



FACULTAD DE DERECHO

LA CAPACIDAD DEL MENOR EN EL ÁMBITO SANITARIO

Autor: Eugenia Gomeza Chapa

4º E-1

Derecho Civil

Tutor: M^a Reyes Corripio Gil-Delgado

Madrid

Abril 2020

Resumen

El trabajo analiza los cambios legislativos de la Ley de Autonomía del paciente y del Código civil del año 2015 en concreto por la LO 8/2015 y la Ley 26/2015 relativos a la autonomía de la voluntad de los menores maduros en relación con su salud, particularmente las causas y los efectos de dichos cambios. Para ello se llevará a cabo un análisis de la capacidad del menor en general, en los derechos de la personalidad y finalmente en el ámbito de la salud. Destacando la importancia de escuchar al menor, así como de actuar de acuerdo con su interés superior. Por medio de ejemplos sobre la autonomía del menor en el ámbito sanitario como son: el consentimiento informado y el consentimiento por representación, el rechazo al tratamiento del menor maduro, el ámbito de la salud sexual y reproductiva y los menores con disforia de género, se analizará la línea aperturista de la jurisprudencia y el impacto que han tenido las reformas, así como las diversas opiniones doctrinales.

Palabras clave: Capacidad de obrar; menor de edad; menor maduro; autonomía del paciente menor de edad; interés superior del menor; oír al menor; consentimiento informado; consentimiento por representación.

Abstract

The paper analyzes the legislative changes of the Patient Autonomy Law and the Civil Code of the year 2015 in particular by LO 8/2015, Law 26/2015 or LO 11/2015. Concerning the autonomy of the will of mature minors in relation to their health, particularly the causes and effects of such changes. This will be done through an analysis of the capacity of the minor in general, in the rights of the personality and finally in the field of health. Emphasizing the importance of listening to the minor, as well as acting in his or her best interests. Using examples: on the autonomy of the minor in the health field such as: informed consent and consent by proxy, refusal to treat the mature minor, the field of sexual and reproductive health and children with gender dysphoria, will be analyzed the opening line of the jurisprudence and the impact that the reforms have had, as well as the diverse doctrinal opinions.

Keywords: Legal capacity of the minor; mature minor; autonomy of the minor; interest of the minor; hearing of the minor; minor informed consent; representative consent.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	5
1.1. Objeto	5
1.2. Justificación	5
1.3. Metodología y plan de trabajo	6
1.4. Estructura	7
2. VALORACIÓN DE LA CAPACIDAD DEL MENOR	8
2.1. La capacidad del menor en general	8
2.2. La capacidad del menor en el ámbito especial de los derechos de la personalidad.....	14
2.3. La capacidad del menor específicamente en el ámbito del derecho a la salud ...	17
3. MENOR EN EL ÁMBITO SANITARIO: REGULACIÓN	19
3.1. Las reformas en materia de salud: en general	19
3.2. Reformas específicas en materia de menor	22
3.2.1. <i>Consentimiento informado y por representación del menor maduro....</i>	30
3.2.2. <i>Rechazo al tratamiento del menor maduro.....</i>	33
a. Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado	33
b. Posición del TC, en la Sentencia 154/2002 de 18 de julio de 2002	34
3.2.3. <i>Salud sexual y reproductiva</i>	36
3.2.4. <i>Menores con disforia de género</i>	38
4. CONCLUSIONES	41
5. BIBLIOGRAFÍA	42

Listado de abreviaturas

CC	Código Civil
CP	Código Penal
CE	Constitución Española
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
AN	Audiencia Nacional
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
FCE	Fiscalía General del Estado
CCAA	Comunidades Autónomas
LOPJM	Ley Orgánica de protección jurídica del menor
LAP	Ley Autonomía del paciente
LO	Ley Orgánica
Núm	Número
Vol	Volumen
BOE	Boletín Oficial Del Estado
Art(s)	Artículo(s)
FJ	Fundamento Jurídico

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Objeto

Este trabajo tiene como propósito analizar la capacidad que ostenta el menor en el ámbito sanitario. La autonomía que posee el menor de edad en el ámbito sanitario es de gran relevancia no solo jurídicamente hablando sino también por su trascendencia en el ámbito bioético. Surgen un choque de ideas ya que por un lado se debería garantizar la capacidad de autodeterminación del menor y de que este actúe según sus criterios, y por otro lado la responsabilidad que ostentan los padres o tutores de velar por la seguridad y bienestar del menor como garantes de la patria potestad

Para ello se procederá a un análisis de:

- La capacidad del menor en general (diferenciando la capacidad de obrar plena de la limitada).
- El menor y los derechos de personalidad
- Capacidad del menor específicamente en el ámbito del derecho a la salud y análisis del concepto menor maduro.
- Los cambios legislativos que han sido llevados a cabo recientemente y que afectan a la autonomía de la voluntad de los menores en relación con su salud, en concreto la Ley de Autonomía del paciente y del Código civil del año 2015.
- Al mismo tiempo profundización en el tema a través de diversas sentencias o circulares de la fiscalía y opiniones doctrinales al respecto.
- Llegar a una serie de conclusiones sobre la autonomía del menor, la evolución hasta ahora y la situación actual.

1.2. Justificación

El tema del presente trabajo de fin de grado quiere responder a las tan actuales cuestiones como son la defensa del menor de edad y de su derecho a ser escuchado sin olvidar la necesidad de su protección. Las reformas del 2015 han traído consigo una nueva interpretación y determinación del interés superior del menor en concreto respecto a su autonomía, capacidad de decisión.

En primer lugar, en el ámbito civil el menor ostenta un amplio margen de autonomía en función de su edad, y a pesar de hacer mención a su madurez esta se utiliza especialmente para determinar la autonomía del menor en el ámbito sanitario. Para ello se tendrán en cuenta sus capacidades volitivas y cognoscitivas, aunque la legislación parece no ofrecer claridad en su modo de determinarla ya que no detalla el procedimiento. Esta tendencia de la doctrina a otorgar mayor autonomía ha extendido los ámbitos de actuación y sin embargo parece haber dejado un escenario aún más confuso y ambiguo.

Determinar hasta que punto ha aumentado la autonomía del menor y si ha sido ventajoso o no, esta mayor autonomía del menor ahora que sus decisiones pesan más, ¿es esto más beneficioso o supone una desprotección? Se trata de un tema que no escapa de la crítica y que destaca por su importancia para la sociedad actual, es por ello que analizaremos las distintas opiniones doctrinales, así como la evolución hasta la legislación vigente.

1.3. Metodología y plan de trabajo

Para el conocimiento y desarrollo del tema hemos llevado a cabo una revisión de la legislación aplicable, como de la modificada, así como de la doctrina al respecto, haciendo uso de bibliográfica de revistas, artículos y libros, así como ponencias, a través de las bases de datos Thomson Reuters Aranzadi, Dialnet, Lefebvre - El Derecho y Cronus Jurídico.

En primer lugar para una familiarización con el tema y las preocupaciones actuales respecto al menor y su protección:

- DE LA TORRE, F.J (Coord), Adolescencia, menor maduro y Bioética, Universidad Pontificia Comillas.

Para el desarrollo ha sido de gran ayuda la siguiente obra:

- MARTÍNEZ GARCÍA, C. (coord) y otros, (2016) Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia. Thomson Reuters Aranzadi.

Los recursos utilizados permitirán no solo profundizar en los conceptos, la legislación vigente o jurisprudencia si no también analizar la tan extensa doctrina sobre la capacidad del menor, su autonomía y su madurez.

1.4. Estructura

El proyecto queda dividido en diferentes capítulos de acuerdo con la siguiente estructura:

- Introducción sobre el objeto y justificación del trabajo, así como de la metodología y estructura empleada para un correcto desarrollo del tema.
- A continuación, análisis de la capacidad que ostenta el menor, en general, en el ámbito especial de los derechos de la personalidad y específicamente en el ámbito del derecho a la salud donde se encuentra el denominado menor maduro.
- Capítulo relativo a las reformas en materia de salud en general y en particular en materia de menor. Análisis en concreto de la evolución por el consentimiento informado y por representación del menor maduro, el rechazo al tratamiento, las tan controvertidas reformas sobre los embarazos en menores, y por último y en virtud de su carácter actual menores con disforia de género.
- Por último, las conclusiones recogen como el Derecho español ha conocido una ampliación de la capacidad del menor en general y en el ámbito sanitario, que legislación ha permitido esta evolución así como la tendencia actual del legislador y los problemas que todavía persisten.
- Referencias bibliográficas ordenadas por orden alfabético y legislación consultada.

2. VALORACIÓN CAPACIDAD DEL MENOR

2.1 La capacidad del menor en general

Para entender correctamente el concepto de capacidad del menor es necesario hacer primero una diferenciación entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar en general y a continuación en el ámbito concreto del menor.

La aptitud para ser titular de derechos subjetivos y deberes jurídicos es la capacidad jurídica, ésta se ostenta desde el nacimiento, por el simple hecho de nacer. A partir del momento en que comienza la personalidad en sentido jurídico, existe sujeto de Derecho, hasta ese momento concreto, no hay ni sujeto de Derecho ni titular de derecho alguno. La persona, desde que nace hasta que muere, posee capacidad jurídica, siendo así, sujeto de derechos y obligaciones. El nacimiento determina la personalidad, y la muerte conlleva su extinción (arts.29 y 32 del CC). En virtud de este reconocimiento, le aportan derechos de personalidad como la vida o el honor.

La capacidad de obrar es la facultad que puede poseer un sujeto para realizar de forma válida actos jurídicos, ejercitar derechos y asumir obligaciones. No obstante, esta capacidad tiene límites que recaen sobre el menor de edad o el incapacitado judicialmente. DE CASTRO¹, la define como la cualidad jurídica de la persona, ésta posee la capacidad de determinar conforme a su estado, la eficacia jurídica de sus actos. Por lo tanto, al depender del estado civil, la capacidad de obrar es cambiante y variable.

Por otra parte, RUIZ DE HUIDOBRO considera la capacidad de obrar como “aptitud para realizar con eficacia plena actos jurídicos o ejercitar derechos, deriva de la faceta dinámica de la personalidad, es decir, del poder de gobierno del individuo sobre la propia esfera jurídica”². Realiza la siguiente clasificación de la capacidad de obrar, ésta dependerá; mediatamente de la denominada capacidad natural del individuo, siendo su grado para discernir definido por su aptitudes para entender y querer, las cuales son determinadas exclusivamente por su madurez y por la existencia o no de defectos o enfermedades que las menoscaben, e inmediata y

¹ CASTRO Y BRAVO, F. (2008) *Derecho civil de España, t. II, Derecho de la persona*, reed. Facsímil de la edición publicada en 1952, Madrid, Thomson Civitas.

² RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M; (col.) CORRIPIO.GIL-DELGADO, M.R. (2019) *Derecho de la persona*, Dykinson, t.V, p.158.

principalmente, de estados civiles, aquellos que denotan la situación jurídica de los individuos respecto de su capacidad de obrar y que vienen determinados por su edad, por sufrir o no ciertas enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas, o, por tener o no una conducta económica desordenada. Sólo dependerá subsidiariamente, y en casos concretos, inmediatamente de la capacidad natural.³ Por lo tanto, esta capacidad no deriva de la condición de persona, sino que será necesario un grado de madurez por parte del sujeto y podrá ser plena o limitada.

El régimen legal de la capacidad de obrar del menor se encuentra principalmente en el CC, aunque la regulación se encuentra dispersa consecuencia de la evolución legislativa⁴. Actualmente en nuestro Derecho positivo, hay una capacidad de obrar general, que se presume plena y que corresponde al individuo que ha llegado a la mayoría de edad y que no está incapacitado. Tradicionalmente el menor de edad era incapaz de manera total y absoluta para realizar actos con plena eficacia jurídica. En nuestro CC se enumeran ciertos actos concretos y claros que el menor podrá realizar, marcando la diferencia entre 12, 14, o 16 años.

En primer lugar, tras haber alcanzado la edad de 12 años el menor debe ser oído por el Juez antes de autorizar al tutor la realización de cualquiera de los actos que enumeran los arts. 271, 272 y 273, así como prestar consentimiento a su adopción (art. 177). Será a partir de los 14 años cuando tenga capacidad para otorgar testamento, excepto el ológrafo (arts. 663 y 688), posibilidad de optar por la nacionalidad española (art. 20) y por la vecindad civil (art. 14). El menor mayor de 16 años podrá prestar su consentimiento en documento público para los actos de disposición por sus padres de sus bienes (art. 166), emanciparse, llevar a cabo actos de administración ordinaria de sus bienes adquirido mediante su trabajo o industria (art. 164), ser testigo en los testamentos otorgados en tiempo de epidemia (art. 701), pactar en capitulaciones matrimoniales un régimen de separación o el de participación (art. 1329) y podrá llevar a cabo donaciones por razón de matrimonio en capitulaciones o fuera de ellas con autorización de sus padres o tutor (art. 1338).

³ RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M; (col.) CORRIPIO.GIL-DELGADO, M.R. (2019) *ob. cit.* pp. 158 y ss.

⁴ RUIZ DE HUIDOBRO, J.M. (2011) “El valor jurídico de las decisiones del menor maduro: adolescencia y menor maduro, visión desde el derecho”, Vol. Adolescencia, menor maduro y Bioética, De la Torre, F.J (Coord), Universidad Pontificia Comillas, p.109.

RUIZ JIMÉNEZ, manifiesta “la imposibilidad de afirmar que el menor de edad carezca de capacidad para realizar determinados actos. En las dos últimas décadas la tendencia de la doctrina y de la jurisprudencia lo han puesto de manifiesto”⁵ ofreciendo como ejemplo la STS de 10 junio 1991.

*"Los menores de edad no emancipados vienen realizando en la vida diaria numerosos contratos para acceder a lugares de recreo y esparcimiento o para la adquisición de determinados artículos de consumo, ya directamente en establecimientos abiertos al público, ya a través de las máquinas automáticas, e incluso de transporte en los servicios públicos, sin que para ello necesite la presencia inmediata de sus representantes legales, debiendo entenderse que se da una declaración de voluntad tácita de éstos que impide que tales contratos puedan considerarse inexistentes, teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas"*⁶.

Observando la legislación vigente, y aunque la regla general sea la representación parental en lo relativo al ámbito patrimonial de los menores, puede afirmarse que las reformas de 2015 (cuyo contenido en el ámbito sanitario será analizado más adelante) promueven la autonomía de los mismos al delimitar el ámbito de su capacidad y permitirles, de forma expresa, realizar ciertos actos sin que sea necesaria la intervención o consentimiento de sus representantes legales. De hecho, el art. 1263 CC, cuya redacción original establecía que los menores no emancipados no podían prestar consentimiento ha evolucionado hasta la redacción actual:

"1.º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.

2.º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial."

⁵ RUIZ JIMÉNEZ, J. (2005) Delimitación de los conceptos de discapacidad e incapacidad Editorial El Derecho. Publicación en Base de Datos online, ponencia expuesta en el Congreso Internacional de Derecho de Familia celebrado en Madrid, los días 27, 28 y 29 de junio de 2005.

⁶ STS 16093/1991 de 10 junio 19.

Es un hecho que a lo largo de los siglos se ha ido rebajando progresivamente la mayoría de edad⁷. Actualmente se mantiene en la CE y CC; en virtud del art.12 CE, se es menor hasta los dieciocho años, momento en el que comienza la mayoría de edad. Ser mayor de edad es una cuestión civil, y siguiendo esta línea acorde al art.315 del CC la mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos, con la llegada a esa mayoría se adquiere plena capacidad.

La capacidad de obrar plena “es aquella que habilita al sujeto que goza de la misma para realizar por si mismo con total eficacia cualquier acto jurídico relativo a su propia esfera jurídica”. Corresponde a las personas mayores de edad no incapacitadas, salvo excepciones concretas previstas en la ley (art. 322 del Código Civil).

La capacidad no plena o limitada “es la que sufre el sujeto que se ve sometido a una restricción de alcance general en su aptitud para hacer actos jurídicos o ejercitar sus derechos”⁸ corresponde a los pródigos e incapacitados parcialmente, aunque también pueden gozar de la misma los menores en ciertos casos, de acuerdo con el CC los menores emancipados. La emancipación se produce entre la minoría y la mayoría de edad, pudiendo solicitarse a partir de los 16 años. Mientras que los menores emancipados gozan de una capacidad de obrar restringida (art. 323 CC⁹) actuando en su propio nombre -salvo en ciertas excepciones en las que requerirá del consentimiento de sus padres o de su curador-, los menores no emancipados no tienen capacidad de obrar y estarán sometidos a la patria potestad o tutela (art.154 CC), ésta se ejercerá siempre en beneficio de los hijos e implicará, de acuerdo con el CC, velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral así como representarlos y administrar sus bienes. No obstante, si los hijos tuvieren suficiente juicio, deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Entre los diversos criterios de determinación de la capacidad de obrar para el menor encontramos la edad, se presume que habrá discernimiento a partir de una determinada fecha,

⁷ VARELA CASTRO, I. (2016) El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor. Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 2188. pp. 54 y ss.

⁸ RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M; (col.) CORRIPIO.GIL-DELGADO, M.R. (2019) ob. cit. pp. 158 y ss.

⁹ Art. 323 CC: *La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador. El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio. Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad.*

y no antes de llegar a la misma. Aunque esta regla para ORTUÑO¹⁰ no es absoluta, ya que la tendencia actual consiste en analizar las condiciones subjetivas de cada caso, así la ley a través de los arts. 92, 162 y 267 del CC obliga a escuchar al menor (siempre que este posea suficiente juicio) y adquiere relevancia la necesidad de que el mayor de edad tenga suficiente juicio para gobernarse a sí mismo (art. 200 del CC) a demás de haber cumplido los 18 años.

Al hablar del suficiente juicio del menor es necesario mencionar el concepto de menor maduro. Este nace en EE. UU. en los años 70, surge desde el punto de vista jurídico la doctrina del menor maduro, consecuencia de las demandas interpuestas por los padres de los adolescentes contra médicos, por otorgar asistencia médica a sus hijos sin su consentimiento. En el año 1973, la Academia Americana de Pediatría afirmó lo siguiente: “un menor puede dar su consentimiento para recibir asistencia medica cuando es capaz de tomar decisiones racionales y dicha asistencia puede verse comprometida por el hecho de informar a sus padres”¹¹. A esto debe añadirse, siempre y cuando las decisiones sean de bajo riesgo y gran beneficio.

Como consecuencia, comienza una etapa, haciendo uso del término menor como aquel joven mayor de trece años y menor de dieciséis años que, sin haber alcanzado los dieciocho años (mayoría de edad civil) tiene la capacidad de obrar, al poseer elementos notorios de juicio y discernimiento de su situación.

La base teórica se halla en el principio de que los derechos de personalidad y otros derechos civiles, pueden ser ejercitados por el individuo desde el mismo momento en que este es capaz de disfrutarlo, lo que puede suceder, y seguramente sucede bastante antes de los 18 años. En los menores de edad, deberá demostrarse la capacidad de autonomía, al contrario de lo que sucede en los adultos a los que se les supone, salvo que se demuestre lo contrario.

El concepto de menor maduro no deja de ser algo variante y que debería analizarse la situación de cada caso para determinar si el sujeto menor de edad lo es o no. Es necesario considerar al menor un sujeto activo, que pueda participar, así como con capacidad de modificar su propio entorno, de cumplir sus necesidades, adaptando a la evolución natural, la evolución biológica

¹⁰ ORTUÑO MUÑOZ, J.P. (1996) Las limitaciones a la capacidad de obrar por razón de la edad y la salud, la incapacitación como protección, los internamientos en espacios residenciales *Revista jurídica de la Región de Murcia*, N°. 22, pp.53-66.

¹¹ American Academy of Pediatrics. Model act providing for consent of minors for health services. *Pediatrics* 1973; n° 51. p.293.

y la maduración jurídica, hasta llegar a una plena capacidad¹². Como recoge la STS 141/2000¹³, en los primeros años la representación de sus intereses por sus tutores será amplia, pero con el paso del tiempo esa representación deberá ir siendo sustituida progresivamente por una mayor autonomía del menor.

M^a BEGOÑA FERNÁNDEZ GONZÁLEZ se centra en como el menor de edad tiene una capacidad de obrar con potencial para ir desarrollando y adquiriendo conforme a la edad. Es cierto que no existe en el Código civil un precepto expreso que declare la capacidad del menor, sin embargo, el art. 162 CC puede suplir en cierto modo esa carencia con su contenido¹⁴.

DE CASTRO¹⁵ vincula con el estado civil la capacidad de obrar, en contraposición de la opinión doctrinal¹⁶ que iguala el alcance de la mayoría de edad con la adquisición de la madurez y capacidad exigible para realizar actos jurídicos, considerando hasta ese momento al menor de edad como incapaz. No obstante, esta aptitud natural de entender y querer del menor no aparece vinculada a una determinada edad en nuestro ordenamiento¹⁷.

Podemos observar dos vertientes: Por un lado, la opinión de aquellos que consideran que los menores no están capacitados para obrar por si mismos como regla general, exceptuando ciertos casos en los que la ley si les autoriza para actuar. Y por otro lado quienes tienen como regla general que los menores son capaces, pero su capacidad es limitada. OJEDA RIVERO¹⁸ es de los que afirma contundentemente que los menores de edad, incluidos los mayores de 16 años, no son plenamente maduros, por lo que no pueden ser considerados plenamente autónomos. Mientras que ALVENTOSA DEL RÍO¹⁹ considera que debe implicarse a los menores de 16 años en la toma de decisiones, toda vez que la actitud del sujeto afectado es fundamental para restaurar su salud.

¹²LUQUIN BERGARECHE; R. “El derecho de autonomía del paciente menor: Virtualidad de la mediación en conflictos sanitarios con menores”, *Revista Boliviana de Derecho*, N°. 23, 2017, pp. 235-236

¹³STS 141/2000, ATS 10 de marzo de 2016.

¹⁴FERNÁNDEZ GONZÁLEZ. M^a. B (2005): *Principios jurídicos que informan la protección civil de los menores*. Ponencia expuesta en el Congreso Internacional de Derecho de Familia. Base de datos de bibliografía EL DERECHO (EDB 2005/83298).

¹⁵DE CASTRO Y BRAVO, F. (1959) Los llamados derechos de la personalidad. *Anuario de derecho civil*, Vol. 12, N° 4, págs. 1237-1276.

¹⁶Ídem.

¹⁷SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2016) “Marco normativo tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor. ¿Alguna asignatura pendiente en el siglo XXI?”, *Aranzadi Civil-Mercantil Revista Doctrinal* núm. 11/2016 parte Doctrina.

¹⁸OJEDA RIVERO, R. (2015) “El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho* (www.INDRET.com), Barcelona, julio, p.29.

¹⁹ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2019) “Consentimiento informado del menor en España: Reformas recientes”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, N°. Extra10, 2. p. 54.

2.1 La capacidad del menor en el ámbito especial de los derechos de la personalidad

En nuestro derecho, se encuentra asentada la idea, según la cual, no rigen las reglas generales de capacidad de obrar en el ámbito de los derechos de la personalidad.²⁰ Al ser el punto central de estos derechos la libertad y la dignidad de la persona, se debe permitir a todo individuo (siempre que tenga el suficiente discernimiento para comprender el acto que realiza) toma de decisiones con libertad. Esta tendencia a otorgar relevancia jurídica a la madurez de los menores de edad se encuentra principalmente en el ámbito de los derechos de la personalidad y es, precisamente ahí, donde surgieron las primeras voces que sostienen utilidad en el ámbito patrimonial de la división de capacidad jurídica-obrar, y sin embargo insostenible en el ámbito de la personalidad. Por ello para BARTOLOMÉ TUTOR²¹, aceptar la titularidad de estos derechos, para después negarles su ejercicio cuando existe madurez suficiente para ejercerlos podría considerarse un ataque directo a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad.

La capacidad de obrar ha ido evolucionando en este campo, recogándose por vez primera en 1981 la expresión “derechos de personalidad”. No obstante, se encuentra todavía en un proceso de desarrollo doctrinario²². La sociedad internacional actual tiende a la ampliación constante de esferas de protección jurídica de la persona, y dentro de esta protección para TERESA MARCOS MARTÍN²³ ocupan un “lugar privilegiado” los derechos de la personalidad.

Se reconoce al menor maduro capacidad de obrar para los actos relativos a los derechos de la personalidad (supone la asunción del criterio subjetivo en este ámbito); si bien queda matizada con la posibilidad legal de que intervengan los responsables parentales (y, por analogía, del resto de los protectores legales), que puede llevar a que pongan en conocimiento del Juez o el

²⁰SANTOS MORÓN, M.J. *Incapacitados y derechos de la personalidad*, Madrid, Fundación ONCE- Escuela Libre Editorial, 2000, pp. 44 y ss.

²¹BARTOLOMÉ TUTOR, A (2015) Los derechos de la personalidad del menor de edad. Su ejercicio en el ámbito sanitario y en las nuevas tecnologías de la información y comunicación. *Aranzadi. s.p.*

²²ARANCIBIA OBRADOR, M.J. (2014) Reflexionando sobre los derechos de la personalidad desde la perspectiva del derecho a la propia imagen, *Revista de derecho*, N^o. 9 pp. 55-80.

²³MARCOS MARTÍN. T. (2013) *Menores e Internet*, Editorial Aranzadi. *s.p.*

Ministerio Fiscal (arts. 154²⁴, último párrafo, y 158 CC²⁵) la actuación del menor sea muy perjudicial para su interés. En todo caso, habrán de aplicarse prioritariamente las normas especiales reguladoras de cada derecho de la personalidad²⁶.

La denominada capacidad natural, es necesaria para poder ejercitar de manera plena los derechos de personalidad, según SANTOS MORÓN “capacidad de entendimiento suficiente como para comprender el significado, alcance y conservación del acto que realiza y para adoptar una decisión responsable”²⁷. Siendo esta teoría confirmada por el art. 162 del CC según la redacción dada por la Ley 11/1981²⁸, al excluir de la representación legal de los padres aquellos actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo a las leyes y sus condiciones de madurez pueda ejercitar por sí mismo. GARCÍA GARNICA²⁹ destaca qué no siendo los derechos de la personalidad susceptibles de sustitución, el reconocimiento de la capacidad de obrar del menor es compatible con la previsión legal de requisitos adicionales (formales o de asistencia de terceras personas) que controlen la concurrencia de su capacidad

²⁴ Art.154 CC: *Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica. Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad.*

²⁵Art. 158 CC: *El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 1.º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres. 2.º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda. 3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido. c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor. 4.º La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad. 5.º La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad. 6.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses. En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria.*

²⁶ MARTÍNEZ GARCÍA. C (coord) y otros, (2016) Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia, Thomson Reuters Aranzadi. s.p.

²⁷ SANTOS MORÓN, M.J. (2011) “Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 15, p. 64.

²⁸ Ley 11/1981, de 13 de mayo,

²⁹ García Garnica, M. C. (2004) El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado, Thomson-Aranzadi, pp. 79-80.

natural en el caso concreto, o la conveniencia del acto que se pretende celebrar para sus intereses.

Poco tiempo después la mencionada regla fue corroborada por lo establecido en el art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Integridad Personal y Familiar y a la Propia Imagen³⁰, el cual dispone lo siguiente: “*El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.*” Respecto a las situaciones fuera de esta regla el consentimiento corresponderá a los representantes legales por escrito tras el conocimiento del Ministerio Fiscal, el cual goza de un plazo de ocho días para manifestar su oposición.

Determinar cuando estará verdaderamente el menor capacitado para tomar decisiones que le afecten directamente entraña gran complejidad, prueba de ello son las distintas reformas, así como opiniones doctrinales y jurisprudencia que hacen percibir el grado de dificultad que supone. Por supuesto habrá que tener en cuenta la edad, así como el desarrollo intelectual del menor y la complejidad del acto³¹.

Progresivamente tanto a nivel internacional como en el ordenamiento jurídico español, el reconocimiento de autodeterminación de los menores se ha ido asentando, en un principio realizando una interpretación de los límites a los que está sujeta la capacidad de obrar de los menores de edad. Las limitaciones establecidas tienen como justificación la protección del interés del menor, esto supone que el menor pueda ejercer, en el momento en el que tenga capacidad para ello, él mismo y de manera directa sus derechos fundamentales. El sujeto analizado es el menor maduro, aquella persona que ostente capacidad emocional e intelectual para llegar a comprender la intervención médica por medio de "aptitudes psicológicas - cognitivas, volitivas y afectivas- que permiten conocer, valorar y gestionar adecuadamente la información, tomar una decisión y expresarla"³².

³⁰ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

³¹ BARTOLOMÉ TUTOR, A. (2015). *s.p.*

³² SIMÓN-LORDA, P. (2008) "La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente", Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, núm. 102, vol. XXVIII, p. 327.

Es interesante la idea planteada por DE LAMA³³ con relación a la intervención del menor en el ámbito de los derechos de personalidad. Éste, garantiza que habrá participación del menor, recalcando la imposibilidad del representante de sustituir la voluntad del representado. De hecho su actuación, deberá venir plenamente condicionada por la voluntad del menor expresada directa o indirectamente. Por lo tanto, se deduce que el menor sí realiza una intervención. El hecho de que el menor muestre su opinión hace que éste sea partícipe aunque sea únicamente de forma indirecta, de la toma de decisiones teniendo efectos positivos en su desarrollo como persona³⁴. En caso de que el menor posea madurez suficiente para actuar por sí mismo estaremos en un caso de capacidad natural. Por el contrario, si el menor no tiene capacidad suficiente para ejercer su derecho por sí mismo, los padres o tutores deberán actuar no por mera sustitución de la actuación correspondiente al hijo sino que esta deberá provenir de la personalidad de aquel que se expresará de forma directa por el hijo si tiene madurez suficiente para expresarse en estos términos o de forma indirecta si estamos ante un menor de muy corta edad pues el ordenamiento exige a través del que el menor sea oído³⁵.

2.2 La capacidad del menor específicamente en el ámbito del derecho a la salud

Se presume la madurez de los menores emancipados o mayores de 16 años, momento en el que se comienza a hablar de *mayoría de edad sanitaria*, quedando excluida la posibilidad de prestar consentimiento por representación. En consecuencia, a partir de los 16 años son titulares de los derechos de información y confidencialidad y el régimen de consentimiento es el mismo que el de los adultos con capacidad plena³⁶. Sin embargo, esta regla no sería aplicable para aquellos casos que entrañen riesgo para su vida o salud, cuya regulación fue modificada por la disposición final 2.a de la Ley 26/2015³⁷, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. Para comprender cuando tienen lugar esos riesgos y la regulación de los distintos supuestos es necesario analizar la Ley 41/2002³⁸ básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y

³³ DE LAMA AYMÁ, A. (2006), *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Valencia, tirant lo Blanch, 2006, p. 72.

³⁴ RODA Y RODA, D. (2014) El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad “El derecho del menor a ser oído”. Thomson Reuters Aranzadi. s. p.

³⁵ Art.9 LOPJM, derecho del menor a ser oído.

³⁶ NEVADO CATALÁN, V. (2017) Anuario de Derecho Civil Núm. LXX-IV. pp. 1543-1573.

³⁷ Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia.

³⁸ Ley 41/2002, de 14 de noviembre Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

documentación clínica (en adelante LAP) con anterioridad y con posterioridad a las modificaciones realizadas por la citada ley.

La Ley 14/1986³⁹ General de Sanidad (en adelante Ley General de Sanidad) vino a regular por primera vez los derechos de los pacientes. El apartado 6 del art.10 dispone que los pacientes tienen derecho “*a la libre elección entre las opciones que les presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención*”, recogiendo el apartado 9 el derecho “*a negarse al tratamiento*”. Sin embargo, dicho art.10 nada dispone respecto de los menores en el ámbito sanitario.

Es la LAP, la que incluye por primera en vez nuestro ordenamiento jurídico el tratamiento jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario (art. 9.3.c). La Ley regula el consentimiento informado de una manera más completa de lo que lo hacía el art. 10 de la Ley General de Sanidad, limitándose a establecer que, cuando el usuario no estuviera capacitado para tomar decisiones, el consentimiento previo debía ser otorgado por familiares o personas allegadas. La referencia a “*quien no esté capacitado para tomar decisiones*” podía tratarse de acuerdo a la ley, a aquel que tiene limitada su capacidad de obrar, el caso de menores o incapacitados visto previamente, como a quién debido a su lesión o enfermedad no se encuentra en condiciones de prestar consentimiento. Para los primeros, según PARRA LUCÁN⁴⁰ la referencia a parientes o allegados no encajaba bien con la regulación del Derecho civil de la capacidad por razón de edad o por razón de enfermedad o deficiencia que impide a la persona gobernarse por sí misma (incapacitación). No parecía que el citado artículo de la Ley General de Sanidad pretendiera desplazar esta regulación, sino que en el caso del consentimiento prestado cuando los pacientes eran menores o incapacitados y no habiendo norma específica que regulara determinada intervención (para los trasplantes, para las técnicas de reproducción asistida, para las esterilizaciones), había que acudir a la compleja normativa sobre capacidad.

Hay que tener en cuenta que la toma de decisiones sanitarias no implica solo el momento de la decisión, sino que este momento traerá consigo una serie de consecuencias, y es necesario saber

³⁹ Ley 14/1986, de 25 de abril de Sanidad.

⁴⁰ PARRA LUCÁN, M^a A. (2013) La capacidad del paciente para prestar consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español, en Aranzadi Civil, núm. 2/2003, Editorial Aranzadi. pp.1-22.

si el menor está preparado para afrontarlas y aún en el caso de que éste sea maduro va a necesitar un apoyo tanto profesional como familiar ⁴¹.

3. MENOR EN EL ÁMBITO SANITARIO: REGULACIÓN

3.1 Las reformas en materia de salud en general

Recientemente y como consecuencia del avance de la Medicina y en general de las Ciencias de la Vida, nuevos conflictos han surgido trayendo consigo nuevos dilemas y conflictos que afectan a los derechos y libertades de las personas⁴². Entre los cuales destacan el derecho a autorizar o rechazar cualquier intervención médica tras previo proceso de información, también denominado el derecho al consentimiento informado, y el derecho a la intimidad de la información relativa a la salud de las personas, ambas expresiones en el ámbito sanitario del principio de autonomía que encabeza ahora la relación médico-paciente.

El Convenio de Oviedo⁴³ ratificado por España y en vigor el 1 de enero de 2000, establece el consentimiento informado como pilar de la relación médico-paciente. Su preámbulo y 14 capítulos recogen las disposiciones para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina.

El Convenio, ha servido de guía para la elaboración de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos del 2005 demostrando así⁴⁴ que eran visibles algunos de los cambios significativos en la consideración ética de la salud, la práctica clínica y la investigación científica. Concretamente, en la mención explícita al consentimiento informado que se recoge en su art. 5, expresando como sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento, habiendo recibido antes una información adecuada

⁴¹ ESQUERDA, M; & PIFARRE, J; & MIQEL, E. (2011) “*La valoración de la competencia en el menor*” Vol. Adolescencia, menor maduro y Bioética, De la Torre, F.J (Coord.), Universidad Pontificia Comillas, p. 75.

⁴² MARTÍNEZ GARCÍA, C (coord.) y otros, (2016) *s.p.*

⁴³ Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, Oviedo, 4/04/1997. Ratificada por dor. 1 de Instr. Ratif de 23 julio de 1999, completada por inicio de Prot. de 12 enero de 1998. Protocolo Adicional al Conv. para protección de derechos humanos y dignidad del ser humano con respecto a aplicaciones de biología y medicina, que prohíbe la clonación de seres humanos y completada por pre. un de Prot. de 24 enero de 2002.

⁴⁴DEL BRÍO LEÓN, M.A. Décimo aniversario de la entrada en vigor del Convenio de Oviedo, Revista de bioética y derecho: publicación del Máster en bioética y derecho, N°. 18, 2010, pp. 55-57.

acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. Así mismo fue también objeto de desarrollo a través de la LAP.

El Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de la naturaleza y efectos del consentimiento informado en la Sentencia 37/2011⁴⁵. El TC señala que la información al paciente sobre cualquier riesgo derivado de una acción médica constituye un derecho fundamental de la persona, al afectar directamente a su integridad física. La Sala establece doctrina sobre el consentimiento informado que un paciente debe otorgar antes de someterse a un tratamiento médico o quirúrgico “el derecho del art. 15 CE protege, según doctrina reiterada de este Tribunal la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular” y añade; “este derecho fundamental conlleva una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida (STC 154/2002, de 18 de julio, (FJ9)⁴⁶). Por esa razón, hemos afirmado que el derecho a la integridad física y moral resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad”⁴⁷.

Para el Tribunal, aunque el “art. 15 CE no contiene una referencia expresa al consentimiento informado” - a diferencia de otras constituciones más recientes, en concreto la Constitución italiana de 1947, cuyo artículo 32.2 dispone, literalmente, que “nadie podrá ser obligado a sufrir un tratamiento sanitario determinado, a no ser por disposición de una ley”⁴⁸- sí afirma que informar de todos los riesgos de cualquier actuación médica forma parte del derecho a la libertad y del respeto a la integridad física de las personas, no pudiendo alegarse en ningún caso el consentimiento de forma tácita. El fundamento de derecho quinto la describe como una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su

⁴⁵ STC 37/2011 de 28 de marzo de 2011.

⁴⁶ STC 154/2002 de 18 de Julio de 2002 (la cual será analizada más adelante).

⁴⁷ STC 37/2011. cit.

⁴⁸ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (2014) El paradigma de la autonomía en salud pública ¿una contradicción o un fracaso anticipado?: El caso concreto de la política de vacunación. *Vol. 24 Extraordinario XXIII Congreso 2014, PONENCIAS*. p.15.

integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Ésta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, posibilidad que ha sido admitida por el TEDH, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal⁴⁹.

A nivel estatal la Ley General de Sanidad⁵⁰ creó el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (SNS), se trata de un órgano de coordinación general sanitaria entre el Estado y las comunidades autónomas que disponían de las transferencias sanitarias en ese momento. Sería de composición paritaria, y coordinaría las líneas básicas de la política sanitaria en lo que afectase a contrataciones, adquisiciones de productos farmacéuticos, sanitarios y de otros bienes y servicios, así como los principios básicos de la política de personal. Las Comunidades autónomas tendrán potestad para dictar normas de desarrollo y complementarias a esta ley en el ejercicio de las competencias que les atribuyen los correspondientes Estatutos de autonomía.

A continuación se presentan reformas relevantes en materia de salud por orden cronológico:

Ley	14/1986, de 25 de abril	De Sanidad
Ley Orgánica	1/1996, de 15 de enero	de protección jurídica del menor, de modificación parcial del código civil y de la ley de enjuiciamiento civil;
Ley	41/2002, de 14 de noviembre	Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
Ley Orgánica	2/2010, de 3 de marzo	De Salud sexual y reproductiva y de la Interrupción voluntaria del embarazo: concede a la menor suficientemente madura plena capacidad para solicitar una interrupción del embarazo
Ley	16/2003, de 28 de mayo	De cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud
Ley	33/2011, de 4 de octubre	General de Salud Pública

⁴⁹ STC 37/2011.cit. (FJ 5)

⁵⁰ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

3.2 Reformas específicas en materia de menor

En el año 2015 tienen lugar cambios legislativos relativos a la autonomía de la voluntad de los menores maduros en relación con su salud, las reformas de la Ley de Autonomía del paciente y del Código civil del año 2015. La Ley 26/2015 de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia⁵¹, en adelante Ley 26/2015 y la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia⁵², en adelante LO 8/2015. La reforma se ha realizado en dos leyes, al afectar a la libertad y derechos fundamentales de los menores y sus familias era necesaria la Ley Orgánica; mientras que Ley Ordinaria servía para el resto de las cuestiones a tratar. A estas dos se sumaría la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, (en adelante LO 11/2015).

Se han producido modificaciones en distintos textos y de forma parcial, aunque en relación con el propósito del trabajo son de mayor relevancia respecto a la autonomía y capacidad del menor las reformas del CC y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LOPJM).

⁵¹ Voy a mencionar las reformas en relación con el menor y la salud sin embargo lleva a cabo la modificación de las siguientes normas: Ley 27/2013 de 27 diciembre de 2013. Ley de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local LO 8/2013 de 9 diciembre de 2013. Mejora de la calidad educativa. Dir. 93/2011 de 13 diciembre de 2011. Directiva relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Ley 36/2011 de 10 octubre de 2011. Ley reguladora de la jurisdicción social Ley 54/2007 de 28 diciembre de 2007. Adopción internacional Ley 7/2007 de 12 abril de 2007. Estatuto Básico del Empleado Público Ley 43/2006 de 29 diciembre de 2006. Mejora del crecimiento y del empleo Ley 39/2006 de 14 diciembre de 2006. Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia LO 2/2006 de 3 mayo de 2006. Educación Ley 40/2003 de 18 noviembre de 2003. Protección a las Familias Numerosas Ley 41/2002 de 14 noviembre de 2002. Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica Ley 1/2000 de 7 enero de 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC Ley 29/1998 de 13 julio de 1998. Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. LO 1/1996 de 15 enero de 1996. Protección Jurídica Menor, Modificación Parcial del CC y LEC. RDLeg. 1/1995 de 24 marzo de 1995. Estatuto de los Trabajadores. TR RDLeg. 1/1994 de 20 junio de 1994. TR Ley General de la Seguridad Social RDLeg. 670/1987 de 30 abril de 1987. TR Ley de Clases Pasivas del Estado RD de 24 julio de 1889. Código Civil RDLeg. de 14 septiembre de 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

⁵² Modifica: Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil; Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Tal y como recogen ambos preámbulos de la LO 8/2015 y de la Ley 26/2015, el art. 39 CE establece la obligación que tienen los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, en particular de los menores de edad, pero siempre teniendo en cuenta los acuerdos internacionales. Esta reforma surge como consecuencia de diversas propuestas del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas⁵³, por el Defensor del Pueblo, en sus documentos “Menores o adultos. Procedimientos para la determinación de la edad” y “La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles”; por la Fiscalía General del Estado (en sus Circulares 8/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, y la 1/2012, de 3 de octubre, sobre el tratamiento sustantivo y procesal ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave) y en las conclusiones y recomendaciones de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas similares⁵⁴.

Sobre los artículos reformados que afectan al menor de edad en el ámbito de la salud, comenzaré analizando el nuevo texto del art.162.2. 1º, el cual asume el dogma como regla general, excluyendo la representación legal de forma absoluta; así necesita buscar otro título para la intervención de los protectores legales. Incurrir en la contradicción de una parte de reconocer capacidad de obrar al menor para que actúe libre y responsablemente, y de otra parte, dejarle sometido a intervención (vigilancia o supervisión) de los protectores legales. El resultado es un modelo paternalista consiste en dejar libertad de actuación al menor salvo en caso de equivocación, en cuyo caso se le enmienda para que no se perjudique, dando lugar a otro tipo de capacidad de obrar: la del menor maduro (analizada previamente), también denominada revisable o vigilada, en función de cómo se concrete la meritada intervención de los protectores legales⁵⁵.

El punto primero del artículo 162 CC en su redacción de la Ley 11/1981 decía así:

1º) Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.

⁵³ la Observación general n.º 13 de 2011 sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia y las observaciones finales a España de 3 de noviembre de 2010.

⁵⁴ BOCG. Senado, serie I, núm. 545, de 17 de noviembre de 2010.

⁵⁵ MARTÍNEZ GARCÍA. C (coord) y otros, (2016). *s p.*

Queda modificado por la Ley 26/2015:

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

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

Es interesante fijarse en la supresión a la referencia *a otros actos y a las leyes*, así como el segundo párrafo añadido que prevé la intervención de los padres. Según una parte de la doctrina⁵⁶ el excluir otros actos y leyes implica una expresión más directa y clara, aunque a su juicio oscurece el sentido técnico-jurídico de todo el artículo. No obstante, a pesar de esta crítica si bien hay autores que llegan a la conclusión de que el resultado final de la reforma ha supuesto "una mejora evidente de la regulación de la capacidad de obrar del menor"⁵⁷ para otros⁵⁸ el dejar fuera la referencia de *los otros actos* hace necesaria una modificación que le devuelva su virtualidad inicial.

Los cambios introducidos en la LOPJM; tienen como objeto principal el interés superior del menor y para ello se produce la modificación de diversos artículos. Los cambios de legislación realizados en los últimos años se llevan a cabo teniendo en cuenta que desde la aprobación de la citada ley habían pasado casi veinte años y por tanto la necesidad de una nueva Ley Orgánica era lógica, ya que en ese periodo de tiempo se habían producido cambios sociales de importancia que afectaron a la situación del menor. Esto, provocó la necesidad de mejora de los instrumentos legales vigentes en ese momento para un correcto cumplimiento del art. 39 CE. Estos cambios introducidos, a los cuales se incorpora jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como observaciones recogidas en el Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, tienen como fin reconocer y respetar a los niños como titulares de derechos.

A través de su artículo primero la LO 26/2015 procede a la modificación de la LOPJM. A continuación, llevaré a cabo un análisis de las modificaciones relevantes en relación con el objeto del trabajo. La cuales afectan a los arts. 2, 3 y 9. El art.2, referido al interés superior del

⁵⁶ Ídem. *s.p.*

⁵⁷ Ídem. *s.p.*

⁵⁸ VARELA CASTRO, I. (2016), *ob.cit.* p.51

menor. El art.3. sobre instrumentos internacionales. Y por último el art.9. derecho a ser oído y escuchado

Por un lado, para un correcto análisis se hace necesario concretar el término conocido como interés superior del menor, este principio se puede entender como las acciones que pretenden garantizar una vida digna, así como un correcto desarrollo del menor teniendo en cuenta tanto lo material como lo afectivo. Por otro lado, habrá que observar esta protección del menor tanto internacionalmente como en ordenamiento jurídico interno. En primer lugar, la Organización Naciones Unidas en su objetivo de garantizar y promover los derechos de los niños inicia su trayectoria con la primera Declaración de Derechos del niño⁵⁹; La Convención sobre los Derechos del Niño es el primer instrumento internacional que reconoce a los niños y niñas como agentes sociales y como titulares activos de sus propios derechos⁶⁰. En segundo lugar, la Unión europea con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de Niza (2000)⁶¹ reforzada por la Carta europea de los niños hospitalizados (1986)⁶² y la Carta europea sobre los Derechos del Niño (1992)⁶³. Y por último el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, texto internacional circunscrito al ámbito europeo, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa denominado Convenio de Oviedo, mencionado con anterioridad.

La LOPJM ya reconocía el interés superior del menor en su art. 2, pero su redacción queda modificada por la del art. 1.2 de la LO 8/2015. Reconociendo el derecho del menor a ser informado, oído y escuchado, así como a permitir su participación, todo ello garantizado por la intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos, así como garantizando la participación de progenitores, tutores o representantes o defensor judicial y Ministerio Fiscal. La decisión debe incluir en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas. El fin de esta modificación recae en que el interés del menor sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan llegando

⁵⁹ El texto de la Declaración se encuentra en la página web de Save the Children.

⁶⁰ MARCOS MARTÍN, T. (2013). *s.p.*

⁶¹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobado por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, Niza, 7 diciembre de 2000.

⁶² Resolución A2-25/86, de 13 de mayo de 1986 del Parlamento Europeo sobre la Carta Europea de los Niños Hospitalizados.

⁶³ Carta Europea sobre los Derechos del Niño, DOCE nº C 241, de 21 de Septiembre de 1992.

incluso a recoger la posibilidad de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor.

El art. 3⁶⁴ de la LOPJM se refiere a los Instrumentos Internacionales que proporcionan el marco jurídico de dicha protección, de hecho, para SÁNCHEZ GÓMEZ⁶⁵ esto reafirma que los menores gozarán de los derechos que les reconocen los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas e incorporando la mención desde la reforma de 2015 a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad.

El convenio de Oviedo hace una única referencia al menor de edad, esta se encuentra en su artículo 6.2 y establece como la opinión del menor deberá ser considerada, siendo más determinante en función de su edad y grado de madurez. Mientras que la LAP otorga al representante legal del menor la capacidad de otorgar el consentimiento, eso sí, después de haber escuchado la opinión del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la LOPJM⁶⁶ en caso de incapacidad intelectual o no encontrándose emocionalmente capacitado para comprender el alcance de la intervención.

La LOPJM, declara en su preámbulo que el ordenamiento jurídico, y la Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás. Seguidamente, advierte cómo el desarrollo posconstitucional refleja esta tendencia introduciendo la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad, puesto que el concepto “ser escuchado si tuviere suficiente juicio”⁶⁷ se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan, hasta el punto de que las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse siempre de forma restrictiva.

⁶⁴ Modificada por la LO 8/2015, de 22 de julio (RCL 2015, 1136), de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia para incluir una referencia a la Convención de Derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (RCL 2008, 950), firmada por España el 30 de marzo de 2007 y cuyo instrumento de ratificación fue publicado en el BOE el 21 de abril de 2008.

⁶⁵ SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2016). *ob. cit.*

⁶⁶ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

⁶⁷ La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor

A pesar de que el art.1.3 de dicha ley empieza diciendo que tales derechos son irrenunciables, inalienables e imprescriptibles y que la renuncia a la protección prevista para los mismos en esta misma ley será nula, acto seguido recoge que todo lo anterior queda dicho “sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el art 2 de esta Ley”. Su art. 2.2 establecía lo siguiente:

“primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir” y que *“las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.”*

El nuevo artículo introducido por la LO 8/2015 sanciona el respeto a otros intereses legítimos que pudieran concurrir con el interés del menor situando el interés del menor por encima de todo. Para VARELA CASTRO⁶⁸ el interés del menor no se reduce únicamente a un principio flexible en busca del mejor y el peor beneficio, *“sino que presenta otra faceta directamente vinculada con la autonomía individual y personal de su titular”*, recordando el art. 10.1 CE el cual consagra el respeto de la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad. Observar este precepto nos conduce a otorgar a la personalidad del menor la relevancia que merece pudiendo decidir o participar éste en la determinación de su propio interés y en la formación de su personalidad futura. Reconociendo su cada vez mayor autonomía, permitiéndole participar en los asuntos que le afectan⁶⁹.

La primacía del interés del menor sobre cualquier otro interés es criterio hermenéutico y por tanto innecesaria es su tipificación en el texto legal⁷⁰, se impone sobre otros intereses legítimos que puedan concurrir y debe ser preferente su satisfacción. No obstante, la prevalencia o superioridad para RIVERO HERNÁNDEZ ni se da siempre ni es absoluta pues queda delimitada o moderada por el principio de proporcionalidad. *“Se trata de una regla general que no excluye excepciones, ya que hay otros bienes e intereses valiosos jurídicamente que deben ser apreciados en cada caso cuya relevancia puede conducir a la preponderancia de éstos mediante la restricción del interés del menor”*⁷¹. De hecho, OJEDA RIVERO⁷² va más allá y

⁶⁸ VARELA CASTRO, I. (2016), *ob.cit.* p.51

⁶⁹ Ídem. p. 14

⁷⁰ Ídem. p.14

⁷¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., (2016) *El interés del menor*, 2ª ed., volumen 1, pág 75. Madrid: Dykinson

⁷² OJEDA RIVERO, R. (2015). *ob.cit.* p.26

considera conveniente renunciar a la idea de que la autonomía suponga siempre, ante cualquier circunstancia, el interés superior del menor.

En el ámbito estatal nuestro ordenamiento jurídico ha ido avanzando poco a poco y de hecho sigue en el camino hacia el reconocimiento de la madurez del menor mayor de 16 años. Así lo manifiesta el legislador en la Exposición de Motivos de la LOPJM, el menor no pasa de un día para otro de no tener capacidad a tenerla, sino que la va adquiriendo paulatinamente, y la plenitud de la misma a los 18 años cuando se llega a la mayoría de edad⁷³.

Según la Ley 26/2015, de 28 de julio, cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la LOPJM. Sin olvidar que la reforma de este artículo por parte del 1.4 de la LO 8/2015 introdujo derecho a ser oído y escuchado sin discriminación en toda decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, en función de su edad y madurez. La introducción de la madurez es relevante ya que se produce en primer lugar una sustitución del término juicio y en segundo lugar establece como habrá de valorarse por personal especializado, esa madurez, teniendo en cuenta el desarrollo evolutivo del menor y su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Considerando que tiene suficiente madurez cuando alcance la edad de doce años.

La capacidad de decisión y de autonomía en el ámbito sanitario ha sido posible gracias al consentimiento informado. Este consiste según el art. 3 de la LAP en “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.” Aunque el titular del derecho a la información es el paciente el art. 5 establece que serán “informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita”. Pero sin excluir al paciente incapacitado, al cual deberá comunicársele de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal. Otorgando esta ley criterio al médico

⁷³ RUIZ JIMÉNEZ, J. (2005). *op. cit.*

que asiste al paciente⁷⁴ e para determinar si carece o no de capacidad para comprender la información.

Uno de los factores que pronto fueron discutidos y como así lo refleja LUQUIN BERGARECHE⁷⁵ al analizar el apartado 6 del citado art. 9 de la LAP⁷⁶, según el cual, si el representante legal del paciente menor de edad toma una decisión en contra de la vida o que no fuera del todo beneficiosa para el propio paciente, se debería acudir a la autoridad judicial. Esta restricción normativa de la autonomía del paciente menor va a conducir en muchos casos al planteamiento de un conflicto familiar o sanitario. Pudiendo darse bien cuando el médico responsable, o los titulares de la patria potestad en su caso cuando éstos sean los competentes según la ley, hayan adoptado decisiones sobre la salud del menor con las que la otra parte implicada pueda no estar de acuerdo. O bien cuando el médico responsable haya considerado que un paciente menor de edad conforme a la ley civil tiene la suficiente capacidad para consentir un acto médico por tener la suficiente madurez y la misma sea cuestionada en el caso concreto⁷⁷.

Entonces ¿Qué ocurre si nos encontramos ante un conflicto? Como dice BERGARECHE en estos posibles casos de conflicto sería preferible a nuestro juicio evitar la judicialización en la medida de lo posible y optar por fórmulas flexibles e individualizadas de autocomposición de intereses que tienden al logro de decisiones consensuadas, con vistas al entendimiento mutuo de los puntos de vista de todo orden implicados en el conflicto (éticos, deontológicos, médicos, etc.) entre las partes involucradas (médicos, centro de salud, familia, menores), en orden a mantener y preservar las relaciones familiares. Aunque surgen ciertas preguntas a la hora de solucionar ciertos conflictos familiares y sanitarios que se plantean en la práctica, algunos de

⁷⁴ Art.5.3. Ley 41/2002 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.

⁷⁵ LUQUIN BERGARECHE, R. (2017) “El derecho de autonomía del paciente menor: Virtualidad de la mediación en conflictos sanitarios con menores”, Revista Boliviana de Derecho, N°. 23, pp. 235-236

⁷⁶ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. El art 9.6 de la LAP dicta lo siguiente: En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Siendo las decisiones contrarias a dichos intereses puestas en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad”.

⁷⁷ LUQUIN BERGARECHE, R. (2017). *ob.cit.* pp. 235-236.

los cuales encuentran en la mediación privada, regulada por Ley 5/2012, de 6 de julio, mayor eficiencia y claridad que los métodos clásicos.

ANDREU MARTÍNEZ afirma contundentemente⁷⁸ que detrás de la nueva redacción del artículo 9.4.II LAP se encuentran, los casos de rechazo al tratamiento (sobre todo a las transfusiones sanguíneas) y la famosa STC 154/2002, de 18 de julio. Y, tal y como reconoce el Preámbulo de la Ley 26/2015 se recogen los criterios sentados por la FGE en la Circular 1/2012.

3.2.1. Consentimiento informado y por representación del menor de edad

En el ámbito sanitario, el menor de edad maduro es el titular del consentimiento informado que otorga legitimidad al médico para intervenir en la salud del paciente, sin que sus representantes legales, puedan otorgar el consentimiento por sustitución:

A pesar de la regla sobre mayoría de edad, PARRA LUCÁN⁷⁹ entiende que la misma no impide la actuación del menor maduro, pues mientras un mayor de edad puede oponerse a recibir un tratamiento sin el cual morirá, la voluntad del menor en este sentido, cuando tenga suficiente madurez, puede ser contrariada por sus representantes si se pone en riesgo su vida, ya que sigue subsistiendo la función de los padres o tutor de velar por ellos y el control judicial de sus decisiones cuando puedan perjudicarle.

Para RODRÍGUEZ GONZÁLEZ⁸⁰ merece una opinión desfavorable la exigencia establecida de la mayor edad, ya que limita sin justificación alguna la autonomía del menor que tiene ya reconocida ampliamente en nuestra legislación. Siendo para BELTRÁN AGUIRRE⁸¹ también incoherente, al reconocer plena autonomía y capacidad de decisión respecto a intervenciones médico-clínicas y sin embargo se les niega capacidad para formular instrucciones previas.

⁷⁸ ANDREU MARTÍNEZ, M.B. (2013) “La protección de datos personales de los menores de edad”. Thomson Reuters Aranzadi S.A., Navarra.

⁷⁹ PARRA LUCÁN, M^a. A. (coord.) (2016) La autonomía privada en el derecho civil. Thomson Reuters Aranzadi. s.p.

⁸⁰ Ídem. p.212 y ss.

⁸¹ BELTRÁN AGUIRRE, J.L. (2007). *op.cit.* p.16.

Recordemos, que las reformas del 2015 introducen que los menores emancipados o mayores de 16 años no podrán otorgar el consentimiento por representación⁸², salvo cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud. Existen diversas opiniones doctrinales⁸³ en relación con el consentimiento del menor, mayor de 16 años, sobre si podrá por sí solo el menor maduro otorgar un consentimiento válido a una intervención médica. Estas opiniones divergentes a continuación analizadas, surgen debido a la legislación confusa sobre la materia, al ser esta ambigua y no otorgar una solución de manera clara.

Un sector ha defendido la idea de que los menores que reúnan las condiciones de madurez suficientes y puedan conocer el alcance del acto médico, están facultados para prestar por si mismos el consentimiento para autorizar la intervención médica, entre ellos y en virtud de lo dispuesto principalmente en el art. 162.1 CC teniendo también en cuenta la legislación protectora de los menores de edad y con lo dispuesto en el art. 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la cual, declara que menores e incapaces deberán prestar “por sí mismos” el consentimiento si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil⁸⁴, concediendo por tanto relevancia jurídica a la voluntad del menor. Defienden esta postura entre otros, MARKOVA IVANOVA, para quién aún tratándose de un menor maduro la decisión final pueda recaer en manos ajenas, ya sean los representantes o médicos, es alarmante ya que podrían éstos acogerse a criterios de beneficio puramente médico en contra de la dignidad del menor, e incluso vulnerando su derecho a ser oído⁸⁵.

Si la decisión de los representantes legales coincide con la del menor se recomienda plantear la situación ante el Juez, aunque en caso de urgencia el médico puede actuar sin necesidad de tal consentimiento⁸⁶. Dicho criterio parece recogerse en el art. 9.3 3, a y c, y 9.4, párrafo 2º, de la Ley 41/2002. Basándose en que para los 16 años se había introducido en 2002 el concepto de “menor maduro” cuyo consentimiento es válido para todos los actos médicos generales, exceptuando las situaciones indicadas. Sin embargo, desde la Ley 26/2015, de 28 de julio el

⁸² Nuevo apartado 4 en el artículo 9 sobre los menores emancipados o mayores de 16 años en relación con los cuales no cabe otorgar el consentimiento por representación, salvo cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud.

⁸³ ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2019). *ob.cit.* p. 516.

⁸⁴ TC S 16-12-2013, nº 208/2013, BOE 15/2014, de 17 de Enero de 2014, rec. 1110/201.

⁸⁵ MARKOVA IVANOVA, A.S. (2017) El derecho de autodeterminación del menor maduro en el ámbito de la salud. *Bioderecho.es: Revista internacional de investigación en Bioderecho*, Nº. 6, pp.10.

⁸⁶ ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2019) *ob. cit.* p.538.

consentimiento lo presta el representante legal del menor y esto ha provocado para ciertos autores⁸⁷ la desaparición del menor maduro.

No obstante, algunos autores defienden que la capacidad de decisión personal del menor puede y de hecho debe ser complementada por aquellos que tienen el derecho y el deber de educar a quienes se encuentren bajo su protección. Esta opinión surge por la inexistencia de una base para llevar a cabo una interpretación extensiva que permita al menor tomar decisiones sobre los tratamientos médicos⁸⁸, fundamentando esta postura en la sentencia de la AN 23 febrero 1991⁸⁹, que señalaba que la vía de decisión deja indemne la capacidad de decisión personal del menor. Para PARRA LUCÁN, el art. 9.3 permite entender que se excluye la representación de los padres si el menor es capaz de comprender el alcance de la intervención. Ahora bien, recalca que ello no significa que pueda prescindirse del consentimiento de los padres y contar sólo con el del propio menor debido al ejercicio del deber de guarda de los padres (arts. 154, 215, 216, 267 y 269 del Código Civil). Se llevaría por tanto a una exclusión de la representación ya que no cabría que otro tome la decisión por el menor, pero no la intervención de los padres, que deberían prestar también su consentimiento, junto con el del menor, como manifestación del deber de velar por él⁹⁰.

La opinión de quienes estiman que las decisiones de los menores que hayan cumplido 16 años deben ser respetadas incluso en las situaciones de grave riesgo para el menor, excluyendo por tanto la limitación establecida en el art. 9.4, párr. 2º⁹¹. Para SANTOS MORÓN no es compatible privar de eficacia su decisión en ciertas situaciones no beneficiosas para él con el previo reconocimiento de su capacidad⁹², 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.

⁸⁷ RUÍZ LÓPEZ, J., NAVARRO-ZARAGOZA, J., CARRILLO NAVARRO, F., LUNA, A. (2017) “Dilemas éticos en la práctica de la medicina infantil”, *Cuadernos de Bioética*, XXIII. pp. 33.

⁸⁸ ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2019) *ob. cit.* p.539

⁸⁹ Sala Primera. Sentencia 23/1991, de 31 de enero. Recurso de amparo 795/1990.

⁹⁰ PARRA LUCÁN, M^a. A. (2013) *ob. cit.* p.8

⁹¹ (anterior 9.3, c),

⁹² SANTOS MORÓN, M. J. (2011), *ob.cit.* p.86

Mientras que CANTERO MARTÍNEZ⁹³ es de la opinión de que el objeto del legislador en la Ley 41/2002 era atribuir al médico un importante grado de discrecionalidad para que sea él mismo quien se arriesgue en cada caso, “*so pena de incluir en responsabilidad*”, y decida a quién corresponde finalmente el otorgamiento del consentimiento informado.

Por último, hay autores que realizan una crítica a las opiniones anteriores, considerando erróneo el establecimiento de un único principio al que se otorga primacía sobre cualquier otro, ya que se considera que no es posible decidir qué representa el interés del menor sin atender a sus circunstancias y a sus razones. Siendo aconsejable evaluar de manera objetiva las razones expuestas por el menor, OJEDA RIVERO⁹⁴, aboga por recurrir al concepto de *objetividad posicional* según el cual determinados juicios son objetivamente correctos en el sentido de que cualquier persona en la misma situación que quien los emite llegaría, tras considerar de forma detenida y racional todos los aspectos relevantes de la misma, a su misma conclusión.

El TC tuvo oportunidad de pronunciarse respecto a este tema en la sentencia 18 julio 2002, en relación, al recurso de amparo haciendo referencia a la relevancia que puede tener la oposición del menor al tratamiento médico (analizada más adelante).

3.2.2. *Rechazo al tratamiento del menor maduro*

La Circular 1/2012⁹⁵ de la Fiscalía General del Estado (FCE) y la STC 154/2002 de 18 de julio de 2002 constituyen los dos pilares en los que se fundamenta el rechazo al tratamiento del menor maduro.

a) Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado.

Esta circular se centra en intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave haciendo hincapié en los conflictos ante transfusiones de sangre. Haciendo prevalecer la

⁹³CANTERO MARTÍNEZ, J. (2009) El consentimiento informado del paciente menor de edad. Problemas derivados de un reconocimiento de su capacidad de obrar con distintas intensidades. Derecho y salud, Vol. 18, Nº. 2, p.10

⁹⁴OJEDA RIVERO, R. (2015), *ob.cit.* pp.22-24

⁹⁵Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado. Sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.

decisión de los padres, salvo cuando la decisión de éstos perjudique al hijo, en cuyo caso se recomienda acudir al Juez.

Según la postura apoyada por la Circular 1/2012 si los representantes legales del menor están a favor de la intervención y el menor en contra en caso de no tratarse de una situación de urgencia es preferible acudir al juez, no obstante, en caso de intervención médica grave la opinión de los padres prevalecerá sobre la del menor.

Sigue esta misma postura ANDREU MARTÍNEZ⁹⁶ para los menores de 16 años, en los cuales considera que se debería evaluar en cada caso concreto la posible concurrencia de madurez, denominándoles menores maduros con capacidad para consentir cuando, de acuerdo al criterio del facultativo, tengan suficiente madurez para ello, habiendo asumido la circular un criterio funcional como forma de determinar la madurez del menor para consentir un tratamiento o intervención médica, que mide la concreta capacidad intelectual y emocional para adoptar una determinada decisión⁹⁷. Llevando a cabo una interpretación del artículo 9.3.c)⁹⁸ LAP que acoja ambos criterios, el subjetivo y el objetivo.

b) Posición del TC, en la STC 154/2002 de 18 de julio de 2002.

Los hechos tuvieron lugar en Huesca cuando acudieron al hospital debido a lesiones unos padres con su hijo menor de edad debido a las lesiones de este. Ante el tratamiento médico planteado por los médicos, en un primer momento, tanto los padres como el menor de 13 años se opusieron a la transfusión de sangre, ante lo que el centro hospitalario solicitó una autorización judicial para continuar el tratamiento, la cual le fue concedida. No obstante, y pese a que los padres aceptaron la decisión judicial, el menor rechazaba la transfusión, insistiendo el personal médico a sus padres para que convencieran a su hijo de lo contrario, a lo que estos oponían su derecho a la libertad religiosa. Tras la búsqueda de tratamientos alternativos, la justicia intervino de nuevo y se llevo a cabo la transfusión, aunque lamentablemente el menor falleció.

⁹⁶ ANDREU MARTÍNEZ, M.B. (2013), *s.p.*

⁹⁷ Ídem. *s. p.*

⁹⁸ 9.3.c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la LO 1/1996

El TC⁹⁹ tenía el objetivo de dilucidar si, tal y como entendieron las sentencias impugnadas, el hecho de que los ahora recurrentes, sus padres, no disuadieran a su hijo menor de edad sobre su negativa a recibir tratamiento médico (dejarse transfundir sangre) debido a sus creencias religiosas, se trató de omisión de la conducta que les correspondía como garantes de la salud del menor.

El TS condenó a los padres del menor por homicidio en comisión por omisión, con atenuante muy cualificada de arrebató y obcecación en función de sus creencias religiosas. El TC sin embargo declaró que tal condena entraña vulneración del derecho a la libertad religiosa.

El TC entendió que la actuación de los recurrentes se encontraba amparada por el derecho fundamental a la libertad religiosa, recogido en el art.16 CE. La Sala estimó que la exigencia a los padres de haber disuadido al menor, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, es una actuación que contradice al propio centro de sus convicciones religiosas, que va más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor.

El elemento de la *irreparabilidad*¹⁰⁰ aparece en numerosas ocasiones en la Sentencia, el Tribunal Constitucional informa a favor de establecer una escala que tenga en cuenta, a la hora de dotar de mayor autonomía de voluntad a las decisiones del menor, el grado de irreversibilidad de dichas decisiones. MONTALVO recalca la conexión entre esta sentencia y la Circular 1/2012 al utilizar ambos el mismo criterio. El criterio de la irreversibilidad tiene ya su traducción médica a través de la denominada *Escala móvil de capacidad*¹⁰¹. Siendo esta precisamente lo que ha pretendido plasmar la propia Ley de autonomía del paciente a la hora de regular la autonomía del menor de edad.

⁹⁹ TC Pleno), S 18-07-2002, nº 154/2002, BOE 188/2002, de 7 de Agosto de 2002.

¹⁰⁰ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (2015) Dilemas ético-legales que presenta la regulación de la capacidad del menor en el ámbito del tratamiento médico. Vol. XIX Nº 5 JUNIO 2015 VI. pp.305-306

¹⁰¹ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (2013) “El menor: un paciente complicado (al menos, desde la perspectiva legal)” Revista CESCO de Derecho de Consumo No 8/2013. pp. 301-302
<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco> I. Estudios y Consultas

3.2.3 Salud sexual y reproductiva

Otros temas afectados por las reformas no han tenido tal repercusión como aquellos que versaban sobre salud sexual y reproductiva. Tuvo gran impacto mediático la edad exigida para poder consentir una interrupción voluntaria del embarazo y por supuesto fue sometido a discusión por la sociedad española, mientras que el resto de cambios de la legislación no han provocado una respuesta notoria.

La LO 11/2015, de 21 de septiembre para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, dejó sin efecto a través de su artículo primero el art. 13¹⁰² de la LO 2/2010, de 3 de marzo de Salud sexual y reproductiva y de la Interrupción voluntaria del embarazo: concede a la menor suficientemente madura plena capacidad para solicitar una interrupción del embarazo. Y mediante su artículo segundo modifica el 9.5 de la LAP, cuya redacción actual dice así:

“Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil”.

La elevación a los 18 años por parte de la LO 11/2015 para decidir por sí mismas sobre su embarazo excluía la posibilidad que tenían las adolescentes de 16-17 años de consentir esta intervención que sí reconocía la LO 2/2010.

La edad para prestar el consentimiento es 18 años, siendo requisito indispensable la plena capacidad de obrar desde que se produjeron reformas en la Ley Orgánica del año 2010 y en la LAP, las cuales fueron modificadas por la Ley orgánica sobre protección de menores en la IVE del año 2015. Si bien hasta esta reforma, la paciente menor mayor de 16 años gozaba de libertad

¹⁰² Art.13.4º LO 2/2010: *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.*

de decisión, siendo tan solo necesario comunicar a uno de los representantes legales a no ser que la menor alegue que la comunicación pudiera provocar un conflicto grave, peligro, malos tratos, etc...

Respecto a consentir las relaciones sexuales, también se introdujeron en el año 2015 modificaciones, en concreto la elevación de la edad de consentimiento sexual, que pasó de los 13 a los 16 años, exceptuando los casos en los que el menor sea próximo en edad a aquel con quien lleva a cabo la relación sexual¹⁰³.

Podemos encontrar dos posturas doctrinales. Por un lado, aquellos que consideran ilógico como GONZÁLEZ AGUDELO el hecho de que una menor si este capacitada para prestar su consentimiento a tener relaciones sexuales¹⁰⁴, o a entregar a su hijo en adopción sin necesidad de representación, pero no para abortar, la considera retrógrada una clara discriminación, “sin que el interés superior del menor pueda justificar una limitación en este sentido de su derecho a decidir”. Por otro lado, LLAMAS BONILLO¹⁰⁵ al cual afirma “teniendo en cuenta tanto aspectos fisiológicos como psicológicos, la continuación del embarazo se presenta como la solución más saludable: no solo protege y garantiza el derecho a la vida del nasciturus, sino que preserva la salud emocional, presente y futura, de la madre adolescente”.

Si la decisión de la menor fuera la de continuar con la gestación y sus padres se opusieran, el CC la ampara a través del art.163.1 permitiendo el nombramiento de un defensor que la proteja y represente judicial o extrajudicialmente, a fin de defender sus intereses cuando estos se opongan a los de los padres.

BELTRÁN AGUIRRE¹⁰⁶ realiza un análisis de la legislación aplicable y como la mayoría de autores se han decantado concluir que la menor de edad con madurez suficiente puede consentir por sí misma la interrupción voluntaria del embarazo, debiéndose, además, respetar la confidencialidad si así lo exige la menor como en primer lugar la norma penal no exige la

¹⁰³ Ley 26/2015 (FJ)

¹⁰⁴ GONZÁLEZ AGUDELO, G. “Consecuencias jurídicas y político-criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva del menor de edad”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº. 18, 2016, pp. 21-22.

¹⁰⁵ LLAMAS BONILLO, A. “Aborto en menores: una amenaza para su salud psicológica”, *Terapeía: estudios y propuestas en ciencias de la salud*, Nº. 6, 2014, pp 61 y ss.

¹⁰⁶ BELTRÁN AGUIRRE, J.L. (2007). *ob. cit.* p.21

mayoría de edad para consentir la interrupción voluntaria del embarazo¹⁰⁷, la norma civil hace referencia a la capacidad natural como criterio suficiente para ejercer los derechos de la personalidad, la norma general reguladora de la protección del menor exige que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpreten siempre de forma restrictiva, y la normativa internacional sobre los derechos humanos promueve la capacidad del menor maduro. Éste es el criterio asumido entre otros por PARRA LUCÁN¹⁰⁸, la cual, al hablar del aborto de la menor de edad y a la vista de la citada legislación defiende que “cuando la mujer tenga madurez suficiente para conocer la trascendencia de la intervención, su consentimiento es insustituible, es decir, no cabe representación de los padres.”

3.2.4 *Menores con disforia de género*

En los últimos años han cobrado importancia, sobre todo como consecuencia de su inculcación al menor, la capacidad de este para consentir respecto a la transexualidad. El artículo 156 CP¹⁰⁹ tipifica como delito la realización de esta cirugía en menores, aunque se cuente con su consentimiento o el del representante legal.

Al margen de la reasignación de sexo, se plantea el acceso por parte de los menores a otros tratamientos médicos, el hormonal en este caso, y sobre quién prestará el consentimiento para ello.

Las opiniones al respecto consisten por un lado en los que consideran correcto y adecuado a la situación el requisito de la mayoría de edad, sin que quepa representación, debido a la importancia de la intervención y los efectos irreversibles que tiene como consecuencia, justificando así la espera, hasta que la identidad sexual esté más formada, debido al carácter irreversible, DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN considera poco justificado desde la

¹⁰⁷ Art.417 bis CP, que sigue vigente, se limita a establecer que el aborto requerirá consentimiento expreso de la mujer embarazada.

¹⁰⁸ PARRA LUCÁN, M^a A. (2013). *ob. cit.* p.19.

¹⁰⁹ Art. 156 CP: ..., el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil.

perspectiva de lo que dispone LAP que se le pueda someter a un menor, a un tratamiento que produce esterilidad y que conlleva riesgos relevantes y que, sobre todo, produce una situación difícilmente reversible¹¹⁰. Por otro lado, autores que teniendo en cuenta el interés superior del menor, defienden que se le debe permitir asumir antes la disforia de género, alegando que puede estar diagnosticada desde edades tempranas, provocando su rechazo problemas a nivel familiar, social o educativo¹¹¹.

Varias comunidades autónomas han iniciado la regulación sobre transexualidad o de la identidad de género debido al vacío legal existente. En concreto:

- Navarra
 - la Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales;
- País Vasco
 - la Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidades de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales;
- Andalucía
 - la Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía;
- Canarias
 - la Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.

Esta legislación ha aclarado la situación del menor de edad concretando su posición y se ha utilizado en sentencias del Tribunal Constitucional como la STC 99/2019, de 18 de julio, la cual declaró inconstitucional el art. 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo ya que solo reconocía legitimación a las personas mayores de edad para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo y del nombre, por posible vulneración de los arts. 15, 18.1 y 43.1, en relación con el art. 10.1 CE.

¹¹⁰ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (2017) “Problemas legales acerca del tratamiento médico de la disforia de género en menores de edad transexuales”, Revista General de Derecho Constitucional, nº 24, pp. 32

¹¹¹ ANDREU MARTÍNEZ, M.B. (2018) “La autonomía del menor en la asistencia sanitaria y el acceso a su historia clínica”. Thomson Reuters Aranzadi S.A., Navarra.

A pesar de que este tema se encuentre ahora es su punto de desarrollo mas álgido para ALVENTOSA DEL RÍO¹¹² la reforma de la LO 1/1996 ya reconocía indirectamente el derecho a la autodeterminación de género de los menores de edad al establecer como un criterio general de interpretación del interés general del menor la preservación de su orientación e identidad sexual (art. 2.2.d de la LO 8/2015) y como un principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación con “el libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual” (art. 11.2, 1 de la Ley 26/2015).

No obstante, hay autores¹¹³ que consideran que esto requiere una profunda reflexión que encuentre una “justa balanza”, en aras a buscar el interés superior de cada menor, así como la necesidad de desarrollo normativo nacional, que recoja “los aspectos poliédricos que la configuran, como los jurídico-registrales, sanitarios, educativos y sociales”.

¹¹² ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2016) Menores transexuales. Su protección jurídica en la Constitución y legislación española. *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 36, Nº 107, pp. 153-186.

¹¹³ MARTÍNEZ GARCÍA. C (coord) y otros, (2016). *s. p.*

4. CONCLUSIONES

PRIMERA. El Derecho español ha conocido una ampliación de la capacidad del menor en general y en el ámbito sanitario en particular siempre que éste reúna las condiciones de madurez suficientes para decidir sobre el ejercicio de sus derechos. Este escenario se ha materializado con el desarrollo de las siguientes normas: la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. En el ámbito general este proceso arranca desde la Ley 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor, de modificación parcial del código civil y de la ley de enjuiciamiento civil y en el ámbito sanitario a través de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

SEGUNDA. La jurisprudencia constitucional ha seguido una línea de interpretación aperturista en la toma de decisiones del menor, tanto sobre su salud incluso tratándose de casos de riesgo para su vida por motivos religiosos (STC 154/2002 de 18 de julio de 2002 y Circular FCE 1/2012) como en la reciente STC que permite la rectificación registral del nombre propio para ajustarlo al nuevo sexo del menor con disforia de género (STC 99/2019, de 18 de julio).

TERCERA. Sin embargo, los cambios normativos y los esfuerzos por ampliar la capacidad del menor han generado incoherencias y dificultades prácticas, sobre todo en el ámbito sanitario. De hecho, han sido necesarias nuevas reformas en cuestiones como el consentimiento para abortar de las menores de edad, Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, siendo en este caso necesario para el menor además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales.

De hecho, sigue abierto el debate debido a la complejidad para determinar la madurez en cada supuesto de manera objetiva, sobre las incoherencias entre reglas del ordenamiento a la hora de otorgarle plena autonomía para ciertos actos y sin embargo limitada para otros y sobre el alcance de la invención de la patria potestad en los supuestos que actúa el menor maduro. Por supuesto teniendo siempre a la vista la dificultad de estos temas debido a la desprotección del menor.

5. REFERENCIAS

BIBLIOGRAFÍA

ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2019) “Consentimiento informado del menor en España: Reformas recientes”, Actualidad jurídica iberoamericana, N°. Extra10, 2. pp. 515-547.

<http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2019/06/514-547.pdf>

ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2016) Menores transexuales. Su protección jurídica en la Constitución y legislación española. *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 36, N° 107, pp. 153-186.

ANDREU MARTÍNEZ, M.B. (2013) “La protección de datos personales de los menores de edad”. Thomson Reuters Aranzadi S.A., Navarra.

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/aranz/monografias/130664525/v/1/document/130414634/anchor/a-130414634>

ANDREU MARTÍNEZ, M.B. (2018) “La autonomía del menor en la asistencia sanitaria y el acceso a su historia clínica”. Thomson Reuters Aranzadi S.A., Navarra.

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/aranz/monografias/203732362/v/1/page/1>

ARANCIBIA OBRADOR, M.J. (2014) Reflexionando sobre los derechos de la personalidad desde la perspectiva del derecho a la propia imagen, *Revista de derecho*, N°. 9 pp. 55-80.

BARTOLOMÉ TUTOR, A (2015). Los derechos de la personalidad del menor de edad. Su ejercicio en el ámbito sanitario y en las nuevas tecnologías de la información y comunicación. Aranzadi.

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/aranz/monografias/153837435/v/1/document/153906741/anchor/a-153906741>

BELTRÁN AGUIRRE, J.L. (2007) “La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica”. XV Congreso "Derecho y Salud. DS: *Derecho y salud*. Vol.15, N° Extra1. pp. 9-26.

[/dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2269063](http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2269063)

CANTERO MARTÍNEZ, J. (2009) El consentimiento informado del paciente menor de edad. Problemas derivados de un reconocimiento de su capacidad de obrar con distintas intensidades. Derecho y salud, Vol. 18, Nº. 2, p.10.

<file:///Users/mecha/Downloads/DialnetElConsentimientoInformadoDelPacienteMenorDeEdad-3120103.pdf>

DE CASTRO Y BRAVO, F. (2008) *Derecho civil de España, t. II, Derecho de la persona*, reed. Facsímil de la edición publicada en 1952, Madrid, Thomson Civitas. Boletín Ministerio De Justicia Año LXX núm. 2189 Mayo de 2016.

https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427955725?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1605_estudio.pdf&blobheadervalue2=1288793067407

DE CASTRO Y BRAVO, F. (1959) Los llamados derechos de la personalidad. Anuario de derecho civil, Vol. 12, Nº 4, pp. 1237-1276.

DEL BRÍO LEÓN, M.A. Décimo aniversario de la entrada en vigor del Convenio de Oviedo, Revista de bioética y derecho: publicación del Máster en bioética y derecho, Nº. 18, 2010, pp. 55-57.

www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD18_TextoOpinion.pdf

DE LAMA AYMÁ, A., (2006), *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 72.

DE LA TORRE, F.J (Coord), *Adolescencia, menor maduro y Bioética*, Universidad Pontificia Comillas, pp. 101-142.

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (2014) El paradigma de la autonomía en salud pública ¿una contradicción o un fracaso anticipado?: El caso concreto de la política de vacunación. *Vol. 24 Extraordinario XXIII Congreso 2014, PONENCIAS*. p.15.

dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5077530

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (2015) Dilemas ético-legales que presenta la regulación de la capacidad del menor en el ámbito del tratamiento médico. Vol. XIX Nº 5 JUNIO 2015 VI. pp.305-306.

<https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/10560/Menor%20y%200capacidad%20Pediatr%C3%ADa%20Integral.pdf?sequence=1&isAllowed=y#page=10>

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (2013) “El menor: un paciente complicado (al menos, desde la perspectiva legal)” Revista CESCO de Derecho de Consumo No 8/2013. pp. 301-309.

<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco.I.Estudios.y.Consultas>

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., (2017) “Problemas legales acerca del tratamiento médico de la disforia de género en menores de edad transexuales”, Revista General de Derecho Constitucional, nº 24, pp. 32-37.

<https://www.adolescenciasema.org/ficheros/REVISTA%20ADOLESCERE/vol6num22018/3237Problemas%20legales%20en%20el%20tratamiento%20medico%20de%20la%20disforia%20de%20genero%20en%20menores%20de%20edad.pdf>

FÉRNANDEZ GONZÁLEZ. M^a. B (2005): *Principios jurídicos que informan la protección civil de los menores*. Ponencia expuesta en el Congreso Internacional de Derecho de Familia. Base de datos de bibliografía EL DERECHO (EDB 2005/83298).

GONZÁLEZ AGUDELO, G. (2016) “Consecuencias jurídicas y político-criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva del menor de edad”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº. 18, pp. 21-22.

<https://www.yumpu.com/es/document/read/56431145/consentimientoconsentimientothroughoutconstitutionally>

LLAMAS BONILLO, A. “Aborto en menores: una amenaza para su salud psicológica”, *Therapeía: estudios y propuestas en ciencias de la salud*, Nº. 6, 2014, págs. 61-70.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5149502>

LUQUIN BERGARECHE, R. (2017) “El derecho de autonomía del paciente menor: Virtualidad de la mediación en conflictos sanitarios con menores”, *Revista Boliviana de Derecho*, Nº. 23, pp. 235-236.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5776252>

NEVADO CATALÁN, V. (2017) Anuario de Derecho Civil Núm. LXX-IV. pp. 1543-1573.

https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-2017-40154301573

MARKOVA IVANOVA, A.S. (2017) El derecho de autodeterminación del menor maduro en el ámbito de la salud. *Bioderecho.es: Revista internacional de investigación en Bioderecho*, Nº. 6, 1-28.

<https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/57094/1/297861-1104781-1-PB.pdf>

MARCOS MARTÍN, T. (2013) *Menores e Internet*, Editorial Aranzadi.

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/aranz/monografias/131405172/v1/document/131405196/anchor/a-131405196>

MARTÍNEZ GARCÍA, C. (coord) y otros, (2016) *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Thompson Reuters Aranzadi.

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/aranz/monografias/156803040/v1/document/156803058/anchor/a-156803058>

OJEDA RIVERO, R. (2015) “El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho* (www.INDRET.com), Barcelona, julio, pp. 6-31.

ORTUÑO MUÑOZ, J.P. (1996) Las limitaciones a la capacidad de obrar por razón de la edad y la salud, la incapacitación como protección, los internamientos en espacios residenciales *Revista jurídica de la Región de Murcia*, Nº. 22, pp.53-66.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4716190>

PARRA LUCÁN, M^a A. (2013) La capacidad del paciente para prestar consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español, en *Aranzadi Civil*, núm. 2/2003, Editorial Aranzadi. pp.1-22. Vía dialnet

PARRA LUCÁN, M^a. A. (coord.) (2016) La autonomía privada en el derecho civil. Thomson Reuters Aranzadi. Edición electrónica

RODA Y RODA, D. (2014) El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad “El derecho del menor a ser oído”. Thomson Reuters Aranzadi.

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/aranz/monografias/145631509/v1/document/145631569/anchor/a-145631569>

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J.I. La Autonomía del menor: su capacidad para otorgar el documento de instrucciones previas. *Anuario de la Facultad de Derecho*. N°2003. pp. 212-226

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2213898>

RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS. J.M.; (col.) CORRIPIO.GIL-DELGADO, M.R. (2019) *Derecho de la persona*, Dykinson, t.V.

RUIZ JIMÉNEZ, J. (2005) Delimitación de los conceptos de discapacidad e incapacidad Editorial El Derecho. Publicación en Base de Datos online, ponencia expuesta en el Congreso Internacional de Derecho de Familia celebrado en Madrid, los días 27, 28 y 29 de junio de 2005

https://online.lefebvre.es/index.jsp?producto_inicial=*&nref=2005/353646

RUIZ LÓPEZ, J., NAVARRO-ZARAGOZA, J., CARRILLO NAVARRO, F., LUNA, A. (2017) “Dilemas éticos en la práctica de la medicina infantil”, *Cuadernos de Bioética*, XXIII. pp. 33.

<http://aebioetica.org/revistas/2017/28/92/29.pdf>

SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2016) “Marco normativo tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor. ¿Alguna asignatura pendiente en el siglo XXI?”, Aranzadi Civil-Mercantil *Revista Doctrinal* num. 11/2016 parte Doctrina

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

http://www.mitramiss.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/45/Recensiones3.pdf

SANTOS MORÓN, M.J, “Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, no 15, 2011, pp. 63-93.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3753028>

SIMÓN-LORDA, P. (2008) "La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente", *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, núm. 102, vol. XXVIII, pp. 327-348.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2728528>

VARELA CASTRO, I. (2016). El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2188. pp. 3-59. Edición electrónica del Boletín del Ministerio de Justicia (BMJ)

LEGISLACIÓN

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015.

Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo. BOE núm. 227, de 22 de septiembre de 2015.

Ley 11/1981, de 13 de mayo de modificación del Código Civil, en materia de Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio. BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981.

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982.

Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. BOE núm. 154, de 29 de junio de 1994.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor, de modificación parcial del código civil y de la ley de enjuiciamiento civil. BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

Ley 41/2002, de 14 de noviembre Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002.

Ley 16/2003 de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. BOE núm.128, de 29 de mayo de 2003.

Ley 33/2011, de 4 de octubre General de Salud Pública. BOE núm. 240, de 5 de octubre de 2011.

Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. BOE núm. 307, de 22 de diciembre de 2009.

Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidades de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. BOE núm. 172, de 19 de julio de 2012.

Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía; Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 213, de 7 de noviembre de 2017.

Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. BOE núm. 281, de 20 de noviembre de 2014.

Ley 14/1986, de 25 de abril de Sanidad. BOE núm. 101, de 29 de abril de 1986.

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Supremo 141/2000, de 29 de mayo. BOE núm. 156, de 30 de junio de 2000.

Sentencia del Tribunal Supremo 16093/1991, de 10 junio (Sala de lo Civil) (RJ 1991\4434).

Sentencia Tribunal Constitucional 23/1991, de 31 de enero. BOE núm. 48, de 25 de febrero de 1991.

Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio de 2002. BOE Núm. 188, de 7 de agosto de 2002.

Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011. BOE núm. 101/2011, de 28 de abril de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio. BOE, de 12 de agosto de 2019.

Resolución A2-25/86, de 13 de mayo de 1986 del Parlamento Europeo sobre la Carta Europea de los Niños Hospitalizados.

Convención de Derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (RCL 2008, 950) publicado en el BOE el 21 de abril de 2008.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobado por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, Niza, 7 diciembre de 2000.

Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado de 30 de julio de 2012, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.

Circular 8/2011 de la Fiscalía General del Estado, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores.