma que a partir de cierta edad el menor tiene capacidad natural para ejercerlos.

Un ejemplo de lo primero encontramos en el caso del consentimiento a la donación de órganos o la utilización de técnicas de reproducción asistida. En ambos supuestos se exige la mayoría de edad. Tanto el artículo 4 de la Ley 39/1979 como el artículo 9 del RD 2070/1999 exigen que el donante sea mayor de edad, goce plenas facultades mentales y haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión. El consentimiento debe otorgarse por escrito en presencia del juez encargado del Registro civil (ante quien debe comparecer también un médico que acredite el estado de salud física mental del donante y el médico responsable del trasplante) (5).

En cuanto a las técnicas de reproducción asistida, la Ley 14/2006, al igual que la normativa anterior (arts. 2.1 y 6.1 LTRA de 1985), exige tanto para ser donante (art. 5.6) como para ser usuaria de técnicas de reproducción asistida (art. 6.1), que se tengan más de 18 años y plena capacidad de obrar. Por consiguiente a estos fines no basta siquiera la emancipación, siendo necesario que se hayan cumplido la edad especificada, de 18 años (6).

(3) LAMA AYMÁ, A. de, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 103, 104, señala en este sentido que la variedad de actos de ejercicio de derechos de la personalidad hace desaconsejable establecer una edad fija. Ello puede vulnerar la personalidad del menor que tiene suficiente madurez sin haber alcanzado dicha edad y puede dejar desprotegido al menor que no la tiene pese a haber cumplido los años exigidos.

(4) Sobre ello SANTOS MORÓN, M. J., *ob. cit.*, p. 49. En similar sentido GARCÍA GARNICA, M.C., *ob. cit.*, pp. 192, 193.

(5) La exigencia de la mayoría de edad resulta lógica si se tiene en cuenta que el grado de entendimiento y juicio requeridos para consentir un tratamiento médico –como luego se dirá– está estrechamente ligado al resultado del balance riesgo-beneficio del mismo. La extracción de un órgano es un acto que disminuye sensiblemente la integridad del donante, no implica ningún beneficio objetivo para éste y además puede implicar riesgos para su salud (*vid.* SANTOS MORÓN, M. J., *ob. cit.*, pp. 90 y ss.) Por ello, en mi opinión, y si se tiene en cuenta que lo que justifica la exigencia de una determinada edad para consentir válidamente la extracción del órgano es la compleja naturaleza de la intervención, la emancipación del menor no debiera permitirle consentir por sí sólo la donación del órgano.

(6) La necesidad de que el usuario tenga al menos 18 años se explica si se piensa que la donación de gametos tiene importantes implicaciones éticas, al igual que el empleo de técnicas de reproducción asistida. Esta última exige además valorar convenientemente todas las posibles alternativas, así como los riesgos del tratamiento y, en particular, las consecuencias de una gestación futura.

Considerables implicaciones éticas tiene también la donación de embriones y preembriones para fines de investigación, lo que explica que la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, no permita a los menores de edad ni a los incapacitados otorgar el consentimiento al efecto (el art. 4.2 dispone que «se otorgará el consentimiento por representación cuando la persona esté incapacitada legalmente o sea menor de edad, siempre y cuando no existan otras alternativas para la investigación»), si bien se exige que participen «en la medida de lo posible y según su edad y capacidades en la toma

El menor, por consiguiente, no puede realizar estos actos de ejercicio de derechos de la personalidad, pero ello se justifica por la especial trascendencia que tienen y también, quizás, por la previsible necesidad de que exista un completo desarrollo físico.

En otros supuestos la ley presume que el menor, a partir de cierta edad, tiene suficiente capacidad natural para realizar el acto de que se trate. Así ocurre en relación a la prestación del consentimiento al tratamiento médico. La Ley 41/2002 sobre derechos de los pacientes, a la que luego nos referiremos con más detenimiento, dispone que a partir de los 16 años corresponde al menor otorgar el consentimiento informado y, respecto de los menores de edad inferior, habrá que valorar si poseen o no suficiente capacidad. Es claro, por consiguiente, que se sobreentiende que los menores mayores de 16 años tienen suficiente capacidad para decidir en este ámbito (7).

Hay ocasiones, no obstante, en que la ley presume que el menor tiene capacidad natural para decidir y exige, por tanto, su consentimiento, pero sin embargo no lo considera suficiente, requiriendo también la intervención de los padres o tutor. En estos casos hay que entender que los representantes del menor actúan en funciones de «asistencia» (no en su cualidad de representantes) a fin de completar la capacidad del menor. Ejemplos de esta situación son las normas relativas a la participación en ensayos clínicos y la regulación del ingreso de menores en asociaciones «ordinarias», es decir, no infantiles ni juveniles. Así, el artículo 7.3 a) RD 223/2004, dispone que si el sujeto del ensayo es menor de edad será necesario el consentimiento de los padres o el representante legal del menor junto con el del menor cuando éste tenga más de 12 años (8). Es decir, a partir de los 12 años se presupone que el menor tiene una cierta capacidad para decidir si quiere o no participar en un ensayo clínico, pero su manifestación de voluntad no se considera plenamente eficaz, lo que se explica porque el nivel de madurez y juicio precisado para dar un eficaz consentimiento al ensayo es elevado, debido a que se trata de

de decisiones a lo largo del proceso de investigación» (art. 4.2, inciso tercero). En el caso de participación en investigaciones que implican procedimientos invasivos está igualmente justificada la regla enunciada porque se trata de actuaciones médicas que conllevan graves riesgos y dudoso beneficio para la salud del enfermo (*vid.* art. 14).

(7) Para otorgar el denominado «documento de instrucciones previas», más comúnmente conocido como «testamento vital», se exige en cambio la mayoría de edad (art. 11.1 Ley 41/02). Esto no debe verse, como indica PARRA LUCÁN, M.P., «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», *Aranzadi Civil*, 2003-I, p. 1930, como una incoherencia. «La proximidad de estas instrucciones a la disposición sobre la propia vida puede explicar que se exija un plus de capacidad para expresar una voluntad que necesariamente, hay que convenir, no tiene por qué formarse de igual manera a priori antes de que la persona se encuentre en una situación de riesgo vital».

(8) Además se exige que el promotor ponga en conocimiento del MF las autorizaciones de los ensayos clínicos cuya población incluya a menores. No se exige, como en la normativa anterior (art. 12.2 RD 561/1993), que el consentimiento concreto del representante y del menor se ponga en conocimiento del MF.

Por otra parte, si el menor es de edad inferior a 12 años basta el consentimiento de sus representantes. Esto no significa, sin embargo, que deba prescindirse de su opinión, en particular cuando dicha opinión es contraria a la práctica del ensayo. El artículo 7.3, a), punto 3.º, dice que: «El investigador aceptará el deseo explícito del menor de negarse a participar en el ensayo o de retirarse en cualquier momento, cuando éste sea capaz de formarse una opinión en función de la información recibida.»

actos médicos que implican mayores riesgos que un tratamiento terapéutico habitual (9).

También la LODA contiene una norma de este tipo. El artículo 3, letra *b*), en relación con el ingreso de menores de edad en asociaciones «ordinarias», dispone que cuando el menor tiene más de 14 años será necesario, además de su consentimiento, el consentimiento escrito de sus representantes legales. Cuando se trata de asociaciones infantiles y juveniles, debe entenderse que, de acuerdo con el artículo 7.2 LOPJM, los menores pueden crearlas y adherirse libremente a ellas sin necesidad de intervención de sus representantes legales (10). El que se exija en el primer caso, además del consentimiento del menor mayor de 14 años –al que se presupone suficiente madurez para ejercer este derecho–, el de sus representantes puede explicarse, de un lado, porque el derecho de asociación es un importante instrumento de participación social (11), de otro por la naturaleza negocial que tiene el ingreso en una asociación (12), del que pueden derivar responsabilidades de naturaleza patrimonial (13).

Fuera de los casos mencionados los menores podrán ejercer válidamente sus derechos de la personalidad si tienen suficiente discernimiento y madurez, circuns-

(9) Aun cuando el ensayo tenga carácter terapéutico es claro que la incerteza de su resultado implica siempre mayores riesgos (y puede que ningún beneficio) que un tratamiento curativo habitual. Cuando el ensayo no tiene carácter terapéutico y se trata de un ensayo puramente experimental, el sujeto del ensayo queda sometido a riesgos sin obtener ningún beneficio para su salud. Aunque tratándose de menores el riesgo del ensayo ha de ser mínimo (art. 62 *a*), resulta lógico que se exija el consentimiento cumulativo del sujeto del ensayo y el de su representante legal (SANTOS MORÓN, M. J., *ob. cit.*, pp. 126, 127).

(10) El artículo 3.*b*) LODA dispone que pueden constituir y formar parte de asociaciones «Los menores no emancipados de más de catorce años con el consentimiento, documentalmente acreditado, de las personas que deban suplir su capacidad, sin perjuicio del régimen previsto para las asociaciones infantiles, juveniles o de alumnos en el artículo 7.2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor». En este último precepto se reconoce a los menores el derecho a promover, inscribir, y formar parte de asociaciones infantiles y juveniles. De la combinación de ambos preceptos se deduce los siguiente:

a) Los menores, siempre que tengan capacidad natural, pueden, conforme al artículo 162.1 CC, crear y adherirse libremente, y sin intervención de sus representantes legales, a asociaciones infantiles y juveniles (en este sentido DÍAZ ALABART, S., «El derecho de asociación de los menores», *RDP*, 2002, pp. 627, 628).

b) A los menores mayores de 14 años se les reconoce madurez suficiente para ejercer su derecho a formar parte de asociaciones ordinarias. No obstante, se exige un complemento de su capacidad (sus representantes actuarán aquí en funciones de «asistencia»).

c) El que el menor tenga menos de 14 años no significa que no pueda ingresar en asociaciones ordinarias. Sin embargo, la ley no le reconoce capacidad en este ámbito, por lo que deberán actuar en su nombre sus representantes legales (*vid.* CABALLERO LOZANO, J. M., «La capacidad asociativa del menor de edad», *Estudios Homenaje a Díez-Picazo*, tomo. I, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2003, pp. 306-310).

(11) Así DÍAZ ALABART, S., *ob. cit.*, p. 633.

(12) Como luego se dirá en relación a los contratos de explotación del derecho a la intimidad o a la imagen (*infra* ep. 2.1) lo establecido en el artículo 162.1 CC no altera las reglas generales sobre capacidad para contratar, de forma que el menor de edad, aun teniendo capacidad natural, no puede contratar válidamente por sí sólo.

(13) Téngase en cuenta que, al margen de que la adhesión a una asociación implica habitualmente la obligación de pago de cuotas y otras de naturaleza patrimonial –cfr. art. 22.*b*) LODA–, si la asociación no está inscrita en el Registro de Asociaciones los miembros de la asociación van a responder personalmente de las deudas de la entidad (art. 15.2 en relación con art. 10 LODA).

tancia ésta que, como se ha dicho antes, habrá que valorar caso por caso (14). Conviene señalar, no obstante, que en un sector de la doctrina se aprecia, en mi opinión, una cierta incoherencia. Pese a que se afirma en línea de principio que el menor debe decidir por sí mismo si tiene suficiente capacidad natural –debiendo por consiguiente prevalecer su voluntad sobre la de sus padres en caso de discordancia– se limita la eficacia de su decisión al supuesto en que la decisión que adopte resulta para él beneficiosa (15) o no resulte contraria a su interés (16). Es decir, se priva de eficacia la decisión del menor, al que previamente se le ha reconocido capacidad natural, si un tercero –los padres, el médico que lo trata, el Ministerio Fiscal...– considera que la alternativa elegida por el menor no le beneficia. Ello equivale a sustituir la voluntad del menor en todos aquellos casos en que su decisión no resulta razonable según los usos sociales o los parámetros o valores de sus representantes legales. Y esta idea –que como luego veremos se manifiesta sobre todo en relación con los tratamientos médicos– en mi opinión no es compatible con el previo reconocimiento de su capacidad. Si se considera que el menor tiene suficiente discernimiento y madurez para adoptar una decisión, es porque se presupone que es capaz de valorar las consecuencias, positivas o negativas, de la decisión que adopte, y sopesar sus ventajas, inconvenientes y posibles riesgos. Por consiguiente si la decisión que, de forma consciente y voluntaria, toma el menor puede ocasionarle, a juicio de terceros, consecuencias negativas, debe pese a ello respetarse su opinión, ya que lo contrario equivale a hacer depender la capacidad del menor, no de sus facultades intelectivas y su madurez, sino de la valoración que merezca a otras personas la postura adoptada por éste.

Lo que debe tenerse presente es, eso sí, que a la hora de determinar si el menor tiene suficiente capacidad natural hay que tomar en consideración el tipo de consecuencias que puedan derivarse del acto de que se trate. Es decir, cuanto más graves sean las consecuencias que pueden resultar de un acto de ejercicio de derechos de la personalidad mayor grado de discernimiento y madurez debe exigírsele para adoptar una decisión válida. Pero una vez se concluye que el menor tiene suficiente capacidad natural creo que no cabe, «a posteriori» negar eficacia a su decisión (17).

(14) SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 61, 63, que prefiere hablar de «madurez» del menor en lugar de capacidad natural, concluye que aquélla es un concepto indeterminado que habrá que valorar «atendiendo al sujeto y al acto que se dé en cada caso concreto, a no ser que las leyes establezcan una regulación especial al respecto».

(15) SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., *ob. cit.*, p. 966, tras indicar que el hecho de que al menor de edad se le reconozca capacidad para consentir no significa que a su consentimiento se le otorgue plena validez, pues prevalece su «propio interés». Opina que el conflicto entre la voluntad de los padres y la del menor con suficiente capacidad se resuelve a favor del menor «siempre y cuando se determine (¿quién debe determinarlo?) que la decisión tomada por él es lo que le resulta más beneficioso».

(16) GARCÍA GARNICA, M. C., *ob. cit.*, p. 81, sostiene que «cuando el menor con capacidad natural pretenda llevar a cabo una actuación contraria a sus intereses, cabe la posibilidad de que tanto sus representantes legales, como cualquier otra persona o el Ministerio Fiscal, recaben el auxilio de la autoridad judicial para evitarle un perjuicio o apartarle de un peligro, al amparo de lo dispuesto en el artículo 158.4 CC».

(17) Un supuesto excepcional es, como veremos, el contemplado en el artículo 4.3 LOPJM (*infra* ep. II, 3).

Cuando el menor no tiene suficiente capacidad natural deben actuar en su lugar sus padres o tutor. Aunque lo establecido en el artículo 162.1 CC suele interpretarse en el sentido de que en este ámbito no cabe la representación legal, es claro que en ciertas hipótesis debe admitirse la intervención de sus representantes porque de otro modo se podrían provocar graves perjuicios al menor (p. ej. menor de 3 años que debe someterse a una operación quirúrgica indispensable para su vida) Por ello se entiende que la intervención e los padres o tutor se lleva a cabo, más que en su calidad de representantes, en ejercicio de su obligación de velar por el menor (18). Ahora bien, dicho esto, debe tenerse en cuenta que la actuación de los padres en sustitución del menor debe tener lugar sólo cuando sea imprescindible. Además sólo está permitido a los padres –o el tutor– tomar las decisiones que redunden objetivamente en beneficio del menor (arts. 154 y 216 CC), si bien para valorar cuando es así deben tomar en consideración la personalidad del menor (19). Es decir, a la hora de decidir, los representantes legales deben tener en cuenta, no sólo lo que consideren desde su punto de vista más beneficioso para el menor sino también, en la medida de lo posible, los deseos y opiniones de éste (20).

Partiendo de estas premisas me voy a detener en dos cuestiones: el ejercicio, por parte de los menores, de sus derechos al honor, la intimidad y la imagen y la prestación del consentimiento al tratamiento médico.

II. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS AL HONOR, LA INTIMIDAD Y LA IMAGEN

1. LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO A LA INTROMISIÓN Y LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS

El artículo 3 LOH permite a los menores dar el consentimiento a la intromisión en estos derechos si tienen suficientes condiciones de madurez. Lo primero que ha de tenerse en cuenta es que el citado precepto se está refiriendo al consentimiento como causa de exclusión de la antijuridicidad y no está pensando en la figura del contrato, si bien es una realidad que, pese a la configuración de estos derechos como extrapatrimoniales, irrenunciables e inalienables, actualmente son susceptibles de comercialización. Lo dicho, no obstante, es aplicable fundamentalmente a los derechos a la intimidad y a la imagen, ya que, aunque en ocasiones se consien-

(18) Por todos *vid.* GARCÍA GARNICA, M. C., *ob. cit.*, p. 91, texto y nota 107.

(19) La referencia a la personalidad del menor está contemplada sólo en sede de patria potestad, habiéndose añadido al párrafo 2.º del artículo 154, en la modificación llevada a cabo por la disposición adicional primera de la Ley 54/2007, de Adopción Internacional, la alusión a la necesidad de respetar su «integridad psicológica». No obstante es claro que, cuando el menor está sometido a tutela, igual respeto de su personalidad e integridad psicológica es exigible al tutor.

(20) LAMA AYMÁ, A. de, *ob. cit.*, p. 83, considera que la actuación paterna viene condicionada y limitada por la opinión y los sentimientos directa o indirectamente expresados por el menor, ya que la representación legal, en estos casos, no puede implicar una absoluta sustitución del «representado».

ten lesiones concretas en el derecho al honor, es discutible que pueda considerarse válido un contrato en el que una persona se vincula a dejarse difamar o injuriar (21).

Cuando el consentimiento a la intromisión en un derecho de la personalidad no implica al mismo tiempo la celebración de un contrato (22), *v. gr.*: se fotografía a un menor en un reportaje informativo sobre centros educativos; un menor participa en una encuesta televisiva dando su opinión sobre un tema de actualidad, cuelga su foto en una de las redes sociales existentes en internet (23), etc., el consentimiento

(21) No puede negarse que hoy día, en determinados programas de la denominada «prensa rosa» se llevan a cabo ataques consentidos en el derecho al honor de los participantes, y que se obtiene por ello una remuneración, posiblemente cuantiosa. Podría pensarse, por tanto, que el honor sí es susceptible de comercialización. Sin embargo, lo habitual es que en tales casos la lesión del derecho al honor sea consecuencia indirecta de la explotación de otros bienes de la personalidad, fundamentalmente la intimidad, y de la forma en que la prensa utiliza esos datos íntimos referentes al interesado. La celebración de un contrato en el que un sujeto se obligue a consentir la lesión de su derecho al honor creo que debe ser considerada como inadmisibles (el contrato sería nulo por vulnerar la moral o el orden público, art. 1255 CC) ya que, como decía gráficamente DE CUPIS, «podemos renunciar a la tutela de nuestro honor, pero no vincular nuestra voluntad a deshonrarnos nosotros mismos».

(22) En mi opinión, para diferenciar el mero consentimiento a la intromisión (como acto que determina la licitud de ésta) de la celebración de un contrato ha de tenerse en cuenta si se atribuye o no la otra parte el derecho a explotar económicamente los bienes de la personalidad ajenos. Esto implica que la facultad que se concede al tercero, con independencia de que se obtenga o no a cambio remuneración, tiene un valor de mercado (SANTOS MORÓN, M. J., *ob. cit.*, pp. 183 y ss.).

GARCÍA GARNICA, M. C., *ob. cit.*, p. 193, 194, texto y nota 78, parece entender que tal planteamiento implica hacer depender el carácter contractual del anonimato o no del titular de la intimidad o la imagen, ya que, según dice, el consentimiento prestado a una intromisión en la intimidad o a la imagen de una persona anónima no tendría valor de mercado, lo cual, a su juicio, supondría un «trato discriminatorio».

Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que lo que debe tener un «valor de mercado» es la facultad de uso de la intimidad o imagen ajenas, y ello es independiente del anonimato o no del titular. Por ejemplo, la utilización de la imagen de una persona en un anuncio publicitario tiene siempre un valor en el mercado (lo que no impide que pueda cederse tal facultad gratuitamente), pero dicho valor será superior o inferior en función de la fama o el anonimato del personaje en cuestión (así como de otras variables como el carácter profesional o no del modelo). Lo mismo cabe decir, en sentido inverso, de la publicación de la imagen de una persona que padece una afección cutánea en una revista médica. Como regla, esa facultad de uso de la imagen no tiene un valor de mercado porque la utilización de la imagen se hace con finalidad científica, no económica, y no es habitual ofrecer contraprestación al titular de la imagen. Ello es así con independencia de lo conocido o desconocido que sea el enfermo de que se trate (en realidad será bastante improbable que un «famoso» ceda su imagen a tales fines, pero no tanto por la falta de beneficio económico, sino por la repercusión que ello podría tener en su «fama» o «reputación»).

(23) La participación de menores en las redes sociales actualmente existentes suscita problemas muy complejos que exceden del objeto de este trabajo. Particularmente difícil es la determinación de la «capacidad natural» del menor, porque cabe preguntarse hasta qué punto el menor que publica datos personales o imágenes propias en internet es consciente de los riesgos asociados (Advierten de ello HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ A./RAMÓN FERNÁNDEZ, F., «El derecho a la propia imagen de los menores en los medios de comunicación y redes sociales», *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, 2009, núm. 20, p. 31; MORILLAS FERNÁNDEZ, M., «La protección jurídica del menor ante las redes sociales», *La protección jurídica de la intimidad*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 378 y ss.) Recuérdese que la capacidad natural presupone el conocimiento del alcance y consecuencias de la decisión que se adopta, de forma que el desconocimiento de los riesgos y la trascendencia que tiene un acto de ejercicio de derechos de la personalidad determina que no pueda considerarse al titular como poseedor de suficiente capacidad para ejercerlos.

La mayoría de las redes sociales (Facebook, Twitter, Myspace...) advierten de que no deben ser utilizadas por menores de edad inferior a 13 años (*vid.* PANIZA FUNALLA, A., «Cuestiones jurídicas en torno a las redes sociales: uso de datos personales para fines publicitarios y protección de datos de

debe darlo el menor con suficiente capacidad natural. En caso contrario, corresponderá a sus padres consentir la injerencia en los derechos de la personalidad del menor. En tal hipótesis será necesario que los padres (o el tutor) –que deben prestar el consentimiento por escrito– recaben la aprobación del MF, debiendo decidir el juez en caso de oposición de éste (art. 3.2 LOH) (24).

La omisión de este trámite determina la ineficacia del consentimiento prestado lo que implica que no eliminará, por tanto, la antijuridicidad del acto de lesión del derecho de la personalidad del menor. Así lo han mantenido nuestros tribunales (25), afirmando la STS de 7 de octubre de 1996 (RJ 1996\7058) (26), que, para que el consentimiento del representante legal surta efecto es necesaria «la cooperación del Ministerio Fiscal cuya intervención actúa a modo de asentimiento, autorización o ratificación» (fundamento jurídico 7.º). No obstante, según la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2006, de 15 de marzo (JUR 2006\94040), el MF no debe impugnar el acto o negocio de que se trate sólo con base en el incumplimiento de este trámite formal (27). Cabe pensar, por tanto, que si la intromisión consentida por los representantes del menor no provoca a éste ningún perjuicio, no tiene sentido su impugnación (28), de tal modo que el conocimiento posterior del

menores», *Revista Española de Protección de Datos*, enero-junio, 2009, p. 60), lo que implica que se presume que los mayores de 13 años tienen capacidad suficiente para actuar en este ámbito, y no así en el caso contrario. El problema es, de un lado, que no existe ningún mecanismo que impida que el menor se registre haciendo constar un año distinto al de su verdadero nacimiento. De otro, que es dudoso que todo menor mayor de 13 años tenga capacidad natural suficiente para desvelar su intimidad o publicar su imagen, habida cuenta, como se ha dicho, del habitual desconocimiento de los riesgos que ello conlleva.

Por otra parte, los datos personales que se introducen en una red social pueden dar lugar a usos indirectos o secundarios como el envío de publicidad, lo que plantea numerosos problemas. Al respecto ha de advertirse que el RLODPD ha establecido en su artículo 13 que «podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de 14 años con su consentimiento salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de la patria potestad o tutela», si bien no parece que una norma reglamentaria pueda alterar el criterio de la «madurez» establecido en el artículo 162 CC y 3 LOH (sobre ello PANIZA FUNALLA, A. *ob. cit.*, pp. 63 y ss.; OROZCO PARDO, G., «Intimidad, privacidad, extimidad y protección de datos del menor», *La protección jurídica de la intimidad*, *cit.*, pp. 400-401).

(24) La intervención del MF es una garantía ante la posible existencia de un conflicto de intereses entre los representantes y el menor, ya que es posible que aquellos puedan consentir lesiones en los derechos de la personalidad del menor por razones económicas. En este sentido GARCÍA GARNICA, M. C., *ob. cit.*, p. 93.

(25) SAP Pontevedra de 20 de abril de 1994 (AC 1994\624); SAP Madrid, de 11 de marzo de 1999 (AC 1999\721).

(26) Esta sentencia se refiere a una intromisión en el derecho a la imagen de un menor de 3 años que no fue consentida por los padres de éste ni hubo, por tanto, intervención del MF. Se trataba de una campaña publicitaria sobre respeto a los mayores promovida por el Ayuntamiento de Madrid. La empresa encargada de la misma fotografió a una pareja y a un niño que se encontraban en un parque público utilizándose dicha foto en la citada campaña.

(27) Dice así (punto 3.3): «Debe constatarse que estadísticamente son escasísimos los supuestos en los que los representantes legales cumplen las prescripciones de la Ley y ponen en conocimiento del Fiscal esos consentimientos proyectados. Pese a ello, los señores Fiscales se abstendrán de utilizar el incumplimiento de estas exigencias formales para impugnar negocios o actos respetuosos con los intereses del menor. Si por el contrario la intromisión en la intimidad del menor se considera contraria a sus intereses y se decide la interposición de demanda, la misma deberá fundamentarse en su caso, además de en los correspondientes motivos de fondo, en el incumplimiento de los requisitos cogentes del artículo 3.2 LO 1/1982».

(28) En este sentido se pronunciaba con anterioridad ROSA CORTINA, J. M. DE LA, «El derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores. Perspectivas en Derecho civil, penal y en reforma

MF, seguido de su inactividad, podría equipararse a una aprobación posterior (29), operando a modo de «ratificación» del acto realizado (30).

Cuando el consentimiento a la intromisión aparece inserto en un contrato, el menor que tenga suficiente capacidad natural deberá prestar dicho consentimiento, pero en la celebración del contrato deberán intervenir también sus padres o tutor ya que lo dispuesto en el artículo 3 LOH no altera las reglas generales sobre capacidad para contratar (art. 1263 CC) No puede olvidarse que la defensa de los intereses patrimoniales del menor está encomendada a sus representantes legales y que en la contratación es preciso garantizar un mínimo de seguridad jurídica. Por consiguiente, junto al consentimiento del menor (31) deberá concurrir el de sus representantes legales (32) que actuarán, no en su condición de representantes sustituyendo la voluntad del menor, sino a fin de completar la capacidad de éste (33).

Si el menor no tiene suficiente discernimiento o madurez para ejercitar estos derechos el contrato será celebrado por los padres o el tutor a quienes corresponde igualmente dar el consentimiento a la intromisión. En este caso deberá aplicarse lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 3 LOH, que, como se ha indicado, obliga a los representantes legales a recabar la aprobación del MF.

de menores», *Revista del Poder Judicial*, 2003, núm. 72, pp. 26, 27, indicando que «no procederá utilizar la omisión de la puesta en conocimiento para impugnar negocios jurídicos respetuosos con los intereses del menor».

(29) Téngase en cuenta que, de acuerdo con el artículo 3.2 LOH, la aprobación del MF puede derivar de su inactividad, concretamente de su no oposición a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales en el plazo de ocho días desde que se le notifica.

(30) *Vid.* PANTOJA GARCÍA, F., *Algunas notas y comentarios a la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y su aplicación práctica*, Madrid, CGPJ, 1997, pp. 28, 29, que opina que el consentimiento prestado por el representante legal sin la aprobación del MF es un acto «imperfecto» cuya eficacia pende de la aprobación del MF. Desde este punto de vista, cabe admitir una aprobación posterior a la prestación del consentimiento por parte del representante legal.

(31) Si el menor tiene suficiente capacidad natural sus representantes legales no están facultados para legitimar actos de invasión en su esfera personal. Es el menor quien debe consentir. La intervención de sus representantes será necesaria para completar su capacidad contractual. Al respecto debe tenerse en cuenta además que el último inciso del artículo 162 dispone que «para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158». *Vid.* SANTOS MORÓN, M. J. *ob. cit.*, pp. 186 y ss.

(32) SANTOS MORÓN, M. J. *ob. cit.*, pp. 184 y ss. Consideran igualmente que en los contratos relativos a derechos de la personalidad de un menor con suficiente madurez es preciso además del consentimiento del menor el de sus representantes legales, LAMA AYMÁ, A. DE, *ob. cit.*, pp. 138; GARCÍA GARNICA, M. C., *ob. cit.*, pp. 81, 88 y ss.; NAVARRO MICHEL, M., «Los derechos a la intimidad y propia imagen del menor de edad. Algunos supuestos conflictivos», RDP, marzo-abril, 2009, *ob. cit.*, p. 51.

(33) En mi opinión el contrato celebrado por los padres o el tutor de un menor con suficiente capacidad natural, pero sin la intervención de éste, no vincula al menor. Dicho negocio debe ser tratado de manera similar al realizado por un representante sin poder (art. 1259.2 CC) El menor podrá «ratificar» a posteriori el negocio otorgando su consentimiento a la intromisión en sus derechos de la personalidad. Pero si no lo hace, el contrato no producirá efectos en la esfera jurídica del menor aunque será eficaz entre las partes contratantes. SANTOS MORÓN, M.J., *ob. cit.*, pp. 199 y ss. De similar criterio, GARCÍA GARNICA, *ob. cit.*, pp. 90, 91. También SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., p. 154.

LAMA AYMÁ, A. DE, *ob. cit.*, pp. 162, 163, aunque su opinión es algo confusa, parece considerar el contrato celebrado sin la intervención del menor –cuando éste tiene capacidad natural– radicalmente nulo.

2. LA CAPACIDAD NATURAL DEL MENOR

Respecto a la interrogante relativa a cuándo posee el menor suficiente capacidad natural para ejercer sus derechos de la personalidad, ya se ha dicho que se trata de una cuestión de hecho, que debe valorarse caso por caso en atención al concreto menor y al tipo de acto de que se trate (34). Algunos autores consideran que, como regla, debe entenderse que el menor tiene aptitud para ejercer su derecho a la intimidad y a la imagen a partir de los 12 años (35). Sin embargo esta edad sólo puede servir como criterio meramente orientativo, porque ni todos los menores tienen la misma madurez, ni todos los actos de intromisión en los derechos a la intimidad y a la imagen tienen el mismo alcance.

En la STS de 19 de julio de 2000 (CRJ 2000/6753) por ejemplo, el TS consideró suficiente el consentimiento otorgado por un menor que tenía 16 años y que participó en un programa de TV. Se trataba de un programa de la TV Proconoma Málaga en el que participaban dos concursantes femeninas y otro masculino a los que se formulaban preguntas sobre la historia de Málaga. Si no se acertaba en la respuesta se perdía una prenda de vestir, ganando el concursante que no quedaba desnudo. En dicho concurso intervino el menor indicado y su novia. El padre del menor demandó a la TV malagueña afirmando que se había dañado la reputación del menor y de su familia sin contar con el consentimiento de los titulares de la patria potestad. El TS afirmó, sin embargo, que el menor había expresado su consentimiento de forma clara e inequívoca, porque participar voluntariamente en un concurso no tiene otro significado, y sostuvo que la edad de 16 años es en los tiempos actuales suficiente para conocer lo que se pedía en el programa televisivo y su fuerte carga erótica, en particular si se tiene en cuenta que el menor tenía novia y participó con ella.

En este caso creo que efectivamente puede afirmarse que el menor tenía suficiente capacidad para consentir la intromisión. Pero es posible que la solución no hubiese sido la misma si el menor hubiese contado con sólo 12 años, ya que es dudoso que un menor de dicha edad sea consciente de las repercusiones que puede implicar aparecer desnudo en un concurso televisivo. Distinta sería la situación si un menor, de 12 años, participa en un desfile de modelos organizado con fines benéficos en su colegio, donde se le toman fotos que aparecen luego en la prensa. En esta hipótesis puede considerársele suficientemente maduro para consentir la ingerencia en su derecho a la imagen. Este ejemplo me parece que ilustra la idea anteriormente expresada: es arriesgado utilizar el criterio cronológico para deter-

(34) La carga de controlar que el menor tiene suficiente madurez parece que en principio corresponderá al destinatario del consentimiento (GARCÍA GARNICA, *ob. cit.*, 201, 202) En caso de duda o de discordancia con los representantes legales del menor una solución sería acudir a un examen pericial (ROSA J. M. de la, *ob. cit.*, p. 50) pero lo más probable es que en tal hipótesis el tercero, para evitar gastos y dilaciones, opte por solicitar el consentimiento a los padres o el tutor del menor. En tal caso, y dado que éstos deben poner en conocimiento del MF el consentimiento proyectado, sería este último quien debería comprobar si el menor tiene o no suficiente capacidad natural (SANTOS MORÓN, M. J., *ob. cit.*, p. 198).

(35) LAMA AYMÁ, A. de, *ob. cit.*, pp. 151, 211, 223. Esta afirmación contrasta, sin embargo, con la postura mantenida previamente por esta autora (pp. 103, 104) según la cual para determinar la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos de la personalidad debe prevalecer el criterio casuístico.

minar cuando el menor tiene capacidad para ejercitar sus derechos de la personalidad, al menos si se hace esta valoración de manera global, es decir, en relación con todas las posibles formas de ejercicio del derecho de que se trate. Preferible me parece valorar la situación caso por caso (36), lo cual no obsta para que pueda presumirse que a ciertas edades (*v. gr.* 16 años) es probable que se tenga capacidad para realizar actos de ejercicio de los derechos a la imagen o a la intimidad (37).

Así, la SAP Madrid de 14 de noviembre de 1999 (EDJ 1999\508533), consideró que un menor de unos 16 años (38) que había participado voluntariamente en una entrevista realizada a su madre y emitida por televisión, tenía la madurez suficiente para consentir «tácita y válidamente» la divulgación televisiva de su imagen.

La STS de 23 de marzo de 2003 (RJ 2003\2596), por su parte, estimó que un menor de 14 años, que participó en el programa «Misterios sin resolver», en el curso del cual reveló ciertos datos que ponían de manifiesto una situación familiar muy conflictiva, tenía suficiente capacidad para dar el consentimiento a la intromisión en su derecho a la intimidad (39). El criterio adoptado por el TS en esta sentencia resulta sin embargo discutible porque, según la propia resolución, el menor padecía un «ligero retraso mental» que, al parecer, no se tuvo en cuenta por el Alto Tribunal. No obstante, sobre esta sentencia volveremos con posterioridad.

Con independencia de ello, se ha dicho que cuando el menor carece de la suficiente capacidad natural corresponde a sus representantes dar el consentimiento a la intromisión en sus derechos de la personalidad, debiendo contar a tal efecto con la aprobación del MF. Conviene advertir que el interés del menor es un límite infranqueable en la actuación de los padres o tutor (arts. 154, 316 CC) Es decir, éstos no pueden autorizar actos de injerencia en los derechos del niño que le provoquen algún perjuicio. Por consiguiente, es difícilmente admisible que los representantes del menor puedan consentir una lesión en el derecho al honor de éste y, en el eventual supuesto en que los padres solicitaran la aprobación del MF, este órgano debería oponerse a la prestación de al consentimiento a la ingerencia en el honor del menor.

En realidad cuando únicamente parece factible que la lesión del derecho al honor del menor haya sido consentida por sus representantes legales y además aprobada por el MF o, en su caso, por el juez, es aquél en que la lesión del honor es consecuencia indirecta del consentimiento a la intromisión en otro derecho de la personalidad, concretamente la imagen o la intimidad, ya que en ocasiones no es posible percatarse *a priori* de la posible incidencia que la difusión de datos íntimos o la publicación o utilización de la imagen del menor puede tener en su reputación.

(36) En este sentido ROSA CORTINA, J.M. de la, *ob. cit.*, p. 24, quien indica que «en caso de controversia debería acudir a la correspondiente pericial psicológica para determinar la aptitud del menor para consentir con pleno conocimiento y voluntad».

(37) Así, GARCÍA GARNICA, M. C., *ob. cit.*, p. 201.

(38) No se sabe con certeza cuál era la edad del menor en el momento en que se produjeron los hechos. La sentencia señalada indica que «debía tener unos 16 o 17 años de edad», ya que fue el menor, siendo ya mayor de edad, quien actuó como demandante.

(39) Puede verse un comentario a esta sentencia en SANTOS MORÓN, M. J., «A propósito de la STS de 26 de marzo de 2003: Menores y medios de comunicación. El artículo 4 LO 1/1996 de Protección jurídica del menor», *Libro Homenaje al profesor Albaladejo*, tomo II, Colegio de Registradores-Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 4649 y ss.

3. UNA NORMA CONFLICTIVA: EL ARTÍCULO 4 LOPJM Y LA CAPACIDAD DEL MENOR

Aunque, como venimos diciendo, se reconoce al menor autonomía a la hora de ejercitar sus derechos de la personalidad, y en concreto sus derechos al honor, la intimidad y la imagen, cuando la intromisión en estos derechos se lleva a cabo a través de medios de comunicación el ordenamiento jurídico otorga al menor una protección cualificada.

El artículo 20.4 CE consagra como límite del derecho a la libertad de información, además de los derechos al honor, la intimidad y la imagen, «la protección de la juventud y la infancia». Ello implica que en el conflicto entre la libertad de información y los derechos al honor, la intimidad y la imagen de un menor, la libertad de información cede ante el principio de protección de la infancia (40). Si el hecho de que la información sea veraz y de interés público puede justificar la injerencia en el derecho al honor de un adulto, no ocurre lo mismo con los menores. El honor del menor goza de una especial protección que exige que cuando se revelen datos que puedan afectar a la reputación de éste (*v. gr.* comisión de un delito) no se le identifique mediante su imagen o su nombre (41). Lo mismo cabe decir cuando se trata de la intimidad del menor (42), y es que, tanto la revelación de datos que afecten el honor de un menor como la revelación de determinadas circunstancias

(40) La Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, de la Fiscalía General del Estado (JUR 2006\94040) señala al respecto (punto 3.4) que «Cuando nos hallamos ante un conflicto entre la libertad de expresión o de información y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores, la ponderación entre los derechos no debe ser la misma que cuando la protección se refiere a personas adultas, pues la libertad de expresión o de información en estos casos ha de quedar muy relativizada».

En la misma línea, la STS de 26 de julio de 2010 (EDJ 2010\184511) –relativa a la participación en un programa de televisión de las abuelas de dos menores, que revelaron ciertos datos relativos a la guarda y tutela de éstos, difundiéndose además la imagen de los menores– afirma que «cuando se trata de menores, se parte, por tanto, constitucionalmente hablando, de un doble límite en el derecho a la información: un límite en cuanto a otros derechos fundamentales, al que hay que añadir, cuando se trata de menores, otro límite que consiste en atender al interés del menor en cuanto objeto de protección de los poderes públicos».

(41) La identificación de un menor delincuente, además de lesionar su honor, puede dificultar su posterior rehabilitación y reinserción en la sociedad. De ahí que el artículo 35.2 LO 5/2000, de responsabilidad penal del menor –de acuerdo con las reglas de Beijing– disponga que «el juez podrá acordar, en interés de la persona imputada o de la víctima, que las sesiones no sean públicas y en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación».

(42) En este sentido se pronuncia la STS de 14 de mayo de 2009 (RJ 2009\3175), relativa a la difusión en medio televisivo de una noticia relativa a dos menores que habían sido víctimas de un delito, a las que se identificó por su imagen y otros datos. Dicha sentencia –que considera lesionada la intimidad, no el honor de las menores– señala que «con independencia de la relevancia e interés público de la noticia en cuestión, relativa al asesinato de un abogado madrileño, y partiendo de la base fáctica de la sentencia recurrida, según la cual los datos proporcionados en los distintos programas de forma directa o indirecta permitan su completa identificación, desvelando hechos de ellas que pertenecen a la esfera más íntima de las menores como es el haber sido víctimas de delitos violentos, debe concluirse que, aunque estos hechos pudieran ser de interés público, por lo que en cuanto comisión de hechos delictivos se refiere, dejan de serlo cuando se conectan unas personas menores de edad en el momento de los hechos perfectamente identificables como víctimas de los mismos».

de su vida privada puede tener consecuencias particularmente perjudiciales en su desarrollo futuro (43). Esta idea ha llevado a nuestros Tribunales a negar que las causas de exclusión de la antijuridicidad de la intromisión previstas en la LOH, tales como la accesoriedad de la imagen de una persona en relación con el objeto de información gráfica [artículo 8.2.c) LOH] (44), o la existencia de un interés histórico, científico o cultural relevante (art. 8.1 LOH) permitan justificar las intromisiones no consentidas cuando afectan a un menor (45). Por otra parte, es claro que la notoriedad de una persona, si bien permite prescindir de su consentimiento cuando se captan imágenes de la misma en lugares abiertos al público [artículo 8.2.a) LOH], no legitima la captación de imágenes de sus hijos menores de edad (46).

En esta línea se inscribe el artículo 4.2 LOPJM (47) que faculta al MF para instar las medidas precisas en el caso en que se difunda información o se utilice la imagen o el nombre de un menor en los medios de comunicación, de forma que pueda implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o sea contraria a sus intereses. Dicho precepto pretende evitar que se identifique a los menores (por su imagen o su nombre) que se encuentran involucrados en hechos que, aunque, en su caso, tengan cierta relevancia pública, puedan acarrear consecuencias perjudiciales al menor (48).

(43) Así puede ocurrir cuando se le identifica como víctima de un delito, como en el caso anteriormente señalado, pero también cuando se difunden ciertas circunstancias familiares o personales que, con independencia de que puedan considerarse en algún caso lesivas para su honor, pueden perjudicarle. Por ejemplo si de informa de que un niño ha sido adoptado (STS 7 de diciembre de 1995, RJ 1995/9268), fue abandonado por sus padres (SAP Madrid 10 de noviembre de 1998, AC 2254), o se informa en un reportaje de que una niña es portadora del virus del SIDA (STS 27 de junio de 2003, RJ 2003/4312).

(44) *Vid.* NAVARRO MICHEL, M., *ob. cit.*, p. 60, quien indica que la accesoriedad no convierte en legítima la intromisión en casos de divulgación en medio periodístico de fotografía de menores en centro oncológico con ocasión de una fiesta de Reyes Magos en la que participaron famosos (STS de 18 de octubre de 2004, RJ 2004/6076); o en centro de niños con deficiencias auditivas para ilustrar un reportaje sobre discapacitados (STS de 13 de julio de 2006, RJ 2006/4969) o en el momento de recibir un tratamiento de diálisis (STS de 19 de octubre de 1992, RJ 1992/8079).

Debe tenerse en cuenta que en los casos enunciados la naturaleza de las imágenes ponía al descubierto experiencias nada positivas para sus protagonistas y cuyo conocimiento por parte de terceros puede considerarse perjudicial para el menor implicado. La matización es importante ya que la mencionada Instrucción 2/2006 de la FGE indica que la fiscalía no actuará de oficio cuando se difundan imágenes de un menor relativas al mundo infantil (tales como inauguraciones del curso escolar, desfiles de moda infantil...) «siempre que las propias circunstancias que rodeen al programa o a la información excluyan el perjuicio para los intereses de los menores y en tanto la imagen aparezca como accesoría de la información principal».

(45) STS de 19 de noviembre de 2008 (RJ 2008/6055) relativa a la publicación en un periódico de la fotografía de dos niños de corta edad, ataviados con trajes típicos, tomada en la Feria de Sevilla.

(46) En este sentido STS de 11 de marzo de 2009 (RJ 2009/1638), que considera intromisión ilegítima en la imagen de una menor –hija de una famosa modelo– la publicación por una revista de fotos de la menor, junto con su madre, realizadas en una playa y en el jardín familiar.

(47) Para un análisis más detenido *vid.* SANTOS MORÓN, M.J., «A propósito de la STS de 26 de marzo de 2003: Menores y medios de comunicación. El artículo 4 LO 1/1996 de Protección jurídica del menor», *cit.*, pp. 4661-4663.

(48) La publicación de noticias relativas a menores exige, por consiguiente, como regla, y salvo que sean totalmente inocuas para los intereses del menor, que se evite su identificación. La mencionada Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 2/2006, concluye en este sentido (punto 6) que «la difusión de noticias veraces y de interés público que afectan y que pueda generarles un daño a su reputación, intimidad o intereses, estará amparada por el ordenamiento siempre que no sean éstos identificados».

Es más, el artículo 4.3 LOPJM considera intromisión ilegítima cualquier utilización de la imagen o el nombre de un menor en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación o sea contrario a sus intereses, *incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales*. Este precepto ha suscitado bastante perplejidad en la doctrina ya que resulta contradictorio con el artículo 3 LOH y con lo establecido en el propio artículo 2 LOPJM que ordena interpretar restrictivamente las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores. Si los menores que poseen suficiente madurez pueden dar un consentimiento eficaz a las intromisiones en sus derechos de la personalidad resulta incongruente que el artículo 4.3 LOPJM considere intromisiones ilegítimas aquéllas que han sido consentidas por el menor. Tampoco tiene sentido considerar ilegítimas las intromisiones consentidas por los representantes legales. Si el legislador se refiere al supuesto en que los padres no han requerido la aprobación del MF no hacía falta declarar ilegítima la intromisión. Y si hubo aprobación del MF (o del juez) no se entiende cómo la intromisión puede ser considerada posteriormente ilícita por el mismo órgano que la aprobó (49).

A mi juicio el artículo 4.3 LOPJM contempla dos hipótesis diferentes. La primera es aquella en que el menor o sus representantes han consentido que se publique cierta información relativa a aquél, permitiendo además que se mencione su nombre o se publique su imagen, pero sin percatarse de que, a consecuencia del tratamiento informativo de la noticia, puede quedar lesionado su honor. Es decir, la norma se está refiriendo a lesiones *no consentidas* en el derecho al honor del menor (50), por lo que es claro el consentimiento prestado no puede justificar la intromisión.

Esto fue lo que ocurrió en el supuesto enjuiciado en la STS 26 de marzo de 2003, anteriormente aludida. Un menor de 14 años participó en un programa televisivo con el fin de relatar que había sido víctima de una agresión pero, estimulado por las preguntas del presentador, explicó también que su madre le pegaba y que se había fugado de casa. A continuación el presentador entrevistó a la madre que manifestó que su hijo era muy agresivo, que vendía pañuelos por la calle, se «juntaba» con malos amigos, etc. El conjunto de datos revelados ponía de manifiesto que el menor padecía una situación familiar particularmente conflictiva. El MF demandó a la empresa televisiva por intromisión en los derechos de la personalidad del menor. La SAP de Madrid de 23 de mayo de 1997 (AC 1998\1162) estimó que se había lesionado el honor del menor ya que del programa televisivo resultó una estampa bastante negativa de éste, que dañaba su reputación. El TS, sin embargo, casó la sentencia recurrida por entender que tanto el menor –al que el Alto Tribunal, como ya se adelantó, parece considerar con suficiente capacidad para consentir la intromisión– como su madre, habían revelado voluntariamente la información difundida. Sin embargo, aunque el menor y su madre revelaron voluntariamente ciertos datos relativos a su intimidad, es dudoso de que fueran conscientes del resultado que, sobre la reputación del menor, podía provocar el conjunto de las manifestaciones realizadas en el programa.

(49) *Vid.* SANTOS MORÓN, M. J., «A propósito...», *cit.*, pp. 4656 y ss.

(50) Más ampliamente SANTOS MORÓN, M. J., «A propósito...», pp. 4664 y ss.

Por ello cabe pensar que, de haber sido de aplicación –atendiendo a la fecha en que se produjeron los hechos (1993)– el artículo 4.3 LOPJM, probablemente la decisión del TS habría sido diferente (51).

El segundo supuesto contemplado en el artículo 4.3 LOPJM es aquél en que la utilización consentida de la imagen o el nombre del menor (en relación con cierta información) en los medios de comunicación da lugar a una situación contraria a sus intereses. Hay que tener en cuenta que a veces el tratamiento informativo que se hace de un acontecimiento puede convertir al menor en objeto de la curiosidad morbosa del público, puede exponerlo a la indiscreción colectiva de forma que comprometa su evolución y desarrollo futuros. Además, la revelación de datos pertenecientes a la intimidad familiar o personal de un menor, cuando éste es identificado por su nombre o imagen, puede resultar contraproducente para su desarrollo futuro, provocando efectos indeseables que el menor (o eventualmente sus representantes) no previeron en el momento de prestación del consentimiento. Por tal motivo, puede considerarse existente un ataque ilegítimo en los derechos de la personalidad del menor incluso aunque haya existido consentimiento

Por consiguiente el artículo 4.3 LOPJM no debe interpretarse como un precepto dirigido a restringir la capacidad del menor (52) o a privar de eficacia el consentimiento de los representantes, sino como una norma dirigida a evitar que los medios de comunicación, al informar sobre hechos en los que se encuentran involucrados menores, los identifiquen por su nombre o su imagen, o cometan abusos en el tratamiento de la noticia motivados por el sensacionalismo informativo y el afán de lucro.

III. LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO AL TRATAMIENTO MÉDICO

1. INTRODUCCIÓN. EL ARTÍCULO 9.3 DE LA LEY 41/2002

La facultad del enfermo de decidir si acepta o no un determinado tratamiento médico supone el ejercicio de distintos derechos fundamentales; de un lado, el derecho a la integridad física y el derecho a la salud (53), y de otro, el derecho a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad. Si se tiene en cuenta que para el ejercicio de los derechos de la personalidad lo determinante es la capacidad natural del sujeto, hay que concluir que el menor debe prestar el consentimiento al tratamiento médico si tiene suficiente capacidad natural.

(51) Asimismo, NAVARRO MICHEL, *ob. cit.*, p. 57.

(52) De hecho en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 2/006 de 15 de marzo, se dice (punto 4), en relación con este precepto, que «frente a una voluntad decididamente contraria del menor maduro no procederá ejercitar acciones en su nombre salvo que así lo requiera la propia entidad de la lesión de sus derechos o salvo que tras la audiencia del menor se llegue a la conclusión de que carece de madurez para autodeterminarse en la materia».

(53) Aunque en la Constitución española no se reconoce el derecho a la salud como derecho fundamental, sino como derecho de carácter prestacional –artículo 32–, puede entenderse que constituye una derivación del derecho a la integridad física, ya que ésta abarca necesariamente también la salud individual, tanto orgánica como mental.

A igual conclusión se llega por aplicación de la denominada «doctrina del consentimiento informado», que, si bien es de origen anglosajón, ha tenido cierta influencia en el ordenamiento español. Según esta doctrina, para que el consentimiento emitido por el enfermo sea válido es preciso que éste sea *competente*. Pero lo que se toma en consideración para saber si un enfermo es competente es la *capacidad de comprensión del sujeto para procesar la información recibida sobre el tratamiento en cuestión*. El médico debe informar adecuadamente al enfermo acerca del contenido del tratamiento, de las consecuencias de éste y de la existencia de otras posibles alternativas. Si el enfermo tiene aptitud para comprender la información suministrada, esto es, para entender los riesgos, beneficios y alternativas del tratamiento debe concluirse que tiene aptitud para consentir (54). Por consiguiente, la capacidad para decidir acerca del tratamiento médico la valora el propio médico y en relación con cada concreta decisión. Ahora bien, a la hora de decidir si el enfermo tiene capacidad para consentir es determinante el balance riesgo-beneficio resultante del tratamiento, ya, que mientras más complejo sea el tratamiento y mayores riesgos conlleve, mayor es el grado de entendimiento y madurez necesario para otorgar un consentimiento válido (55).

En España, hasta la publicación de la Ley 41/2002 sobre derechos de los pacientes, la prestación del consentimiento al tratamiento médico estaba regulada en la LGS (art. 10), que exigía el previo consentimiento del paciente para la realización de cualquier intervención, consagrando además el derecho de éste a negarse al tratamiento. El citado artículo 10 no regulaba, sin embargo, la capacidad necesaria para dar el consentimiento informado limitándose a indicar el artículo 10,6, que cuando el paciente «no esté capacitado para tomar decisiones» correspondía a sus familiares o personas a él allegadas la facultad de decidir.

La doctrina española venía entendiendo que el artículo 10,6 se refería a aquellas personas que materialmente y de hecho no están en condiciones de decidir (por ser menores de edad, dementes o deficientes mentales, personas en coma, etc.) y se afirmaba que lo determinante a efectos de dar el consentimiento al tratamiento médico era que el individuo en cuestión tuviese la suficiente capacidad natural. Es decir, con anterioridad a la Ley 41/2002 la mayoría de la doctrina opinaba que, tanto el menor como los enfermos o deficientes mentales, incapacitados o no, podían otorgar el consentimiento al tratamiento médico si, a juicio del facultativo, *tenían suficiente capacidad de comprensión y juicio para entender las implicaciones de su decisión*.

La Ley 41/2002 de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente (56), que es una ley básica (57), regula ahora expresamente la capacidad para

(54) Sobre la doctrina del consentimiento informado *vid.* SANTOS MORÓN, M. J., *ob. cit.*, pp. 64 y ss.

(55) SANTOS MORÓN, M. J., *ob. cit.*, pp. 76 y ss.

(56) Esta ley se ha publicado como consecuencia de la ratificación por España del Convenio del Consejo de Europa sobre los derechos humanos y la biomedicina el 4 de abril de 1997 (convenio que entró en vigor en España el 1 de enero de 2002). Las discordancias que existían en algunos puntos entre la LGS y el convenio, así como las novedades incorporadas en este último, hacían imprescindible reformar la mencionada LGS.

(57) Dicha ley se ha dictado al amparo de la competencia exclusiva del Estado en la determinación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales (art. 149.1 CE). Esto significa que, al tratarse de una ley básica, se aplicará

otorgar el consentimiento al tratamiento médico. No obstante, la regulación actualmente establecida resulta criticable en algunos aspectos (58) y en otros resulta contradictoria.

El artículo 9 se refiere los «límites del consentimiento informado y consentimiento por representación». En el apartado tercero, que contempla los supuestos en que el consentimiento debe otorgarse «por representación» (59), consagra con carácter general la regla anteriormente enunciada, esto es, para consentir el tratamiento médico basta con que el paciente tenga capacidad natural, correspondiendo al médico valorar si posee tal capacidad (60).

Por lo que respecta a los menores de edad, el apartado c) del artículo 9.3 comienza diciendo que, tratándose de menores, se otorgará el consentimiento por representación cuando «el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emo-

en todo el territorio español, de forma que las comunidades autónomas que habían asumido competencias en este ámbito deberán respetar, en todo caso, las disposiciones contenidas en la ley estatal. Todos los enfermos tienen en todo el territorio español iguales derechos a la información, documentación clínica, de forma que los preceptos autonómicos que resulten contradictorios con la norma estatal quedarán desplazados por ésta. *Vid.* ROMEO MALANDA, S., «Un nuevo marco jurídico-sanitario: La Ley 41/2002 de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes» (I), *La Ley*, 23 de enero de 2003, pp. 1 y 2; ROMEO MALANDA, S., «Minoría de edad y consentimiento médico en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre», *Actualidad del Derecho sanitario*, núm. 102, febrero de 2004, pp. 219 y ss.

Hace un examen de la legislación autonómica en este ámbito, PARRA LUCÁN, M. A., *La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español*, *Aranzadi Civil*, 2003-I, pp. 1920 y ss., indicando, asimismo que el carácter básico de la mencionada Ley 41/2002 «desplazaría la eficacia de las normas autonómicas que no pudieran entenderse como desarrollo de la ley estatal».

(58) ROMEO MALANDA, S., «Un nuevo marco jurídico-sanitario...» (I) *cit.*, p. 4, dice que la LDP no ha determinado bajo qué requisitos pueden consentir los incapacitados o los menores de edad. Con ello se ha conseguido empeorar la situación existente hasta el momento. Bajo la vigencia de la LGS el hecho de que la Ley nada dijera al respecto permitía a la doctrina, al menos, elaborar un régimen general coherente del consentimiento de los menores de edad y lo mismo para los incapaces o incapacitados, acudiendo a las distintas legislaciones aplicables al efecto y a los principios generales del derecho. El hecho de que en la LDP se haga referencia expresa, y de un modo parcial, tan sólo a alguno de los problemas existentes, haciendo alusión, además, a supuestos especiales que ya estaban regulados en otras normas y sobre los que nadie había mostrado su disconformidad, introduciendo elementos de compleja interpretación, complica muy mucho la situación preexistente a la entrada en vigor de la ley, por lo cual esta regulación sólo puede conducir a una valoración claramente negativa.

(59) La expresión legal resulta un tanto impropia si se tiene en cuenta, como antes se advirtió, que en el ámbito de los derechos de la personalidad suele entenderse que no cabe la representación; además resulta criticable porque el artículo 9.3 incluye también los supuestos en los que el paciente carece de representante legal, en cuyo caso la decisión corresponde a «las personas vinculadas por razones familiares o de hecho» al paciente. En este sentido, PARRA LUCÁN, M. A., «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», *Aranzadi Civil*, 2003-I, p. 1909.

(60) El artículo 9.3, letra a), comienza diciendo que se otorgará el consentimiento por representación «cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de la situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho».

El artículo 5.3, relativo a la información que ha de proporcionarse al paciente, dispone, en coherencia con ello, que «cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho».

Como puede verse, lo determinante para prestar el consentimiento al tratamiento médico es la capacidad del enfermo para entender la información relativa a éste y tomar una decisión al respecto.

cionalmente de comprender el alcance de la intervención». Esto significa, a «sensu contrario», que el menor de edad que tenga madurez y discernimiento suficiente podrá consentir por sí mismo. Es decir, se reitera la regla de la capacidad natural. Ahora bien, a partir de los 16 años la ley presume que el menor goza de tal capacidad. Así se desprende del mencionado precepto en el que se añade con posterioridad que «cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con 16 años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación». Por lo tanto, si el menor es de edad inferior a 16 años el médico deberá valorar, atendiendo a las circunstancias de ese caso concreto (tipo de tratamiento médico, balance riesgo-beneficio derivado del mismo, etc.), si posee tal capacidad natural. El artículo 9.3.c) dispone además que, a partir de los 12 años –y aunque se entienda que el paciente carece de capacidad para consentir– deberá escucharse la opinión del menor.

La situación es, en resumen, la siguiente:

a) *Si el menor tiene más de 16 años o está emancipado* puede prestar por sí sólo el consentimiento al acto o intervención médica.

b) *Si tiene entre 12 y 16 años* deberá comprobarse si tiene suficiente discernimiento y madurez. Si el médico que asiste al menor llega a la conclusión afirmativa, corresponderá a éste último dar el consentimiento informado. Pero en cualquier caso, si el menor tiene más de 12 años, y tenga o no capacidad natural para consentir por sí solo, debe tenerse en cuenta su opinión (61).

c) *Si tiene menos de 12 años* habrá que comprobar igualmente si tiene suficiente capacidad natural aunque lo más probable (salvo que se trate de un acto médico de escasa entidad) es que se le considere incapaz.

En los casos en que el menor tiene capacidad para consentir por sí mismo, esto es, cuando está emancipado, es mayor de 16 años o, teniendo una edad inferior a 16 años se considera que tiene suficiente madurez para decidir, es el menor el titular del derecho de información. Así se desprende del artículo 5 de la Ley 41/2002. Según el artículo 5.3, cuando el paciente carece de capacidad para entender, debe proporcionarse la información relativa al tratamiento a las personas «vinculadas a él por razones familiares o de hecho». Pero si el paciente tiene capacidad suficiente la regla aplicable es la prevista en el apartado 1.º, en cuya virtud sólo se informará a las personas vinculadas al paciente (grupo en el cual ha de incluirse a los padres o representantes legales del menor) «cuando el paciente lo permita de manera expresa o tácita».

Por consiguiente, tratándose de menores emancipados o mayores de 16 años, el médico sólo debería informar a sus padres, representante legal (si el menor está sometido a tutela) y, en general, familiares, si el paciente lo permite. Y a la misma conclusión habría que llegar tratándose de un menor de edad inferior a 16 años si se juzga que tiene suficiente madurez para dar el consentimiento informado.

La situación, tal y como se ha descrito, resulta aparentemente clara. Sin embargo, en la práctica puede resultar más compleja. Hay que advertir, en primer lugar, que, doctrinalmente existe un cierto rechazo a admitir la posibilidad de que un

(61) La necesidad de tener en cuenta la opinión del menor viene establecida en el artículo 6.2 del Convenio de Oviedo (CDHB) en cuya virtud «la opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto o más determinante en función de su edad y grado de madurez».

menor de edad inferior a 16 años pueda dar por sí sólo el consentimiento al tratamiento médico. En segundo lugar, la doctrina tiende a negar eficacia a la decisión de un menor cuando rechaza el tratamiento médico, idea ésta que encuentra apoyo en el último inciso del artículo 9.3.c), cuya redacción, como se verá, provoca una cierta confusión.

A. Menor de edad inferior a 16 años, con capacidad natural

Un sector de la doctrina opina que en el supuesto comentado, menor de edad inferior a 16 años pero con suficiente madurez, será necesario junto con el consentimiento del menor el de sus representantes legales –que actuarán, no en sustitución del menor, sino completando su falta de capacidad–. Se argumenta al respecto que, si bien cuando el menor tiene suficiente madurez se excluye la representación, es decir, no cabe la prestación del consentimiento informado por sustitución, esto no significa que sus padres no deban actuar en cumplimiento de su deber de velar por el menor. Por consiguiente, sus padres o representantes deberán prestar su consentimiento junto con el del menor (62). Dentro de este sector hay quien matiza diciendo que si la intervención implica escaso riesgo bastará el consentimiento del menor, si bien siendo arriesgada será necesaria la intervención de los representantes del menor (63).

En mi opinión esta postura no es sostenible. Si a juicio del médico el menor de edad inferior a 16 años tiene suficiente capacidad natural, el consentimiento debe prestarlo el menor por sí sólo y no cabe exigir además el consentimiento de sus padres o tutor. Ello es así con independencia del grado de riesgo que presente la actividad médica; es decir, a falta de disposición expresa (como sucede, por ejemplo, en el ámbito de los ensayos clínicos, artículo 7.3, a) RD 223/2004) no creo que sea exigible un doble consentimiento cuando el tratamiento o intervención presente una mayor gravedad, bastando el consentimiento del menor cuando el riesgo es escaso. Ahora bien, esto no significa que el carácter más o menos arriesgado de la intervención sea irrelevante. Como ya se indicó al principio, para valorar el grado de capacidad (discernimiento, juicio, madurez) necesario para prestar el consentimiento informado se tiene en cuenta la relación riesgo-beneficio de la intervención de que se trate. Esto significa que si el acto médico implica escasos riesgos (*v. gr.* tratamiento de una bronquitis, extracción de una muela) el grado de madurez que precisará el menor para dar su consentimiento al mismo no será muy elevado. Por lo tanto, es previsible que se considere que el menor, aunque tenga, por ejemplo, 12 o 13 años, tiene suficiente capacidad para consentir por sí mismo. En cambio si la intervención médica en cuestión conlleva graves riesgos será necesario un grado de madurez superior, por lo cual es probable que el médico que asista al menor, si éste tiene una edad inferior a 16 años, considere que no puede consentir por sí sólo la intervención. En tal caso corresponderá a sus padres prestar el consentimiento al tratamiento médico, aunque deberá tenerse en cuenta obviamente, como dispone el artículo 9.3.c), la opinión del menor.

(62) PARRA LUCÁN, M. P., *ob. cit.*, p. 1911.

(63) ABELLÁN SALORT, J. C., *La praxis del consentimiento informado en la relación sanitaria: aspectos biojurídicos*, Madrid, Difusión jurídica y Temas de Actualidad, 2007, pp. 118, 119.

Es decir, la naturaleza más o menos grave de la intervención médica habrá que tenerla en cuenta a la hora de decidir si el menor tiene o no suficiente capacidad, pero no permite alterar el texto del artículo 9.3.c) interpretando que no basta el consentimiento del menor y que es necesario además el de sus padres o representantes.

Por otra parte, también existe una tendencia bastante generalizada a negar validez a la decisión del menor maduro, pero con edad inferior a 16 años, si rechaza un tratamiento médico necesario para su vida o su salud (64). Sobre esto volverá con posterioridad porque la misma situación se plantea en relación con el menor emancipado o de más de 16 años.

En el supuesto en que se entienda por parte del médico que el menor de entre 12 y 16 años no tiene capacidad para prestar el consentimiento informado, deberán otorgarlo sus padres o eventualmente su tutor. En este caso, como se ha dicho, debe además «escucharse la opinión del menor». La doctrina se plantea qué relevancia tiene la opinión del menor cuando es contraria a la de sus padres, pues parece que debería tener cierta virtualidad

La hipótesis que suele plantearse es aquella en la cual los padres consienten la intervención o el tratamiento médico pero el menor la rechaza. La hipótesis contraria –padres que rechazan una intervención médicamente indicada que, sin embargo, cuenta con la opinión favorable del menor– presenta una solución relativamente sencilla. Como antes se ha dicho, los padres en ejercicio de los deberes derivados de la patria potestad, están obligados a actuar en interés del menor (art. 156 CC), es decir, han de tomar las decisiones que sean *objetivamente* más beneficiosas para éste (lo mismo cabe decir en el supuesto de menor sometido a tutela, *cf.* artículo 216 CC) (65). Además según el artículo 9.5 LDP, la prestación del consentimiento por sustitución ha de hacerse siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. Por tanto los padres (o eventualmente el tutor) no pueden rechazar un tratamiento médico si éste es necesario para mejorar la salud del enfermo o evitar su muerte y no conlleva riesgos de tal entidad que justifiquen la decisión. En tal situación los médicos que atienden al enfermo estarían legitimados para solicitar autorización judicial para efectuar la intervención.

El problema se plantea cuando los padres del menor dan su consentimiento a un tratamiento médico y el menor manifiesta su opinión contraria al mismo. Aunque de acuerdo con el artículo 9.3.c) debe prevalecer la decisión de los padres, cabe preguntarse si puede darse alguna virtualidad a la opinión del menor, ya que, si la

(64) Por ejemplo ABELLÁN SALORT, J. C., *ob. cit.*, p. 123, que llega a decir que si el menor maduro rechaza un tratamiento vital por motivos religiosos prima su vida.

(65) De acuerdo con lo hasta ahora expresado, cuando el menor no tiene suficiente capacidad natural para ejercer sus derechos de la personalidad, sus padres o representantes no pueden sustituir la voluntad de éste a menos que sea imprescindible, debiendo actuar siempre en interés del menor. Desde este punto de vista hay que entender que los padres de un menor no pueden someterlo a una operación de cirugía estética a menos que exista una indicación médica clara (p. ej., la eliminación de una deformidad, en cuyo caso estaríamos más bien ante un supuesto de cirugía plástica), ya que es discutible que, a falta de necesidad terapéutica, la intervención pueda considerarse como beneficiosa para el menor. En similar sentido, LAMA AYMÁ, A. de, *ob. cit.*, pp. 323, 324.

Por otra parte, y en relación con la capacidad del menor, creo que las intervenciones de cirugía estética generan un grado de riesgo elevado que no resulta contrarrestado por un claro beneficio –si lo valoramos objetivamente– para el paciente. Ello implica que el grado de madurez para prestar un consentimiento válido ha de ser bastante elevado, por lo que, en mi opinión, para este tipo de intervenciones debe exigirse la mayoría de edad.

ley obliga a consultarle, debe hacerse con alguna finalidad (66). Al respecto debe tenerse en cuenta que, como se indicó al principio, a la hora de tomar decisiones relativas a los derechos de la personalidad del hijo, los padres deben actuar «de acuerdo con la personalidad» de este último, y respetando «su integridad psíquica» (art. 154.2 CC), lo que implica que, para determinar lo que es beneficioso para el menor, no puede prescindirse de los deseos y opiniones de éste. Desde este punto de vista, aun cuando se trate de un menor sin suficiente capacidad para consentir por sí mismo (recordemos que nos referimos a menores mayores de 12 años), debe evitar imponérsele un tratamiento médico contra su voluntad (67), porque, salvo en ciertos casos (68), difícilmente puede considerarse como un acto que redunde en su interés.

B. Menor emancipado o mayor de 16 años. Negativa del menor al tratamiento

El artículo 9.3.c) contiene en su último inciso una regla que provoca gran confusión. Dicho precepto dispone, con relación al menor emancipado o mayor de 16 años, que, en caso de «actuación de grave riesgo» según el criterio del facultativo, se informará a los padres, siendo tenida en cuenta su opinión para la toma de la decisión correspondiente.

La norma es de difícil comprensión porque si el menor tiene capacidad suficiente para consentir por sí mismo –y esta capacidad se presume legalmente a partir de los 16 años– le corresponde a él tomar la decisión, con independencia de cuál sea el grado de riesgo de la intervención. Por tanto, no se entiende por qué ha de informarse a los padres. Además a éstos la ley no les faculta para decidir. Se dice, no obstante que deberá tenerse en cuenta su opinión. ¿Pero cómo o en qué medida ha de tenerse en cuenta su opinión? Si el menor tiene capacidad, aun en el supuesto de conflicto, debe prevalecer la decisión de éste último. De ahí que carezca de sentido la obligación de informar a los padres que, según observa la doctrina, rompe el deber de confidencialidad (69) (recordemos que el titular del derecho de informa-

(66) DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y de responsabilidad médica (comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)*, Valladolid, Lex Nova, 2003, p. 299, dice que si la opinión del menor no coincide con la de sus representantes legales el artículo 9.3.c) parece imponer que debe primar la voluntad de estos últimos de modo que la opinión del menor carecería de trascendencia. Sin embargo, añade que si se reconoce el derecho del menor a opinar sobre el acto clínico parece que debería tener cierta virtualidad su negativa a aceptar el mismo. En su opinión el conflicto entre el menor y sus padres debe ser resuelto por el juez.

(67) PARRA LUCÁN, *ob. cit.*, p. 1910, opina que, cuando el consentimiento lo presta el representante del menor después de haber escuchado su opinión si tiene 12 años cumplidos, «el consentimiento puede otorgarse válidamente contra la opinión del menor».

(68) Por ejemplo, aquellos supuestos en los que el tratamiento o intervención médica es indispensable para la vida o la salud del menor –mayor de 12 años pero sin suficiente capacidad para consentir– y éste lo rechaza porque no es consciente o no reconoce su necesidad.

(69) ROMEO MALANDA, S., «Minoría de edad y consentimiento médico en la Ley 41/2002 de 14 de noviembre», *cit.*, p. 116, indica: «De acuerdo con este precepto no sólo se introduce una excepción al principio de confidencialidad, sino que se incluye a los representantes legales en el proceso de deliberación y toma de decisión. Esto implica una limitación a todas luces inaceptable del principio general de validez del consentimiento prestado por el menor de edad maduro cuando se trate de someterse a una intervención médica beneficiosa para su salud, aunque se trate de una intervención de grave riesgo».

ción es el menor que tiene suficiente capacidad y que, según el artículo 5.1 de la Ley 41/2002, sólo puede informarse a sus parientes o allegados si el paciente lo consiente expresa o tácitamente) e implica una lesión en el derecho a la intimidad del menor (70).

La oscuridad del precepto tiene consecuencias indeseables. De hecho hay quien interpreta que la expresión «actuación de grave riesgo» no se refiere sólo al tratamiento o intervención médica que entraña graves riesgos, sino que abarca también el supuesto en que el menor adopta una decisión que le pone en un grave riesgo (*v. gr.*, rechazo de un tratamiento vital o muy necesario para su salud). Así interpretado el precepto resultaría que si el menor adopta una decisión poco sensata a juicio del médico éste podría informar a sus padres. Se pretende con ello, como es lógico, que los padres disuadan al menor y que se tome «una decisión consensuada entre los padres, el facultativo y el menor» indicándose que, si persiste el conflicto entre las opiniones del menor y los padres o el médico, deberá decidir el juez (art. 158.3 CC) (71). El resultado es entonces que el juez podrá imponer al menor un tratamiento o intervención contra su voluntad (72).

En mi opinión esta postura es contradictoria ya que si el menor tiene suficiente capacidad su decisión debería respetarse aunque pusiera en peligro su salud, del mismo modo que ha de respetarse la de un mayor de edad, al cual no se le puede

En «Un nuevo marco jurídico sanitario...» (II), *La Ley* 24 de febrero de 2003, p. 2, reconoce que cuando se trate de menores de menos de 16 años lo que puede ocurrir es que, a la vista de la decisión adoptada, el médico cambie de opinión y considere al menor incapaz. Pero cuando el menor tiene más de 16 años señala que la ley es tajante al respecto. La decisión le corresponde al menor. Por tanto, nada podrá decidir el médico ni los representantes legales en contra del criterio del menor. Cuestión distinta es que el médico dude de la capacidad del menor (no por su edad, sino –hay que entender–, por padecer algún trastorno psíquico).

(70) LAMA AYMÁ, A. de, *ob. cit.*, p. 307, entiende sin embargo, pese a lo establecido en el artículo 5, que, de acuerdo con el artículo 9.3, si la actuación médica entraña un peligro grave para el menor deberá informarse a los representantes incluso contra la voluntad del menor. Sólo cuando no entraña peligro grave podrá informarse a los representantes únicamente si el menor manifiesta su consentimiento expreso o tácito. La información a los representantes se justificaría por la gravedad de la situación médica del menor determinada en función de su madurez.

(71) De esta opinión LAMA AYMÁ, A. de, *ob. cit.*, p. 314, aunque advierte que no entra en este supuesto aquel en que el menor renuncia a tratamientos agresivos cuando se encuentra en una situación terminal y consiente únicamente tratamientos paliativos.

PARRA LUCÁN, M. P., *ob. cit.*, p. 1912, parece inclinarse por similar solución ya que, con referencia al supuesto en que el menor con capacidad rechaza el tratamiento médico, señala que deberá recurrirse al artículo 158.4 que en su opinión es aplicable, no sólo cuando haya que proteger al menor de decisiones adoptadas por sus padres, sino también «cuando haya que defenderlo de sus propias decisiones en ámbitos en los que tiene reconocida por ley la capacidad para adoptarlas y prestar el consentimiento».

(72) ABELLÁN SALORT, J. C., *ob. cit.*, p. 121, dice que en el supuesto de menor mayor de 16 años o emancipado, si los padres aceptan la intervención y el menor se opone, el médico debería atender a su decisión y no proceder a la intervención. Pero si la misma es necesaria para la propia vida del menor, habrá que recurrirse a la autoridad judicial pudiendo efectuarse la intervención contra la voluntad de aquel.

Tratándose de menor de edad inferior a 16 años pero con madurez suficiente –supuesto en el cual el citado autor considera también necesario el consentimiento de los padres si la intervención es de cierta gravedad– si el menor se niega, el médico podrá llevar a cabo la intervención negando eficacia al consentimiento prestado por el menor frente al de los padres (que se presupone que aceptan).

Concluye diciendo, en p. 123, que aun reconociéndose que el menor reúne condiciones de madurez suficientes para decidir, debe resolverse a favor de la vida de éste, que prima sobre el poder de autodisposición del propio menor sobre su cuerpo (e incluso sobre su derecho a la libertad religiosa).

imponer un tratamiento médico contra su voluntad. A mi juicio en el fondo de esta postura subyace la idea según la cual, si el paciente menor de edad adopta una decisión perjudicial para su salud, lo hace porque no tiene suficiente capacidad. Pero ha de tenerse en cuenta que la adopción de una decisión imprudente o irracional (desde el punto de vista médico o de terceros) no puede identificarse con la falta de capacidad. En tal caso nunca podría admitirse el rechazo al tratamiento médico. Y éste constituye un derecho del paciente, expresamente sancionado en la generalidad de los ordenamientos (salvo cuando existe peligro para terceros) y por lo que respecta al español, en el artículo 2.4 LDP. No puede olvidarse que sólo el propio enfermo puede valorar los sufrimientos y riesgos que está dispuesto a afrontar para conservar su vida o su salud. Por eso, una decisión imprudente, por sí misma, no es demostrativa de la falta de capacidad del sujeto

La mayoría de los autores se inclina a entender, sin embargo, que en los casos en que un menor de edad rechaza un tratamiento médicamente indicado (p. ej., una transfusión de sangre), poniendo en peligro su salud o su vida, aunque el menor goce de capacidad natural, e incluso aunque sea mayor de 16 años, debe negarse eficacia a su decisión (73) ya que, según se dice, en tales condiciones debe primar *el interés del menor*, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.1 LOPJM. Por consiguiente, podrá el juez autorizar la intervención contra la voluntad del menor a fin de preservar su vida y, por tanto, su interés (74). Ahora bien, en mi opinión aquí se parte de una premisa errónea –o al menos sumamente discutible– que es considerar que el mantener al menor con vida redunda necesariamente en su interés.

A mi juicio es más correcta la postura que se mantiene en otros en otros ordenamientos, como el anglosajón o el alemán, en los que se estima que el interés de un sujeto no puede valorarse de una manera exclusivamente objetiva y abstracta sino que ha de hacerse desde un punto de vista subjetivo, teniendo en cuenta los deseos, opiniones, forma de vida, etc., del sujeto afectado. Desde esta perspectiva una decisión que se opone claramente a la voluntad del sujeto afectado por ésta no sería «en su interés» (75). Si esto es así cuando se trata de pacientes sin capacidad para consentir, tanto más cuando al paciente se le reconoce dicha capacidad. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un menor –de 16 años o de edad inferior pero con

(73) Entre las excepciones, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *ob. cit.*, pp. 293, 294, quien, refiriéndose a la regla del artículo 9.3.c), afirma que la opinión de los padres no puede hacer variar el sentido del precepto, en cuya virtud en estos casos no cabe prestar el consentimiento por representación.

(74) ROMEO MALANDA, S., «Minoría de edad y consentimiento médico...», *cit.*, p. 119.

Considera asimismo que en el supuesto en que el menor maduro (mayor de 16 años o menor de 16 pero con suficiente madurez a juicio del médico) rechaza un tratamiento vital no debe atenderse a su voluntad, ya que prima el «interés superior del menor». SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *ob. cit.*, p. 215.

También parece considerar que la voluntad del menor maduro no es válida cuando haga peligrar seriamente su vida, BELTRÁN AGUIRRE, J. L., «La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: Dimensión jurídica», *Derecho y salud*, número extraordinario XV Congreso, p. 17, quien indica que «ello podría hacer dudar de su capacidad volitiva». Este autor estima, sin embargo, que la voluntad del menor que tiene suficiente capacidad de juicio prevalecerá, en caso de conflicto con sus padres, cuando se trate de actuaciones en las que no corre peligro la vida del menor (*v. gr.* empastes).

ABELLÁN SALORT, J. C., *ob. cit.*, pp. 121-123, opina que si el menor mayor de 16 años o de edad inferior pero con capacidad natural se niega al tratamiento puede, en el primer caso recurrirse al juez, en el segundo realizarse la intervención con el consentimiento de los padres y contra la voluntad del menor.

(75) *Vid.* SANTOS MORÓN, M. J., «Incapacitados...», *cit.*, pp. 82 y ss.

capacidad natural— que padece desde su nacimiento una enfermedad degenerativa, ha sido sometido a numerosas operaciones y debe someterse a otra que simplemente va a alargar la situación, no mejorando su calidad de vida sino provocándole graves sufrimientos. Hacer prevalecer en este caso la opinión de los padres, de los médicos o eventualmente del juez, sobre la base de que imponerle el tratamiento o intervención médica que el menor consciente y voluntariamente rechaza *redunda en su interés* —o, en otras palabras, es lo más beneficioso para él— me parece difícilmente admisible.

Lo dicho no excluye que en ciertos casos la voluntad del menor contraria al tratamiento pueda ser demostrativa de su falta de capacidad. Pero ello sólo ocurrirá cuando éste padezca algún tipo de trastorno psíquico que le impida reconocer la necesidad del tratamiento. Es lo que puede suceder, por ejemplo, con menores que padecen anorexia. Ahora bien, en este caso la posible falta de capacidad para consentir —que permite imponerle el tratamiento médico contra su voluntad y con base en el consentimiento de sus representantes legales— no deriva de la minoría de edad, sino del trastorno o enfermedad mental (76). Es más, en estos casos puede ser necesario llevar a cabo el internamiento hospitalario del menor al amparo de lo establecido en el artículo 763 LEC, que permite llevar a cabo el internamiento involuntario de personas que, «por razón de trastorno psíquico» (77), no estén en condiciones de decidir por sí mismas, con la correspondiente autorización judicial (78).

2. EL ARTÍCULO 9.4 DE LA LEY 41/2002 Y LA NUEVA REGULACIÓN DEL ABORTO

Una última cuestión a abordar es la relativa al artículo 9.4 de la Ley 41/2002. Este precepto establece una confusa regla en cuya virtud «la interrupción voluntaria del embarazo, 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». El precepto parece querer decir que en los casos mencionados es necesaria la mayoría de edad. Sin embargo, ello sólo es así en el supuesto de las técnicas de reproducción asistida, donde la ley aplicable así lo establece (arts. 5.6 y 6.1 de la Ley 14/2006), pero no en los demás casos. Como se indicó al principio, en los ensayos clínicos pueden participar menores, siendo necesario el consentimiento cumulativo del menor y sus representantes cuando éste tiene más de 12 años.

Por lo que respecta al aborto, la referencia del artículo 9.4 resultaba un tanto extraña ya que, con anterioridad a la reciente LO 2/2010, la normativa aplicable, y

(76) En este sentido VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., «La autonomía del menor en el ámbito de la salud. Un supuesto particular: la anorexia nerviosa», *RDP*, 2007-5, pp. 49 y ss.

(77) El auto de la AP Barcelona de 14 de marzo de 2006 (AC, 2006, núm. 15), aunque relativo al internamiento de una enferma de anorexia que tenía 20 años, señala en este sentido que dicha medida tiene su base «en la existencia de una enfermedad psíquica real, sin conciencia de la enfermedad por parte de Encarna que impide su tratamiento, precisando el internamiento no voluntario; medida adoptada por este Tribunal en el interés y beneficio de Encarna».

(78) Sobre ello *vid.* SANTOS MORÓN, M. J., *El internamiento involuntario en el artículo 763 LEC 1/2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 74-76.

en concreto el artículo 417 bis del anterior Código penal, no exigía la mayoría de edad para la práctica del aborto. La doctrina venía entendiendo mayoritariamente que la mujer menor de edad podía solicitar y consentir eficazmente la práctica del aborto si a juicio del facultativo tenía madurez suficiente para comprender los riesgos y naturaleza de la interrupción del embarazo, debiendo presumirse, por aplicación de lo establecido en la Ley 41/1992, que a partir de los 16 años tiene tal capacidad (79).

Por ello resulta extraña la polémica surgida en torno a la nueva Ley del aborto (LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo) en cuanto consagra la posibilidad de que las mujeres mayores de 16 años den por sí mismas el consentimiento al aborto (art. 13.4) (80). Posiblemente el problema ha venido dado por el mencionado artículo 9.4 de la Ley 41/2002 ya que la remisión que realiza a «lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad» parece haber sido interpretada en el sentido de que sólo podían dar el consentimiento al aborto las mujeres mayores de edad (81). De ahí que la nueva Ley 2/2010, de salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo, haya modificado este precepto, a fin de omitir toda referencia al aborto (82). Sin embargo, lo cierto es que tanto la mayoría de la doctrina, como los

(79) Entre otros *vid.* GARCÍA GARNICA, M. J., pp. 170-171; LAMA AYMÁ, A. de, *ob. cit.*, pp. 336 y ss.; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *ob. cit.*, p. 304.

(80) Artículo 13.4: «En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad.

Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer.

Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo».

Como puede observarse, este precepto viene a modificar lo establecido en el artículo 5 de la Ley 41/2002, en cuya virtud el titular del derecho de información es el propio paciente –siempre que tenga capacidad natural–, no estando permitido informar a los familiares o allegados a menos que aquél lo consienta expresa o tácitamente. De acuerdo con el artículo comentado, en el caso del aborto de una menor, deberá informarse a alguno de sus representantes de la decisión de la mujer y sólo podrá omitirse esta información cuando ésta alegue «fundadamente» que ello le va a provocar «un conflicto grave». Semejante previsión va a generar, con toda probabilidad, considerables problemas en la práctica, ya que es difícil saber cuándo puede considerarse que la alegación de la menor está «fundada», y más difícil aún determinar cuando existe un «peligro cierto» de violencia intrafamiliar, amenazas, etc. Lo más probable va a ser, bien que prácticamente en ningún caso se consideren cumplidos los presupuestos exigidos en la norma, bien que se llegue a la situación contraria, esto es, que se considere suficiente la mera voluntad de la menor contraria a que se informe a sus padres o tutor.

(81) También lo han entendido así algunos autores como ROMEO MALANDA, S., «Minoría de edad y consentimiento médico en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre», (II), *Actualidad del Derecho sanitario*, núm. 103, marzo de 2004, p. 215. Se hace eco asimismo de esta interpretación SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *ob. cit.*, pp. 325, 326.

(82) De acuerdo con la disposición final segunda de la LO 2/2010, el artículo 9.4 de la Ley 41/2002 ha quedado redactado como sigue: «La práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida se rige por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación».

En mi opinión, de la redacción originaria del artículo 9.4 Ley 41/2002, no se deducía que para otorgar el consentimiento al aborto la mujer debiera ser mayor de edad. Dicha norma únicamente ponía de relieve, bien el desconocimiento del «legislador», bien una considerable falta de reflexión, pues de otro modo no se explica que se incluyeran los ensayos clínicos en el supuesto de dicha norma, siendo así que la normativa reguladora de los ensayos clínicos permite al menor de edad dar el consen-

tribunales (83), venían entendiendo que debía permitirse a la menor madura consentir el aborto, por lo que en realidad la nueva disposición legal en este punto no altera en gran medida la situación anterior.

IV. RECAPITULACIÓN. UNA SITUACIÓN CONTRADICTORIA: LA AUTONOMÍA DEL MENOR Y SU RESPONSABILIDAD CIVIL

Para terminar conviene hacer alusión –aunque sea brevemente, ya que la cuestión excede del ámbito de este trabajo– a la llamativa situación en la que se encuentra el menor de edad en orden a su responsabilidad civil. Hasta aquí se ha puesto de manifiesto cómo en el Derecho actual se reconoce al menor de edad un ámbito de autonomía creciente que corre paralelo con su edad. Se le permiten tomar decisiones que tradicionalmente se conferían a sus representantes legales y se restringe consecuentemente el poder de los padres para dirigir la vida del menor. Es decir, como consecuencia de la necesidad fomentar la autonomía de los menores en aras del libre desarrollo de su personalidad se asiste a un proceso de debilitamiento de la autoridad paterna, que tiene quizás su máxima expresión en

timiento al ensayo (aunque con el consentimiento cumulativo de sus representantes). Ni se explica que no se incluyeran en el artículo 9.4 supuestos como la donación de órganos, para los que la normativa aplicable sí exige expresamente la mayoría de edad.

(83) La sentencia de la AP de Málaga de 20 de abril de 2002 (AC 2002\507) relativa a una menor –de 16 años– que abortó en una clínica privada, confirma la validez de su consentimiento para la práctica del aborto y niega que haga falta el de sus padres. En el caso de autos se acusó al médico que practicó el aborto y al gerente de la clínica del delito tipificado en el artículo 144.1 Cp. Esto es, práctica del aborto «sin el consentimiento de la mujer». Aunque la Audiencia consideró que el comportamiento de los acusados era delictivo, entendió que lo era por no darse ninguna de las indicaciones previstas en el artículo 417 bis Cp (por tanto no se condenó a los acusados dado que no se les imputó el tipo del artículo 144.1), pero no por no concurrir un consentimiento válido. Se dice en esta sentencia que, dado que el artículo 144 Cp no especifica nada en torno a la capacidad de la interesada, hay que acudir a otras normas, debiendo tenerse en cuenta el artículo 162 CC que excluye del ámbito de la representación legal el ejercicio de los derechos de la personalidad del hijo cuando éste tiene suficientes condiciones de madurez.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 80 de Madrid, de 1 de abril de 2008 (EDJ 2008\25331) resuelve el conflicto planteado entre una menor, de 16 años, que estaba sometida a la tutela automática de la Comunidad de Madrid debido a su situación de desamparo, y la Comisión de Tutela, dando prevalencia a la opinión de la menor. La menor deseaba la práctica del aborto mientras que la Comisión de Tutela se oponía a ello ya que existían dos informes médicos contradictorios. En un primer informe médico se dictaminó que era necesario el aborto para preservar la salud psíquica de la menor, que padecía un trastorno adaptativo de carácter depresivo con riesgo de suicidio. Un segundo informe médico consideró, sin embargo, que no existían condicionamientos psiquiátricos que pusieran en peligro la salud psíquica de la adolescente. La menor solicitó autorización judicial para proceder a la interrupción del embarazo al amparo del artículo 158.1 CC. El Juzgado parte de la base de que no podía darse mayor relevancia al segundo informe médico, porque ni a una mayor de edad, ni a una menor cuyos padres estuviesen conformes con la interrupción del embarazo se le exigiría acudir a más de un especialista como se le había exigido a ella (resultaría contrario al principio de igualdad). Considera por tanto que es suficiente el primer informe médico para entender que el aborto estaba amparado por la indicación médica. A continuación analiza la capacidad de la menor y concluye que, de acuerdo con los especialistas en psiquiatría que la examinaron, se trata de una niña con un alto nivel de madurez, de modo que, ponderando todos los intereses en conflicto, autoriza a la menor a interrumpir el embarazo.

la supresión de la facultad de los padres de «corregir moderadamente a sus hijos» anteriormente consagrada en el artículo 154 CC (84).

Pues bien, si se reconoce la autonomía decisoria del menor en su ámbito personal y se limita al mismo tiempo la intervención paterna, parece que lo lógico y coherente sería responsabilizar al menor de sus propias decisiones y reconocerle «capacidad» para asumir las consecuencias negativas de éstas. Sin embargo, no ocurre así en la práctica, al menos no en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.

Como se sabe el artículo 1903.2 CC declara la responsabilidad de los padres por los hechos dañosos cometidos por menores de edad. Sin embargo, la responsabilidad de los padres *ex* artículo 1903 CC no excluye la responsabilidad de los hijos. El menor puede ser civilmente imputable, es decir, puede tener «capacidad de culpa» –si tiene discernimiento y madurez suficientes para ser consciente de su propia actuación y de sus posibles resultados– y en tal caso deberá responder conforme a lo establecido en el artículo 1902 CC, aunque existirá, además, responsabilidad de sus padres conforme al artículo 1903 CC.

Pese a lo dicho, la jurisprudencia civil no suele dar ninguna relevancia al hecho de que el menor tenga un grado de discernimiento y madurez que permita considerarlo «imputable» y, por tanto, responsable de los daños causados *ex* artículo 1902 CC. Mientras que, de acuerdo con el artículo 61.3 LORPM (85), el menor mayor de 14 años es, junto con sus padres, responsable civilmente del delito cometido –es decir, se presume legalmente su «imputabilidad» (86)–, cuando se trata de ilícitos civiles los tribunales no entran a valorar la capacidad de discernimiento o la madurez de éste a efectos de determinar su imputabilidad y se limitan a declarar responsables a sus padres. Probablemente ello se debe a que se pretende proteger a la víctima ante la habitual insolvencia de los menores de edad (87), pero tal situación no deja de ser criticable y contradictoria con los principios anteriormente enunciados (88).

(84) La modificación de este precepto fue llevada a cabo por la disposición adicional primera de la Ley 54/2007, de Adopción Internacional.

(85) El artículo 61.3 LORPM, que regula, como se sabe, la responsabilidad civil derivada de delitos cometidos por menores de entre 14 y 18 años (art. 1.1 LORPM), dispone que «cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de 18 años, responderán solidariamente con él de los daños 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».

(86) Ello con independencia de que, si el menor padece algún tipo de trastorno o deficiencia psíquica, pueda ser declarado exento de responsabilidad criminal *ex* artículo 20.1 o 20.3 Cp, en cuyo caso sería aplicable, en cuanto a la responsabilidad civil, el artículo 118 Cp.

(87) ABRIL CAMPOY, «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», *RCDI*, 2003, núm. 275, pp. 24, 25.

(88) Uno de los escasísimos casos en que se condena a un menor de edad –solidariamente junto con sus padres– es el resuelto en la STS de 8 de marzo de 2002 (RJ 2002\1912). Un grupo de adolescentes estaba jugando a la pelota en el paseo marítimo de Alcalá de los Gazules y en un momento dado uno de ellos propinó un balonazo de tal calibre a una niña que se encontraba sentada en un banco que ésta perdió la visión del ojo lesionado. El TS analizó en este caso la imputabilidad del menor causante del daño, que tenía 17 años, y consideró que había actuado negligentemente ya que, dadas las características del juego y el empleo de un balón de cuero, era previsible la posibilidad de dañar y fácilmente evitable la producción del daño.

También la SAP de Málaga de 8 de enero de 2008 (EDJ 2008\30487) considera imputable civilmente a un menor, de unos 16 años, que trabajaba para una empresa de limpieza en el Palacio de Exposiciones y Congresos. Durante la jornada laboral el menor irrumpió corriendo entre un grupo

En segundo lugar y pese a que la responsabilidad de los padres es de carácter subjetivo y se funda en el incumplimiento de los deberes derivados de la patria potestad (culpa «in vigilando» o «in educando»), es sabido que la jurisprudencia ha llegado a objetivar dicha responsabilidad (89), no admitiéndose en la práctica la prueba de la diligencia paterna. Los tribunales condenan sistemáticamente a los padres del menor causante del daño sin tener en cuenta que a medida que los hijos crecen disminuye la posibilidad de los padres de vigilarles y controlar sus actos.

Esta situación es criticada por la doctrina porque, si es la propia sociedad la que permite, e incluso impone, una mayor autonomía a los menores que han alcanzado cierta edad y cierta madurez, no es aceptable que los riesgos provocados por esa actitud de toda la comunidad recaigan sólo sobre los padres, a los que esa misma comunidad impide tener un control más efectivo sobre sus hijos menores, en lugar de recaer sobre toda la sociedad (incluida las víctimas de los daños) (90).

En otras palabras, si en la actualidad se afirma que debe limitarse a lo estrictamente indispensable la intervención paterna en la vida de los hijos a favor del libre desarrollo de la personalidad de éstos, lo lógico sería tener en cuenta esta situación a la hora de enjuiciar la responsabilidad de los padres cuando sus hijos cometen hechos dañosos. Como dice Gómez Calle (91), «cuanto más se recorten, en consideración al beneficio del menor y en aras del libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1, 27.2, 39 CE) las efectivas posibilidades de los padres para controlar de algún modo la vida de sus hijos menores, menos justificación tiene hacerles responder de cualquier daño que ocasionen». Por ejemplo, si tanto socialmente como jurídicamente se tolera que el menor desarrolle a medida que crece determinadas actividades, algunas claramente peligrosas como la conducción de ciclomotores, ¿por qué si ocasionan un daño debe atribuirse responsabilidad a sus padres?

Sería deseable, por consiguiente, revisar la interpretación y aplicación del artículo 1903.2 CC a fin de adecuarla a la «realidad social» del tiempo actual (art. 3.1 CC) en el que los menores gozan, cada vez más, de un considerable ámbito de autonomía personal.

de personas que estaban a la salida del edificio empujando violentamente a una de ellas que cayó rodando por la escalera resultando lesionada. La víctima demandó al menor, a sus padres y a la empresa de limpieza. El Juzgado estimó que el menor no podía ser condenado, pero la Audiencia, sin embargo, lo consideró civilmente imputable, si bien exoneró a sus padres de toda responsabilidad condenando, junto con el menor, a la empresa en la que trabajaba *ex* artículo 1903.4 CC.

(89) De hecho en alguna sentencias se afirma que el artículo 1903.2 conlleva «un matiz objetivo», de forma que la responsabilidad de los padres «pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad. Sobre ello *vid.* GÓMEZ CALLE, E., «Padres y centros docentes» *Tratado de responsabilidad civil*, tomo III, parte especial 2.ª, coordinado por Reglero, Navarra, Aranzadi, 2008, pp. 147 y ss.

(90) DÍAZ ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad y tutela», *ADC*, 1987-III, pp. 856, 857.

(91) *Ob. cit.*, p. 150.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN SALORT, J. C., *La praxis del consentimiento informado en la relación sanitaria: aspectos biojurídicos*, Madrid, Difusión jurídica y Temas de Actualidad, 2007.
- ABRIL CAMPOY, «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», *RCDI*, 2003, núm. 275.
- BELTRÁN AGUIRRE, J. L., «La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: Dimensión jurídica», *Derecho y salud*, número extraordinario XV Congreso.
- CABALLERO LOZANO, J. M., «La capacidad asociativa del menor de edad», en *Estudios Homenaje a Díez-Picazo*, tomo I, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2003.
- DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- DE LA ROSA CORTINA, J. M., «El derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores. Perspectivas en Derecho civil, penal y en reforma de menores», *Revista del Poder Judicial*, 2003, núm. 72.
- DÍAZ ALABART, S., «El derecho de asociación de los menores», *RDP*, 2002.
- La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad y tutela», *ADC*, 1987-III.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y de responsabilidad médica (comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)*, Valladolid, Lex Nova, 2003.
- GARCÍA GARNICA, M. C., *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.
- GÓMEZ CALLE, E., «Padres y centros docentes» en *Tratado de responsabilidad civil*, tomo III, parte especial 2.^a, coordinada por Reglero, Navarra, Aranzadi, 2008.
- HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A./RAMÓN FERNÁNDEZ, F., «El derecho a la propia imagen de los menores en los medios de comunicación y redes sociales», *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, 2009, núm. 20.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, M., «La protección jurídica del menor ante las redes sociales» en *La protección jurídica de la intimidad*, Madrid, Iustel, 2010.
- NAVARRO MICHEL, M., «Los derechos a la intimidad y propia imagen del menor de edad. Algunos supuestos conflictivos», *RDP*, marzo-abril, 2009.
- OROZCO PARDO, G., «Intimidad, privacidad, extimidad y protección de datos del menor», en *La protección jurídica de la intimidad*, Madrid, Iustel, 2010.
- PANIZA FUNALLA, A., «Cuestiones jurídicas en torno a las redes sociales: uso de datos personales para fines publicitarios y protección de datos de menores», *Revista Española de Protección de Datos*, enero-junio, 2009.
- PANTOJA GARCÍA, F., *Algunas notas y comentarios a la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor y su aplicación práctica*, Madrid, CGPJ, 1997.
- PARRA LUCÁN, M. A., «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», *Aranzadi civil*, 2003-I.
- ROMEO MALANDA, S., «Un nuevo marco jurídico-sanitario: La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes» (I) y (II), *La Ley*, 23 y 24 de enero de 2003.
- «Minoría de edad y consentimiento médico en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre», *Actualidad del Derecho sanitario* (I) y (II), núm. 102, febrero de 2004 y núm. 103, marzo de 2004.

- SÁNCHEZ CALERO ARRIBAS, B., *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., «Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamento del libre ejercicio de los derechos de la personalidad», *Estudios Homenaje a Díez-Picazo*, tomo I, Madrid, Thomsom-Aranzadi, 2003.
- SANTOS MORÓN, M. J., *Incapacitados y derechos de la personalidad*, Madrid, Fundación ONCE-Escuela Libre Editorial, 2000.
- *El internamiento involuntario en el artículo 763 LEC 1/2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- «A propósito de la STS de 26 de marzo de 2003: Menores y medios de comunicación. El artículo 4 LO 1/1996, de Protección jurídica del menor», *Libro Homenaje al profesor Albaladejo*, tomo II, Colegio de Registradores-Universidad de Murcia, Murcia, 2004.
- VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., «La autonomía del menor en el ámbito de la salud. Un supuesto particular: la anorexia nerviosa», *RDP*, 2007-5.