

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DE LOS MENORES EN ARAGÓN

CARLOS SANCHO CASAJUS (ponente)
Fiscal Delegado Menores Zaragoza.

SUMARIO.

I. CONCEPTO Y CONSIDERACIONES GENERALES DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. I.1. Concepto. I.2. Personalidad, capacidad jurídica y capacidad de obrar. I.3. Menor de edad, capacidad jurídica y capacidad de obrar. Aragón. II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA. III. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. III.1. Menores de edad y los derechos de la persona. IV. EL INTERÉS DEL MENOR. IV.1. Menores en Aragón en Absentismo escolar. V. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN DE LOS MENORES. V.1. Concepto de menor. V.2. Determinación de la edad de los menas (menores extranjeros indocumentados). V.3. Concepto de honor, intimidad e imagen. V.3.1. Honor. V.3.2. Intimidad. V.3.3. Imagen. V.3.4. Imagen y medios de comunicación. V.3.5. Casuística y criterios generales de la FGE. V.3.6. Régimen Procesal. V.3.7. Petitum. V.3.8. Sujetos Responsables. VI. BIBLIOGRAFIA

* * * * *

En primer lugar quiero mostrar mi agradecimiento a la Institución del Justicia de Aragón por haber pensado en la Fiscalía de Menores para tratar el tema de los derechos de la personalidad de los menores, tema amplio y en continua evolución, tanto en la doctrina civilista como en la legislación aragonesa, como lo demuestra la importante regulación que ha supuesto la Ley de Derecho de la Persona en sus artículos 4, 17 y 21. También quiero reconocer la aportación de las dos coponentes, la de D.^a Carmen Bayod López, profesora titular de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, que trata muy profundamente la situación legal de los abortos para las menores aragonesas, así como la clarificación de la relación entre los distintos conjuntos normativos, tanto estatales

como autonómicos, para iluminar todo lo relacionado con los derechos de la personalidad y el consentimiento para las intervenciones en el ámbito de la salud. Y también la aportación de la notaria Sra. Carmen Gracia de Val al peculiar tema aragonés de la capacidad y el ejercicio de los derechos de la personalidad de nuestros menores, así como la injerencia en los mismos y los supuestos del cambio del nombre y alteración del orden de los apellidos.

Mi contribución se va encaminar a hacer unas consideraciones generales sobre el concepto y evolución de los derechos de la personalidad; así como sobre su naturaleza jurídica y el concepto de interés del menor, para terminar con el tratamiento doctrinal, jurisprudencial y de la Fiscalía General del Estado sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen del menor con dos referencias a casos concretos que se ha planteado en la Fiscalía de Menores de Zaragoza.

CONCEPTO Y CONSIDERACIONES GENERALES DE LOS DERECHOS PERSONALIDAD.

I.1.- Concepto.

Los derechos de la personalidad pueden ser definidos como derechos subjetivos derivados de la naturaleza humana, y de la dignidad inherente a la persona, dirigidos a proteger la esferas más inmediatamente personal del ser humano, tanto en su vertiente física (derecho a la vida y a la integridad física), como espiritual (derechos al honor, a la intimidad y a la imagen) (MARTINEZ DE AGUIRRE)¹.

I.2.- Personalidad, capacidad jurídica y capacidad de obrar.

Personalidad jurídica sería sinónimo de capacidad jurídica, que es la aptitud genérica para ser titular de derechos u obligaciones (aspecto estático de la capacidad) y que se contrapone a capacidad de obrar (aspecto dinámico de la capacidad) que es la aptitud para ejercer por uno mismo los derechos y obligaciones sin necesidad de que intervenga representante legal².

¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona, Pedro de Pablo Contreras, Miguel Ángel Pérez Álvarez y María Ángeles Parra Lucán, 3ª edición 2008.COLEX. Pag. 550

² DE LAMA AYMA, Alejandra, La Protección de los Derechos de la Personalidad del Menor de edad. Tirant lo Blanc, Valencia, 2006, pag. 21-24. DELGADO ECHEVARRIA, Jesús, en LACRUZ BERDEJO, J.L.; Elementos de Derecho Civil, I-2º DYKINSON. Madrid, 2008, pag. 2-3: "En las incumbencias personalísimas, en que no es posible la actuación por representante, el sujeto que no reúne las condiciones requeridas se ve excluido como titular actual de la relación: por ejemplo, de la laboral (como trabajador), de la matrimonial, o de la adopción (como adoptante) hasta la edad legal de cada caso. Parte de la doctrina conceptúa estas situaciones como de restricción o limitación de la capacidad jurídica, en cuanto que el sujeto no solo no puede crear por sí la relación, sino que no tiene medio –por ahora- de entrar en ella. Por ello debe advertirse que la homogeneidad del concepto de capacidad jurídica no significa, pues, que todas las personas tengan in actu y en cada momento las mismas oportunidades y posibilidades en el campo del Derecho, y sí que a cada uno se le brinda en el momento de nacer un elenco exactamente igual de posibilidades abstractas de actuar cuyo ejercicio será accesible a todos cumpliendo unas mismas condiciones.....La capacidad de obrar a diferencia de la jurídica, no es igual en todas las personas, pero esta desigualdad no puede ser arbitraria. El derecho atiende hoy, para reconocerla en mayor o menor medida, a la aptitud de cada uno para regir su persona y bienes: nula en el recién nacido, creciente con la edad hasta el pleno juicio, disminuida o anulada por las enfermedades mentales; y trata de adaptar la capacidad de obrar (legal) a la situación concreta, es decir, a la aptitud o capacidad (natural) de entender o de querer de cada uno. Pero no lo hace caso por caso, para cada individuo, sino atiendo a rasgos externos típicos, como el haber alcanzado o no determinada edad, o constituyendo al sujeto, mediante declaración judicial, en la situación (que puede graduarse) de incapacitado".

No obstante, la doctrina más autorizada suele buscar diferencias entre los conceptos de personalidad jurídica y capacidad jurídica. La personalidad sería un *príus* lógico y ontológico, la cualidad de ser persona como valor (valor ético superior no solo dentro del ordenamiento jurídico, sino superior al mismo ordenamiento jurídico; todo ello de la combinación de los artículos 10.1 y Art. 1 CE, ya que la dignidad humana es el fundamento y la razón de todo). La capacidad jurídica es la traducción en el ámbito jurídico de la personalidad como aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Una tercera categoría sería la subjetividad (o titularidad de los derechos) que implicaría la efectiva titularidad de una serie de derechos.

Por lo tanto, "...la capacidad jurídica se desenvuelve en el ámbito del derecho subjetivo mientras que la personalidad es un valor ético, previo y más general que esta presente allí donde no es útil la categoría de la capacidad jurídica, bien porque no existe (defensa del nasciturus o del honor del fallecido), bien porque no es suficiente (menor de edad en el que no se dan los requisitos necesarios para ejercer los derechos de la personalidad) generando nuevas categorías jurídicas, como el interés legítimo, que nacen al servicio de la tutela de la personalidad como valor": profesora DE LAMA AYMÁ³.

Es interesante y obligada la precisión que realiza MARTÍNEZ DE AGUIRRE, en el sentido: "Conviene recordar también que todo ser humano, por el hecho de serlo, es titular actual de derechos subjetivos ligados directamente a su dignidad como persona. Es decir, que de hecho todo ser humano es sujeto potencial (capacidad jurídica) y actual (titularidad de los derechos subjetivos directamente derivados de la dignidad humana) de derechos. En cambio, hay seres humanos que carecen de capacidad de obrar (como un recién nacido), o que la tienen limitada (menores de edad, incapacitados). ...La capacidad de obrar está estrechamente relacionada con la capacidad natural de querer y conocer; es decir con la capacidad natural para atender alguien por sí mismo al cuidado de su persona y bienes. La posibilidad de que quien es naturalmente capaz de atender a sus propias necesidades personales y patrimoniales, y de gobernar sus asuntos pueda hacerlo con plena eficacia jurídica, aparece como una consecuencia del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad (Art. 10 CE)"⁴.

Junto a esta capacidad de obrar y como manifestación suya está la capacidad delictual, que como es sabido en España comienza a los 14 años, en virtud de la LO 5/2000, de 12 enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, que significa que al menor condenado por una infracción penal del Cp, se le presume que tiene capacidad de culpabilidad (capacidad de entender y de querer) mientras no se acredite que es inimputable (que no puede comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, Art. 20.1º.2º.3º Cp y Art. 5 LO 5/2000), y se le impondrá una medida judicial con la correspondiente responsabilidad civil, en su caso (Art. 1 y 61 LO 5/2000) que

³ DE LAMA AYMÁ, La Protección de los Derechos de la Personalidad del Menor de edad, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pag. 45; "las situaciones jurídicas abstractas son categorías jurídicas generales que engloban en su seno la figura del derecho subjetivo, el bien jurídico y el interés legítimo, entre otras, como manifestaciones de la personalidad y la dignidad del individuo. La personalidad como valor se manifiesta en una serie de bienes jurídicos de la personalidad, es decir, conceptos inherentes a la existencia humana que el ordenamiento jurídico considera merecedores de una protección cualificada. Por ello la tutela de los bienes jurídicos de la personalidad debe considerarse una cuestión de interés general pues la sociedad considera necesario que estos queden garantizados en su seno. El concepto de bien jurídico encuentra su origen en la doctrina penalista pues es la idea de protección del bien jurídico donde esta el fundamento de la sanción penal"; pero desde el derecho civil también se ha hecho uso de el "como un valor beneficioso, aprovechable y positivo de una realidad personal, social y material", pag. 46-47

⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona, Pedro De Pablo Contreras, Miguel Ángel Pérez Álvarez y Maria Ángeles Parra Lucán, 3ª edición 2008.COLEX, pags. 123-124.

se hace extensiva –la responsabilidad civil- y solidaria a sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho.

Por otra parte, junto a la plena capacidad de obrar que la tiene toda persona mayor de edad y que no esté incapacitada judicialmente (Art. 1.1 a y Art. 31 Ley de Derecho de la Persona; Art. 322 Cc), existen capacidades limitadas o incompletas en las que se reconoce al sujeto la posibilidad de obrar por sí mismo, pero no por sí solo, ya que precisa de un complemento de capacidad, que le es prestado por otra persona. Es lo que ocurre con la emancipación (Art. 323 Cc); o con el incapacitado sometido a curatela (Art. 289 Cc); y señaladamente en el derecho aragonés con el menor mayor de 14 años (Art. 20 Ley de Derecho de la Persona: *Capacidad 1. El menor de edad, cumplidos los catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres que esté en ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, del tutor. 2. La imposibilidad de prestar la asistencia permitirá al menor solicitarla a la Junta de Parientes o al Juez. 3. El menor mayor de catorce años no necesita asistencia en los actos que la ley le permita realizar por sí solo*). Y todo ello sin perjuicio de la peculiaridad aragonesa de ser mayor de edad – no de producir la emancipación como en el Cc, Art. 314 y 316- cuando se contrae matrimonio por parte de un menor mayor de 14 años (Art. 1.1b Ley de Derecho de la Persona).⁵

Quien tiene plena capacidad de obrar actúa por sí mismo y por sí solo (el mayor de edad y no incapacitado –Art. 1 Ley de Derecho de la Persona); el que tiene la capacidad de obrar limitada o incompleta actúa por sí mismo, pero no por sí solo (ya que precisa un complemento de capacidad: emancipado –Art. 30 Ley de Derecho de la Persona; incapacitado parcialmente con curador –Art. 134.b Ley de Derecho de la Persona; el menor aragonés mayor de 14 años –Art. 20 Ley de Derecho de la Persona); y quien carece de capacidad de obrar no actúa por sí mismo ni por sí solo, ya que tiene que ser otro (su representante legal) quien actúe por él (titulares de la autoridad familiar o tutores de menores aragoneses menores de 14 años –Art. 9 y Art. 116.1.a) Ley de Derecho de la Persona-, o tutores de los incapacitados judicialmente, –Art. 116.1.b) Ley de Derecho de la Persona)

I.3.- Menor de edad, capacidad jurídica y capacidad de obrar. Aragón

En la doctrina civilística moderna se considera que el menor de edad no es un incapaz, sino simplemente que tiene limitada su capacidad de obrar en la medida en que sus capacidades intelectuales y emocionales están todavía en desarrollo y no han alcanzado su plenitud.

Por lo tanto si un menor de edad tiene capacidad natural en el sentido de madurez, discernimiento, capacidad de entender y querer, tendrá capacidad de obrar para realizar el acto jurídico concreto. En definitiva si hay capacidad natural en el menor debe tener capacidad de obrar. De lo contrario se vulneraría su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Este criterio de capacidad natural como sinónimo de capacidad de obrar se propugna tanto en el ámbito de la patrimonial como en el ámbito de la personalidad del menor. Lo que ocurre es que en el ámbito de los derechos de la personalidad, como afectan a intereses existenciales del menor, la apreciación de la existencia de la madurez necesi-

⁵ PARRA LUCÁN, M^a Ángeles (Coord.), DELGADO ECHEVARRIA, Jesús (dir.). Manual de Derecho Civil Aragonés, 2^a ed. Zaragoza. El Justicia de Aragón, 2007, pags. 144-147; y 118-120.

ria debe hacerse de forma rigurosa ya que en definitiva están en juego la libertad y la igualdad de las personas. En el aspecto patrimonial, por el contrario, no quedan tan directamente afectados los derechos de la personalidad del menor al no recaer sobre cualidades directas del individuo; y además en el ámbito patrimonial no solo están afectados los derechos de los interesados sino también los derechos de terceros lo que implica que para garantizar la seguridad económica debe saber con exactitud dicho tercero con quien tiene que contratar y como tiene que contratar (de ahí la representación legal del menor en el ámbito patrimonial).

Manifestaciones legales concretas en el derecho español de que la capacidad natural es lo mismo que capacidad de obrar en el ámbito de los derechos de la personalidad son el Art. 162.2 Cc y el Art. 155.2 a del Código de Familia catalán. Y con mucha mayor claridad y contundencia nuestro Art. 4.1 a) de la Ley de Derecho de la Persona que viene a culminar la citada evolución de la doctrina y de la legislación en nuestro país⁶.

Como muy bien destaca el profesor MARTINEZ DE AGUIRRE⁷, todo ser humano por el simple hecho de ser persona es a la vez sujeto de derechos subjetivos y sujeto (protagonista) del Derecho objetivo, característica que no depende que le sea atribuida por el Derecho, sino que deriva de su propia naturaleza humana y de su dignidad que le es inherente. Y citando a DIEZ PICAZO y GULLON BALLESTEROS se dice que reconocer al hombre como persona no significa solo reconocerle la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, pues sería minimizarla. “Significa sobretodo que las normas jurídicas han de darse y desarrollarse teniendo en cuenta la dignidad del hombre como persona y sus atributos”.

Si solo contemplamos los derechos de la personalidad como derechos subjetivos se corre el riesgo que solo su titular pueda ejercitarlos; pero como partimos de la consideración de la personalidad es un valor superior del ordenamiento jurídico y a la vez es fundamento del orden político y la paz social, se tiene que abrir la posibilidad de que haya más personas legitimadas para ejercitar estos derechos de la personalidad, además de su titular, cuando este derecho no queda suficientemente protegido, bien porque su titular no queda determinado (al ser un titular difuso, como ocurre en los ataques contra la discriminación racial, sexual o ideológica⁸), o bien porque el sujeto no existe (como ocurre con el nasciturus o la persona fallecida⁹).

⁶ Como iremos viendo a lo largo de este trabajo la Ley de Derecho de la Persona soluciona muchos de los problemas que se plantean en el derecho español con relación a las capacidades de los menores tanto en el ámbito personal, familiar y patrimonial: representación legal de los menores de 14 años; menores mayores de 14 años; injerencias en derechos de la personalidad; autoridad familiar de otras personas.

⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona, Pedro De Pablo Contreras, Miguel Ángel Pérez Álvarez y María Ángeles Parra Lucán, 3ª edición 2008. COLEX, pag. 119: “Así pues, la personalidad jurídica del ser humano (su condición de sujeto de derechos, y de protagonista de las relaciones jurídicas) no depende de que sea reconocida por el Derecho positivo, sino que le es innata. Este planteamiento cuenta con el importante respaldo normativo que supone la Declaración Universal de Derechos del Hombre...cuyos arts. 1 (*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*) y 6 (*todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica*) sirven para fundamentar, ahora desde otra perspectiva, el carácter innato –lo que es tanto como decir natural- de los derechos humanos, su anclaje en la unidad natural del hombre, y su incidencia sobre el reconocimiento de personalidad jurídica por los ordenamientos positivos. Por lo que se refiere a nuestro Derecho, los artículos citados de la DUDH. Sirven para interpretar las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales (Art. 10.2 CE)”.

⁸ EN TAL SENTIDO LA STC 214/1991, 11 NOVIEMBRE, GIMENO SENDRA: LEGITIMACION ACTIVA PARA EL RECURSO DE AMPARO. El artículo 162. 1,b Constitución Española legítima para el recurso de amparo a toda persona que invoque un interés legítimo. No cabe confundir interés legítimo con interés directo. Lo que se encuentra en función del derecho fundamental vulnerado. LEGITIMACION. En tanto que relación jurídico-material que liga a las partes con el objeto procesal, pertenece al fondo del asunto. EN EL DERECHO AL HONOR. El honor es un derecho personalísimo, y la legitimación corresponderá, en principio, al titular del mismo. Pero también tiene legitimación activa el miembro de un grupo étnico o social determinado, cuando la ofensa se dirija contra este colectivo.

Algo parecido ocurre con los menores de edad, que al no tener plena capacidad de obrar, no pueden ejercer los derechos de la personalidad por sí mismos, necesitando por lo tanto la ayuda o colaboración de otras personas para que esos derechos personalísimos –como son los derechos de la personalidad- no queden indefensos. Pero siempre bajo la consideración de que los derechos de la personalidad no pueden ser ejercitados más que por sus titulares, es decir los menores de edad. De ahí que el derecho de la personalidad del menor se convierta para esas otras personas que van a estar legitimadas para su ejercicio en valor o bien de la personalidad (padres, tutores, Ministerio Fiscal).

Es lo que viene a indicar para el Cc, el Art. 162.1º, y la profesora DE LAMA AYMÁ, cuando dice “Parte de la doctrina ha puesto de manifiesto que, si negamos la posibilidad de actuación de la representación en los derechos de la personalidad cuando el menor no puede actuar por sí mismo, los intereses de los hijos podrían quedar lesionados. Sin embargo, creemos que al impedir la representación en el ámbito de la personalidad, precisamente lo que se persigue es la protección de los intereses del menor pues, si bien en la esfera patrimonial la representación es una garantía de tutela de los intereses del hijo, en la esfera de la personalidad la protección pasa por renunciar, como regla general, a la representación porque solo así se respeta al menor como persona, lo cual no significa que no existan otros medios para evitar que el menor sufra perjuicios o que la representación legal no pueda actuar de forma excepcional”¹⁰.

EVOLUCION HISTORICA.

Como destaca la doctrina¹¹ la protección jurídica de los derechos de la personalidad puede decirse que es una conquista reciente, ya que es principalmente en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 donde se establece que existen derechos innatos de la persona, que el Estado reconoce, pero no confiere.

⁹ STC 51/2008, de 14 abril, RODRIGUEZ ARRIBAS: en donde una viuda de un político de la guerra civil ya muerto ejercita la acción civil en defensa del honor de su esposo, a la que no se concede el amparo “...no puede desconocerse que dicho pasaje constituye un ejercicio del derecho fundamental a la producción y creación literaria [art. 20.1 b) CE] que, como tal, protege la creación de un universo de ficción que puede tomar datos de la realidad como puntos de referencia, sin que resulte posible acudir a criterios de veracidad o de instrumentalidad para limitar una labor creativa y, por lo tanto, subjetiva como es la literaria. Por otro lado, y como también se desprende de cuanto se ha señalado anteriormente, el párrafo litigioso, a pesar de identificar claramente a la persona pretendidamente ofendida, no puede considerarse lesivo de su honor, teniendo en cuenta su fallecimiento once años antes, que no nos encontramos ante un supuesto de sucesión procesal, y que, interpretado en su conjunto y en el contexto de una obra literaria que pretende describir la evolución de una determinada generación, el fragmento litigioso y, concretamente, las frases aparentemente vulneradoras de dicho honor no pueden considerarse ni en sí mismas vejatorias ni desmerecedoras de la reputación o consideración ajenas”. Comentada por el profesor titular DE VERDA Y BEAMONTE, profesor titular de Derecho Civil de la Universidad de Valencia. Diario La Ley digital, Nº 7090, 12 enero 2009.

¹⁰ DE LAMA AYMÁ, La Protección de los Derechos de la Personalidad del Menor de edad, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pag 67.

¹¹ BAÑEGIL ESPINOSA, Miguel Ángel, Los Derechos de la Personalidad, Instituciones de Derecho Privado, Tomo I, Volumen 2º. Thomson-Civitas, 2003, pags. 314-319: “En el derecho romano se conocieron la *iniuria* como delito contra la persona que comprendía el daño físico (*in re*) la moral (*contumelia*), verbal (*verbis*). En el derecho medieval español también encuentran sanciones a los ataques a la integridad física y moral en el *Liber Iudiciorum*, el Fuero Real y en las Leyes de Partidas. La escolástica y la escuela de derecho natural también tuvieron influencia en el reconocimiento jurídico de un derecho inherente al hombre sobre sí mismo por el hecho de serlo. Pero es en el siglo XVI, donde por primera vez se comienza a entender del respeto a la persona humana como valor fundamental: es el periodo que se denominó humanismo y que se caracteriza por la exaltación de la *dignitas homini*. En la filosofía del humanismo los expertos sitúan la procedencia de aquellos o más bien en el redescubrimiento de Platón, con el neoplatonismo del siglo XVI. Para esta escuela el hombre es el centro del Cosmos, es alma inmortal e imagen de Dios. El humanismo como motor de progreso impregno el Centro de Europa con pensadores como Marsilio Ficino, Erasmo de Róterdam, Nicolás de Maquiavelo, Tomas Moro, Rabelais o Pico Della Mirándola, como figuras más señeras”.

Artículo 1º “*los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos*”. En el Art. 2º se dice “*el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos son la libertad, la propiedad, la seguridad, la resistencia a la opresión*”. Del Art. 5º es la importante regla de “*todo lo que esta prohibido por la ley, no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena*”.

En el siglo XX aparece la Declaración de Derechos Humanos de las Nacionales Unidas de 1948, el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 noviembre 1950, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva Cork de 19 diciembre 1966, que vienen a garantizar y proteger a nivel internacional los derechos humanos.

En el ámbito de los menores hay que destacar la Convención sobre Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Nacionales Unidas, de 20 noviembre 1989 (BOE, 31 diciembre 1990), donde se reconoce el derecho a la vida (Art. 6), el derecho al nombre y a la inscripción inmediata después del nacimiento (Art. 7), el derecho a la identidad y la nacionalidad (Art. 8), el derecho a convivir con sus padres y relacionarse con ellos (Art. 9), el derecho de opinión y a ser oído (Art. 12), el derecho a la libertad de expresión (Art. 13), el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (Art. 14), el derecho de libertad asociación y reunión (Art. 15), el derecho a la intimidad personal y familiar, domicilio, correspondencia, honra y reputación (Art. 16).

Y trasunto fiel de esta Convención de Derechos del Niño es la ley estatal, Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, que recoge y positiviza los mismos derechos fundamentales y de la personalidad del menor español y del menor extranjero que se encuentre en territorio español (Art. 1): Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (Art. 4), Derecho a la información (Art. 5), Libertad Ideológica (Art. 6), Derecho de participación, asociación y reunión (Art. 7), Derecho a la libertad de expresión (Art. 8) y Derecho a ser oído (Art. 9).

Los códigos civiles decimonónicos no positivizaron los derechos de la personalidad, tal vez demasiado preocupados en proteger todo lo relacionado con la propiedad privada al amparo de la nueva clase social emergente de la burguesía, heredera de la Revolución Francesa. Así en el Código de Napoleón (año 1808) no existe una enumeración de los derechos de la personalidad, ni tampoco en el Código italiano de la 1865, ni en el Código portugués de 1867. Tampoco el BGB Alemán al considerar que existe una categoría de diversos derechos de la personalidad que no están enumerados.

El Cc español de 1889 tampoco reguló de forma expresa los derechos de la personalidad, siguiendo la tendencia decimonónica de estar más interesado en la salvaguardia de los intereses patrimoniales que personales¹².

Por eso durante mucho tiempo –como dice DELGADO ECHEVARRIA¹³– la única forma de protección en el ámbito civil de los derechos de la personalidad fue por la vía de indemnización de los perjuicios causados con su vulneración, y por conducto y al amparo del Art. 1902; y en ese contexto se produjo la recurrente STS 6 diciembre 1912, donde una falsa noticia de un periódico de Madrid de una supuesta escapada de una

¹² DE LAMA AYMÁ, La Protección de los Derechos de la Personalidad del Menor de edad, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pag. 31

¹³ DELGADO ECHEVARRIA, Jesús, en LACRUZ BERDEJO, J.L., Elementos de Derecho Civil, I-2º DYKINSON. Madrid, 2008, pag. 55.

muchacha de conocida familia con un sacerdote dio lugar a un resarcimiento de daños morales.

Con la Constitución Española de 1978 se sigue la tradición liberal y de reconocimiento expreso de los derechos fundamentales donde se dedican numerosos preceptos a la protección y respeto debido a la persona y a sus libertades y derechos que se consideran innatos: Art. 15, derecho a la vida y a la integridad física y moral; Art. 16, derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto; Art. 17, derecho a la libertad y a la seguridad; Art. 18, derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen; Art. 20, derecho de expresión y de información; Art. 21, derecho de reunión; Art. 22, derecho de asociación; Art. 24, derecho de tutela judicial efectiva; Art. 25, principio de legalidad, con la obligada referencia, en el ámbito de los menores, a la ley penal del menor (LO 5/2000, 12 enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores)¹⁴; Art. 27 derecho a la educación que puede implicar para los padres que consienten que sus hijos no vayan al colegio durante la escolarización obligatoria entre los 6-16 años la acusación por la fiscalía de menores de un delito de abandono de familia en su modalidad de absentismo escolar (Art. 226 y 228 Cp)¹⁵.

En el ámbito normativo de la Comunidad Autónoma de Aragón relacionado con los derechos de la personalidad de los menores conviene citar tres leyes importantes por orden cronológico:

LA LEY 12/2001, DE 2 JULIO, DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN ARAGON (BOA 86, 20 julio 2001) que sería la ley autonómica equivalente la citada ley estatal LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor: donde se recoge como derechos de la infancia y la adolescencia, que deben ser considerados derechos de la personalidad como sinónimos de derechos fundamentales: Art. 9, Derecho a ser bien tratado; Art. 10 Derecho a la identificación; Art. 11, Derecho al honor, a la intimidad y a la propia ima-

¹⁴ La última reforma acaecida en la ley penal del menor es por la LO 8/2006, de 4 Diciembre (BOE 5 diciembre 2006), donde se vuelve a producir una nueva agravación de la respuesta frente a la delincuencia juvenil, para buscar un cierto criterio de proporcionalidad entre la gravedad de los hechos y la respuesta sancionadora, sobretudo en materia de bandas juveniles, delitos graves y delitos violentos (homicidio, asesinato, violación, terrorismo; artículos 9-10). También se le dedica especial atención a las víctimas, las consabidas olvidadas de la justicia criminal, tanto en adultos como en menores. También hay que hacer la obligada referencia a la responsabilidad solidaria de los padres, tutores y guardadores de los daños y perjuicios que causen los menores infractores (Art. 61), que contribuye de una manera decisiva a control educativo de los padres. En cualquier caso, la ley penal del menor es una buena ley para luchar contra la delincuencia juvenil, ya que ofrece una respuesta primordialmente sancionadora educativa, donde los educadores de la DGA (en Aragón) que son los ejecutores materiales de la ley penal del menor desarrollan una labor encomiable para la reeducación y resocialización del menor; y todo ello sin perjuicio de la importante utilización en las fiscalías de menores de los criterios de soluciones extrajudiciales que ofrece el Art. 19. Así por ejemplo en la Fiscalía Menores de Zaragoza, de las 1600 denuncias que se tramitan al año, el 50% es suelen resolver por acuerdo-reparación entre el menor infractor y la víctima o perjudicado, con aceptación imprescindible de ambas partes. Para más información de la ley penal del menor puede consultarse la última circular de la Fiscalía General del Estado en el ámbito de la Justicia de Menores: CIRCULAR 1/2007, de fecha 23 noviembre 2007, SOBRE CRITERIOS INTERPRETATIVOS TRAS LA REFORMA DE LA LEGISLACION PENAL DE MENORES DE 2006, www.fiscal.es/documentos/circulares/indice_cronologico/2006. A nivel doctrinal ya se ha escrito mucho, por ejemplo, LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES, DE URBANO CASTRILLO y DE LA ROSA CORTINA, editorial THOMSON ARANZADI, 2007; DERECHO PENAL JUVENIL, Carlos VAZQUEZ GONZALEZ y Maria Dolores SERRANO TÁRRAGA, 2ª edición, DYKINSON 2007; Carlos SANCHO CASAJUS, Universidad de Zaragoza en el Manual colectivo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza **EL NUEVO DERECHO PENAL JUVENIL** con la Ponencia "Singularidades del Procedimiento de la Ley Penal del Menor (LO 5/2000). Especial consideración del papel del Ministerio Fiscal", que ha sido publicado por la Revista Aragonesa de Administración Pública del año 2001, dirigido por el profesor titular de Derecho Penal Miguel Ángel BOLDOVA; DERECHO PENAL JUVENIL, HIGUERA GUIMERA, Bosch, Barcelona 2003.

¹⁵ Posteriormente haremos una referencia a esta problemática en Zaragoza de la actuación de la Fiscalía de Menores para concienciar a los padres (aragoneses, españoles y extranjeros) que residen en Zaragoza y provincia de las consecuencias penales, y en su caso, en el ámbito de protección de menores del IASS por no llevar a los menores al colegio o IES entre los 6-16 años (enseñanza obligatoria).

gen; Art. 12, Derecho a la información; Art. 13, Derecho a ser oído; Art. 14 Derecho a la libertad ideológica; Art. 15 Derecho de participación, asociación y reunión; Art. 16 Derecho a la libertad de expresión; y Art. 17 Derecho a la integración¹⁶.

LA LEY 6/2002, DE 15 ABRIL, DE SALUD DE ARAGON, donde en su Art. 14, regula el otorgamiento del consentimiento por sustitución, de tal manera que cuando los menores no se encuentren preparados, ni intelectualmente ni emocionalmente, para poder comprender el alcance de la intervención sobre su salud, el consentimiento debe darlo el representante del menor, después de haber escuchado, en todo caso, su opinión si es mayor de doce años. En el caso de menores emancipados y adolescentes mayores de dieciséis años, el menor dará personalmente su consentimiento¹⁷.

LEY 13/2006, de 27 diciembre, LA LEY DE DERECHO DE LA PERSONA¹⁸ (BOA 149, 30 diciembre) que entró en vigor el 23 abril 2007, donde en el ámbito de los derechos de la personalidad destacan una serie de artículos primordiales: Art. 4, Capacidad del menor, que establece que el menor que tiene suficiente juicio podrá por sí solo ejercer los derechos de la personalidad; Art. 9, Representación legal, donde los titulares de la autoridad familiar representan legalmente al menor de catorce años, salvo en los actos relativos a los derechos de la personalidad que se exceptúa la representación legal; Art. 17 Intromisión de terceros en los derechos de la personalidad donde se establece una serie de reglas imperativas para la intromisión en los derechos de la personalidad del menor de catorce años; Art. 20, Capacidad de los menores mayores de catorce años para celebrar por sí mismo pero no por sí solo ya que necesita la asistencia de su padre o de su madre o de cualquiera que ejerza la autoridad familiar (padrastró, madrastra, abuelos, hermanos mayores de edad, o en su defecto el tutor); Art. 21 Intromisión en los derechos de la personalidad de los menores mayores de 14 años, donde siempre depende de su exclusiva voluntad con las salvedades que establece.

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

La doctrina ha discutido (profesor De Castro, década de los años 1950) y sigue discutiendo (Bercovitz, Roge Videl, De Lama Aymá) que los derechos de la personalidad sean auténticos derechos subjetivos.

Así, se niega la categoría de derechos subjetivos a los derechos de la personalidad porque no cabe que la misma persona sea simultáneamente sujeto y objeto del derecho y todo lo más son meros bienes inmateriales merecedores de especial protección jurídica, por lo que sería una simple categoría de bienes sobre los que existe un derecho general de respeto.

La doctrina que podemos considerar absolutamente mayoritaria considera que los derechos de la personalidad son auténticos derechos subjetivos ya que “el sujeto del

¹⁶ Para un estudio detallado de esta importante ley aragonesa, es imprescindible la consulta del libro COMENTARIOS DE LA LEY 12/2001, DE 2 JULIO, DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA EN ARAGON, coordinador Gabriel GARCIA CANTERO, colección EL JUSTICIA DE ARAGON, Zaragoza, 2002, volumen 16.

¹⁷ Esta ley aragonesa en los ámbitos de consentimiento informado y consentimientos por sustitución, voluntades anticipadas, historias clínicas se anticipó a la ley estatal sobre estas materias de fecha 14 noviembre 2002, LEY 41/2002, BASICA REGULADORA DE LA AUTONOMIA DEL PACIENTE Y DE DERECHOS Y OBLIGACIONES EN MATERIA DE INFORMACION Y DOCUMENTACION CLINICA (BOE 274, 15 noviembre).

¹⁸ Es imprescindible la consulta del libro MANUAL DE DERECHO CIVIL ARAGONES, y para un estudio de esta ley, se hace necesario PARRA LUCÁN, M^a Ángeles (Coord.), DELGADO ECHEVARRIA, Jesús (dir.). Manual de Derecho Civil Aragonés, 2^a ed. Zaragoza. El Justicia de Aragón, 2007, II DERECHO DE LA PERSONA, paginas 115-277, con la colaboración de la profesora titular Aurora LOPEZ AZCONA.

derecho es el ser humano en su dimensión física y ética mientras que el objeto, recae sobre la manifestación de cada uno de los derechos de la persona sean físicos (derecho a la vida) o morales (derecho al honor). Así, los derechos de la personalidad están conectados con la persona de la que traen causa siendo verdaderos derechos subjetivos de carácter autónomo. Por lo que el derecho de la personalidad protege las cualidades, partes, bienes, intereses, atributos, que adquieren propia autonomía como consecuencia de la protección separada del ordenamiento jurídico”¹⁹.

En el mismo sentido el profesor MARTINEZ DE AGUIRRE, al considerar que los derechos de la personalidad tienen un evidente rango legal en la propia CE (artículos 15-18), en leyes específicas como LO 1/1982, de 5 mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en el Cc (Art. 162.1). También la jurisprudencia del TS lo ha reconocido en tal sentido; y por otra parte los derechos de la personalidad tienen un ámbito de poder lo mismo que cualquier derecho subjetivo, aunque este poder sea de un contenido fundamentalmente negativo ya que consiste en excluir la actuación (lesiva) de los demás en relación con el objeto protegido.

III.1. Menores de edad²⁰ y ley de derecho de la persona.

La cuestión que se plantea es que los derechos de la personalidad son auténticos derechos personalísimos que solo los puede ejercitar su titular, y los menores de edad como personas que son desde el nacimiento (Art. 29 Cc) también son titulares de los derechos de la personalidad y en tal sentido –como hemos visto anteriormente- lo reco-

¹⁹ BAÑEGIL ESPINOSA, Miguel Ángel, Los Derechos de la Personalidad, Instituciones de Derecho Privado, Tomo I, Volumen 2º. Thomson-Civitas, 2003, pag. 323. En el mismo sentido MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona, Pedro De Pablo Contreras, Miguel Ángel Pérez Álvarez y María Ángeles Parra Lucán, 3ª edición 2008. COLEX, pag 266-267.

²⁰ Agustín MACÍAS CASTILLO, Profesor Encargado de Cátedra de Derecho de la Información y Publicitario Universidad Pontificia de Salamanca, El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen. La Ley, 6913, 28 marzo 2008: “...leyes españolas no definen más que la situación de la mayor edad y, antes de ese momento, una menor edad en sentido estricto y la situación, cada vez más infrecuente, del menor emancipado, a estos efectos un término intermedio entre la mayor y la menor edad. Luego, las distintas fases o estadios durante los que transcurre la menor edad, a diferencia de lo que sucedía en el Derecho de Roma, no están jurídicamente bien delimitadas en nuestro ordenamiento jurídico. Sabemos que el menor puede ser titular de todo tipo de derechos y obligaciones pero, como quiera que no ha alcanzado aún la mayor edad, todavía no goza de la plena capacidad de obrar y, por ende, no es capaz de ejercitar por se, siempre y en todo caso, todos estos derechos y obligaciones.

Creo que es justo recalcar otra crítica antes de centrar cuál es la verdadera situación jurídica de los menores en nuestras normas de Derecho positivo. En la reciente legislación, por referirme a las normas de los últimos 25 ó 30 años en nuestro país, el menor viaja junto a un incómodo compañero de viaje: el incapaz. Son numerosas las leyes que sistemáticamente parecen equiparar a «los menores e incapaces», provocando quizás la confusión de una posible situación de paridad jurídica, cuando ésta no existe en la realidad. De hecho, la incapacidad al menos se gradúa en la sentencia que la declara, lo que posibilita acotar con mayor precisión el alcance con el que los incapaces pueden intervenir en el tráfico jurídico decidiendo en su esfera personal y en la patrimonial. El incapaz no tiene capacidad, o acaso tienen menos capacidad. El menor sí tiene capacidad, sólo que aún no puede desarrollarla plenamente. La situación jurídica de uno y otro es, por tanto, distinta. Precisamente, una de las mayores dificultades técnicas con las que el menor se encuentra reside en la extrema dificultad que supone graduar su capacidad (su *madurez*, dicen las normas) para realizar actos por sí mismos y sin el concurso necesario de sus progenitores; es decir, la tragedia jurídica es que las leyes no concretan con demasiada precisión en qué se diferencian a estos efectos un bebé de pecho de un joven de 17 años.

Así las cosas, éste sería el principio general que preside nuestra legislación, principio al que se suceden numerosas excepciones, unas por la vía de hecho y otras por la vía de derecho, ya que una cosa es que el menor no disfrute aún de la plena capacidad de obrar y, otra, bien distinta, que paulatinamente y según se aproxima a la mayor edad, vaya adquiriendo nuevas posibilidades de intervención autónoma e independiente en el tráfico jurídico, lo que va propiciando la existencia de distintas excepciones al principio general. En ese mismo orden de cosas, no está de más constatar que según la realidad social del tiempo que nos toca vivir (art. 3.1 CC), pues parece que los menores cada vez gozan de una mayor autonomía o madurez en la realización de numerosos actos cotidianos; tienen más libertad en general y nos resulta natural que realicen muchos actos de la vida por sí solos (compras, viajes o actividades deportivas más o menos peligrosas).

noce el Convenio de Derechos del niño de 1989, el Cc en su Art. 162.1, y la LEY DE DERECHO DE LA PERSONA (Art. 4.1.a y Art. 9).

Como muy bien dice la profesora DE LAMA AYMÁ²¹, la personalidad es un valor unitario en el ordenamiento jurídico por lo que, aceptar la titularidad de los derechos fundamentales pero negar su ejercicio, equivale a negar la existencia misma del derecho y convierte la tutela de la personalidad en una falacia. Negar la capacidad de obrar en el ámbito de los derechos de la personalidad cuando existe madurez suficiente para ejercerlos es un ataque directo a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad reconociéndose en el Art. 10.1 CE como valores superiores del ordenamiento por lo que de lo contrario puede ser inconstitucional. De ahí por lo tanto la vigencia de los artículos 162.1 Cc, del Art. 155 Código Familia catalán, y, sobretodo de nuestro Art. 4 de la LEY DE DERECHO DE LA PERSONA.

Lo que ocurre es que los menores de edad solo pueden ejercitar sus derechos de la personalidad en tanto en cuanto tengan capacidad suficiente (suficiente juicio, capacidad de discernimiento, capacidad de entender y querer, capacidad natural de autogobierno). Y en el Cc no se establece una edad concreta para poder determinar cuando un menor de edad tiene capacidad suficiente, por lo que habrá que analizar caso por caso para llegar a la conclusión cuando un menor de edad están en condiciones para ello. La edad de 12 años sería una edad de referencia dada la continua alusión a la misma que utiliza el Cc en diversos artículos, sobretodo en su Art. 154, que al estar en el mismo artículo que determina que la patria potestad se ejercerá de acuerdo con la personalidad del menor y con respeto a su integridad física y psicológica podemos concluir que esta edad de los 12 años es determinante para presumir que a partir de la misma puede el menor ejercitar sus derechos de la personalidad.

Lo mismo puede defenderse en Cataluña ya que el Art. 156 del Código de Familia (ley 9/1998, 15 julio) establece que para cualquier acto que implique alguna prestación personal de los hijos, se requiere su consentimiento si tiene doce años cumplidos o más, o si, teniendo menos de doce, tiene suficiente conocimiento.

En Aragón²² el tema aparece perfectamente resuelto por la existencia de los Art. 4.1.a, del Art. 9 y del Art. 31, donde se establece que los menores aragoneses de menos de 14

¿Cuáles son las excepciones a las que se refiere nuestra legislación?

Por la vía de hecho, no cabe duda que el menor participa e interviene habitualmente en el tráfico jurídico celebrando, por ejemplo, determinados contratos no muy complejos y económicamente de relativa onerosidad, compraventas de algunos muebles, algunos contratos de transporte y suministro, etc. Quedarían excluidos de este principio general aquellos menores que, dada su corta edad, carecen incluso de la capacidad natural. En cualquier caso, la doctrina tradicionalmente ha negado una pretendida incapacidad general del menor, siguiendo en este apartado la decisiva aportación del maestro DE CASTRO. Ésta, por lo demás, fue la clara tendencia de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que decididamente apuesta por promover la autonomía de los menores en la decisión de los actos que les afecte, especialmente sobre aquellos actos de contenido extrapatrimonial, con cierto olvido de las cuestiones que afectan a su esfera económica. En su art. 9, la LO 1/1996, establece un derecho general del menor a ser oído precisamente para proteger el desarrollo de su personalidad, de modo que aquellas personas que tengan que decidir por el menor cuando éste no cuenta con el suficiente juicio o capacidad, deben al menos considerar su criterio u opinión. Evidentemente, que el menor deba ser oído no significa que sea su voluntad la que impera, simplemente que habrá de ser considerada y por ello al menos conocida”.

²¹ DE LAMA AYMÁ, La Protección de los Derechos de la Personalidad del Menor de edad, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pag. 26.

²² EN LA INSTRUCCIÓN 2/2006, SOBRE EL FISCAL Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN DE LOS MENORES, puede leerse con relación al Cc: “El art. 3.1 LO 1/82 se remite a la legislación civil a los efectos de determinar qué deba entenderse por menor con condiciones de madurez suficiente. Pero el Código Civil no contiene un precepto específico que defina con carácter general cuándo debe considerarse maduro a un menor. Existen, eso sí, en el CC y en leyes especiales, preceptos en relación con materias concretas en los que se dota al

años que tengan suficiente juicio solo ellos ejercitan sus derechos de la personalidad; y que esta capacidad se presume a partir de los 14 años, salvo que mediare incapacitación.

Es decir que en nuestra Comunidad Autónoma, los menores aragoneses a partir de los catorce años están perfectamente capacitados para ejercitar los derechos de la personalidad, por sí mismos y por sí solos. Solo cuando los derechos de la personalidad de los menores sean agredidos se aplica los Artículos 17 y 21, que lo estudian con mucho detenimiento las dos coponentes.

EL INTERES DEL MENOR.

El concepto del interés del menor es un concepto fundamental para todo lo relacionado con cualquier clase de tema o ámbito que afecte a un menor de edad: administrativo, judicial, familiar, social.

De tal manera que aparece positivizado no solo a nivel internacional, sino también a nivel nacional y de la Comunidad Autónoma; es un concepto jurídico indeterminado que todo operador jurídico nunca debe olvidar y siempre debe aplicar.

Aparece mencionado de una manera expresa en las siguientes disposiciones que aquí nos interesan:

Convenio Internacional de Derechos del niño: Art. 3.1 “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones publicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del menor: Art. 2: “En la aplicación de la presente ley primara el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legitimo que pudiera concurrir”.

Ley 12/2001, de 2 julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón: Art. 4: “La interpretación de la presente ley, así como la de sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a la infancia y la adolescencia debe realizarse teniendo en cuenta el interés superior del menor y de conformidad con los tratados internacionales ratificados por el Estado español y, especialmente, de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 noviembre 1989”.

Y por último la Ley de Derecho de la Persona (ley 13/2006, de 27 diciembre): Art. 2.4: “Los guardadores legales ejercerán sus funciones siempre en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y madurez, a fin de dotarle de autonomía en la organización de su propia vida”²³.

²² menor (en unos casos al mayor de doce años, en otros al mayor de catorce y en otros al mayor de dieciséis) de autonomía para la realización de actos con trascendencia jurídica o se exige su audiencia. Los intentos de la doctrina científica para tratar de llegar a principios generales partiendo de las disposiciones específicas han sido múltiples pero infructuosos. La inexistencia de una *communis opinio* en la materia certifica el fracaso de estos intentos de precisar en abstracto y con carácter general la edad cronológica a partir de la cual puede un menor ser considerado maduro. Ello lleva a la necesidad de integrar este concepto jurídico indeterminado valorando todas las circunstancias concurrentes en cada caso, partiendo de que la capacidad general de los menores no emancipados es variable o flexible, en función de la edad, del desarrollo emocional, intelectual y volitivo del concreto menor y de la complejidad del acto de que se trate. En todo caso y como se analizará, la relevancia del consentimiento del menor ante intromisiones a través de medios de comunicación queda, tras la LO 1/1996, muy debilitada”.

²³ También aparece con profusión en el Cc, Art. 154, “la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad”. El Art. 176.1 habla del interés del adoptado. El Art. 172.4 dice que se buscará siempre el interés del menor. También el Código de Familia catalán en su Art. 133.1 establece que la potestad constituye una función inexcusable y ...se ejercerá siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad.

Por lo tanto los conceptos de interés del menor y el desarrollo de la personalidad del menor son metas y fines que toda familia o que todo guardador legal debe tener como función inexcusable cuando estamos hablando de la evolución de un menor; de tal manera que la familia deja de ser un fin en sí mismo para pasar a ser un medio para la consecución del libre desarrollo de la personalidad de cada uno de sus miembros; y primordialmente de los hijos o de los menores.

En tanto en cuanto los miembros de una familia se desarrollen sin complejos, la institución familiar se consolidará como instrumento adecuado para su supervivencia dentro de la sociedad.²⁴

La referencia al interés del menor ha sido criticado por algún sector de la doctrina civilística porque parece que da a entender que el interés del menor solo se contempla como un conjunto de derechos y sin ninguna obligación del menor. Como si a partir de los años 80 del siglo pasado todo girase en torno al menor, al hijo caprichoso, malcriado, donde se hubiera pasado del temor reverencial a los padres a la tiranía del niño al que se le deja hacer lo que le viene en gana para que su personalidad no se deforme²⁵.

Pero frente a esta concepción del interés del menor, que más bien parece una defensa del autoritarismo familiar, y principalmente paterno; hay que decir que el verdadero concepto del interés del menor radica en propugnar todo aquello que ayuda, contribuya al desarrollo de la personalidad del menor, que lógicamente incluye tanto derechos como deberes.

De tal manera que el PRINCIPIO DE INTERÉS DEL MENOR es un criterio para transmitir al menor que se deben respetar a los demás y a las normas; no como criterio para que haga lo que quiera. Así se debe entender el citado Art. 3 del Convenio de Derechos del Niño de 20 noviembre 1989 “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

También el *favor minoris* se resalta en la **Carta Europea de Derechos del Niño** (Resolución del Parlamento Europeo A 3-0172/1992 de 8 de julio), al declarar en su punto 8.14 que: *“toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses”*. Esta misma disposición, en su inciso final declara que en los procedimientos que afecten al menor *deberá ser parte obligatoriamente el Ministerio Fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguardia de los derechos del niño*.

Igualmente, el art. 11.2.a de la LO 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor establece que la supremacía del interés del menor será principio rector de la actuación de los poderes públicos y el art. 2 declara solemnemente que *en la aplicación de*

²⁴ Como destaca DE LAMA AYMÁ, La Protección de los Derechos de la Personalidad del Menor de edad, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pag 91: “El grupo familiar debe acoger a cada uno de sus miembros para protegerlo de ataques externos que perjudiquen el desarrollo de su personalidad y a su vez debe dejarle suficiente libertad para que la persona desarrolle su individualidad dentro del grupo....Ningún miembro de la familia debe sacrificar su personalidad, su individualidad, sus particularidades en aras de un pretendido interés familiar decidido unilateralmente por el pater familias. El concepto de familia constitucionalmente protegido es aquel en el cual cada uno de sus miembros puede ejercer libremente sus derechos fundamentales y su personalidad. Es un modelo de familia en el que no solo existe una protección del individuo sino que también se fomenta el libre desarrollo de la personalidad”.

²⁵ DE LA CAMARA ALVAREZ, Manuel, “la reforma del derecho de familia, 1980; GULLON BALLESTEROS, Antonio, en la Ley, 1996.

la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

La importancia de este principio, clave de bóveda en Derecho de Menores es también debidamente resaltada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (vid. SSTC 124/2002, de 20 de mayo, 221/2002, de 25 de noviembre, entre otras), del TS (vid. SSTS 1ª 415/2000, de 24 abril, 548/1998, de 11 junio entre otras) y del TEDH (vid. SSTEDH caso E. P. contra Italia de 16 de noviembre de 1999 y caso Bronza contra Italia de 9 de junio de 1998). El **ATC 28/2001, de 1 febrero** declara al respecto que el interés superior del menor se ha “elevado, en último término, en norma de orden público, y por consiguiente de insoslayable observancia en el Ordenamiento jurídico español”. Este principio se configura pues como un **verdadero principio general del Derecho**, operando como canon hermenéutico y como elemento integrador para suplir eventuales lagunas.

Este principio de interés del menor es fundamental también para el CORRECTO DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD DEL MENOR como se desprende del preámbulo de la Convención del Derecho del Niño de 20 noviembre 1989 afirma “*que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión*”; por lo que el interés del menor debe entenderse como el **correcto desarrollo de su personalidad**, “*en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad*” continua el referido preámbulo; por lo que al menor habrá que reconocerle su propia individualidad, pero siempre en una combinación armoniosa entre derechos y deberes.

Por todo ello DE LAMA AYMÁ, afirma que el contenido esencial del interés del menor consiste básicamente en proteger y garantizar sus derechos fundamentales como persona y fomentar el libre desarrollo de su personalidad.

En esta averiguación del interés del menor siempre será valorable para su determinación la **opinión del propio menor**, de ahí que la legislación establezca que a todo menor debe ser oído si tiene suficiente juicio y siempre a partir de los 12 años. En tal sentido es claro el Art. 3 de la Ley de Derecho de la Persona: “*Antes de adoptar cualquier decisión, resolución o medida que les afecte a su persona o bienes, se debe oír al menor siempre que tenga suficiente juicio y, en todo caso, si es mayor de doce años*”.²⁶

IV.1. Menores en Aragón en absentismo escolar.

El Art. 28 de la ley de la Infancia y Adolescencia en Aragón establece²⁷:

²⁶ En igual sentido el Art. 154 Cc “Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten”. Art. 159 Cc “El juez oirá ... a los hijos que tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”. También el Art. 12 del CDN y Art. 9 de la LO 1/1996.

²⁷ El Art. 13 DE LA LEY ESTATAL, LO 1/1996, 15 ENERO DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR también establece:

“Obligaciones de los ciudadanos y deber de reserva.-

1. Toda persona o autoridad y especialmente aquellos que por su profesión o función detecten una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise.

2. Cualquier persona o autoridad que tenga conocimiento de que un menor no está escolarizado o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación, durante el período obligatorio, deberá ponerlo en conocimiento de las autoridades públicas competentes, que adoptarán las medidas necesarias para su escolarización.

3. Las autoridades y las personas que por su profesión o función conozcan el caso actuarán con la debida reserva.

En las actuaciones se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor.”

Artículo 28.

Colaboración de los centros escolares

1. Los responsables de los centros escolares y el personal educativo de los mismos están obligados a colaborar con las familias y los servicios municipales y con las instituciones protectoras de menores para garantizar la escolarización obligatoria y combatir el absentismo escolar.

2. Están especialmente obligados a poner en conocimiento del organismo público competente de la Administración de la Comunidad Autónoma toda situación de absentismo escolar, así como aquellos hechos o indicadores que puedan suponer la existencia de una situación de riesgo o desamparo, y a colaborar con el mismo para evitar y resolver tales situaciones. En los casos en que las medidas de mediación consideradas oportunas fracasen y persista el absentismo escolar, la Administración de la Comunidad Autónoma lo comunicará al Ministerio Fiscal y a la autoridad judicial.

3. La Administración de la Comunidad Autónoma promoverá convenios de colaboración entre las distintas instituciones a los efectos de prevenir y erradicar el absentismo escolar y con el fin de facilitar la detección, derivación, prevención y tratamiento de las situaciones de riesgo y malos tratos.

4. Los centros educativos contarán con las instalaciones docentes y deportivas adecuadas para el desarrollo integral de los menores, con el fin de garantizar una educación en condiciones de seguridad y calidad.

En esta materia de Protección se debe destacar la colaboración de la Fiscalía con el Departamento de Educación de la DGA (Gobierno de Aragón) para citar a los padres de los menores que incumplen su deber de llevar a sus hijos al colegio en la educación obligatoria, dando lugar a la advertencia a dichos padres en una comparecencia con ellos y con los hijos y con representantes del Departamento de Educación, del IASS y del Ayuntamiento de Zaragoza, que de seguir en esta comportamiento omisivo, la Fiscalía Menores los denunciaría por un presunto delito de absentismo escolar del Art. 226 y 228 Cp.

Así cuando el citado Departamento de Educación de la DGA ha fracasado en sus citaciones y audiencias con los padres en el ámbito administrativo, citamos desde la Fiscalía Menores a estos padres y a los hijos, así como a los inspectores de Educación del Servicio de Absentismo Escolar, incoando nuestro expediente de protección y en la referida comparecencia con presencia del Fiscal les ponemos de relieve las ausencias injustificadas de sus hijos al colegio o Instituto. Si en un plazo marcado del mes siguiente el hijo sigue en absentismo escolar interponemos la denuncia anunciada. Una vez al mes aproximadamente en los meses diciembre hasta marzo realizamos estas comparecencias con unas 10 familias en cada ocasión.

El resultado puede considerarse satisfactorio, según nos informa la DGA, dada la transmisión boca a boca entre determinados colectivos españoles y extranjeros de las posibles consecuencias del absentismo escolar, sobretodo tras la reforma del referido Art. 226.1 Cp²⁸ por la LO 15/2003, que contempla como pena alternativa la prisión de 3 a 6 meses.

²⁸ Artículo 226 Cp. 1 El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.

2. El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.

Estadística absentismo año 2008:

Comparecencia de padres y menores en Fiscalía Menores: 98 padres.

DENUNCIAS Art. 227 y 228 CP: 41 denuncias

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN DE LOS MENORES.

Como dice la INSTRUCCIÓN FGE 2/2006 SOBRE EL FISCAL Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN DE LOS MENORES²⁹ “El respeto por los derechos de los menores ha de ser seña de identidad de nuestro sistema de convivencia. Si ya desde el Preámbulo la Constitución declara su voluntad de proteger a todos los españoles en el ejercicio de los derechos humanos, promover el progreso de la cultura y establecer una sociedad democrática avanzada, el Art. 10 de la Carta Magna coloca entre las bases del orden político la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, tan unido este último a la protección a la infancia.

Los arts. 12 y 39.2 y 3 CE contemplan la minoría de edad como una fase de la vida que se caracteriza por la insuficiencia en mayor o menor grado de medios para proporcionarse la persona a sí misma una protección íntegra en el disfrute de sus derechos, precisando por tanto el establecimiento de mecanismos de heteroprotección, en un primer nivel suministrados por los titulares de la patria potestad (art. 154 CC) o por sus sustitutos (tutores, guardadores) y en un segundo nivel, en defecto o por insuficiencia del anterior, por las instituciones públicas (en especial, Entidades Públicas de Protección de Menores y Ministerio Fiscal).

La condición del menor como persona en situación de especial vulnerabilidad tiene reflejo en la regulación de numerosas instituciones, en las que el ordenamiento trata de reforzar su protección. Esta idea-fuerza aparece con claridad cuando el Código Penal protege la intimidad, la libertad sexual o cuando la legislación civil protege la intimidad y la propia imagen de los menores: en estos casos se les tutela frente a los ataques actuales y simultáneamente se les protege para hacer factible el desarrollo de su personalidad y en definitiva, para que puedan ejercer con plenitud sus derechos en el futuro. La necesidad de velar por el desarrollo integral del menor, en tanto sujeto en tránsito hacia la plena madurez hace que el ordenamiento le otorgue una protección de especial intensidad.

El principio rector que anima la presente Instrucción es promover el respeto al honor, la intimidad y la imagen de los menores. Debe, no obstante, reconocerse que ni las vigorosas normas internacionales, estatales y autonómicas ya promulgadas, ni la supervisión de las Administraciones públicas, ni la decidida intervención del Ministerio Fiscal pueden garantizar un pleno y riguroso respeto a los derechos de los menores si no van acompañadas de una auténtica concienciación social que asuma la necesidad de una escrupulosa tutela frente a las intromisiones que puedan llegar a poner en riesgo o perturbar su proceso de maduración. Representantes legales, medios de comunicación, poderes públicos y sociedad en general, deben cada uno en su ámbito funcional consti-

²⁹ INSTRUCCIÓN FGE 2/2006, 15 marzo 2006, SOBRE EL FISCAL Y LA PROTECCION DEL DERECHO AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN DE LOS MENORES. www.fiscal.es/documentos/circulares/indice_cronologico/2006.

tuirse en garantes de los derechos de los menores. Los profesionales y los medios de comunicación debieran sin reservas asumir ese principio deontológico.

Si las funciones que la Constitución atribuye al Fiscal son todas de un profundo calado ético, las más sensibles, necesarias y de inexcusable observancia son las relacionadas con los menores, toda vez que éstos, por propia definición, necesitan de otros para obtener amparo. El Ministerio Fiscal debe decididamente asumir el papel protagonista que nuestro ordenamiento expresamente le ha querido atribuir como defensor de la esfera de la privacidad de los menores”.

V.1 Concepto de menor.

De conformidad con lo dispuesto tanto en el art. 1 de la Convención de Derechos del Niño como en el art. 1 de la LO 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, puede afirmarse a los efectos abordados que son menores las personas de menos de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad³⁰.

* * * * *

Aunque en principio la ley nacional del menor de 18 años puede atribuirle la plena capacidad por debajo de dicha edad, habrá de partirse conforme a las previsiones de la Circular FGE 3/2001, de 21 de diciembre y de la Instrucción FGE 6/2004, de 26 de noviembre, de que se puede establecer con carácter general la presunción *iuris tantum* de que es menor todo extranjero que no haya cumplido aún los dieciocho años³¹.

Respecto de los criterios para la determinación de la edad de los menores extranjeros indocumentados, habrá de estarse a las pautas introducidas por la Instrucción 2/2001, de 28 de junio.

Por consiguiente, como regla general se habrá de promover las acciones en defensa de los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español sin distinciones por razón de nacionalidad.

No obstante, en el caso de menores formalmente emancipados, el artículo 323 CC establece que están habilitados para registrar su persona y bienes como si fueran mayores de edad, introduciendo una serie de excepciones a su capacidad, -entre las que no se encuentra la disposición sobre su derecho al honor, intimidad y propia imagen- que, además, han de interpretarse restrictivamente. Las mismas consideraciones merecen los menores que hayan obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad (art. 321 CC).

Estos menores, a efectos civiles, con carácter general, habrán de ser considerados como asimilados a los mayores de edad, pudiendo ejercitar por sí los derechos al honor,

³⁰ En Aragón ocurre algo semejante a tenor del Art. 2 de la ley 12/2001, de 2 julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón: “La presente ley es de aplicación a todos los menores de dieciocho años que residan en o se encuentren transitoriamente en Aragón, independientemente de su situación legal en virtud de la legislación civil aplicable”.

³¹ En definitiva todo menor español o extranjero menor de 18 años se considera menor a estos efectos; es decir hay una presunción que aunque teóricamente funcione como *iuris tantum*, en la práctica se convierte en *iuris et de iure*, que no admite prueba en contrario. A este respecto se puede traer a colación la opinión de la profesora de derecho civil AUORRA LOPEZ AZCONA (Actas del Foro de Derecho Aragonés, decimoséptimos encuentros, 2007, páginas 189-198) donde se dice que la edad a tener en cuenta para los MENAS como menores de edad será la de 18 años como regulación más beneficiosa para ellos por aplicación del Art. 41 de la Convención de Derechos del Niño; del “efecto directo” de las Directivas del Consejo de la Unión Europea 2001/55 (Art. 2.h), 2003/9 (Art. 2.f) y 2003 /86 (Art. 2.f), aunque no hayan sido transpuestas al derecho interno español; y del Art. 17.1 de la ley Orgánica de Extranjería que habla del derecho del extranjero residente a reagrupar con el en España a sus hijos “siempre que sean menores de dieciocho años” (letra b).

intimidad y propia imagen y prestar los consentimientos previstos en el art. 3 LO 1/1982.

Distinto debe ser el abordaje del menor emancipado por vida independiente. Conforme al art. 319 CC se presume la emancipación del menor que a los 16 años viviere independiente de sus padres con el consentimiento de éstos. Sin embargo, en estos supuestos de emancipación tácita, los padres pueden revocar tal consentimiento, por lo que no puede decirse que produzcan el efecto extintivo de la patria potestad. *A fortiori*, un inadecuado ejercicio de los derechos de la personalidad por parte de estos menores podría poner precisamente de relieve que los mismos no estaban debidamente preparados para vivir independientemente de sus padres, por lo que no deben quedar en esta materia exentos *a priori* de las intervenciones tuitivas del Ministerio Fiscal.

EN ARAGÓN, habrá que tener en cuenta, como se ha dicho supra, que el menor mayor de 14 años, casado, no solo es emancipado, sino que es mayor de edad a todos los efectos jurídicos, por lo que por lo que es capaz para todos los actos de la vida civil, a tenor del Art. 1 de la LEY DE DERECHO DE LA PERSONA³². Y también habrá que tener en cuenta que la emancipación se consigue a partir de los catorce años (artículos 27-30 LEY DE DERECHO DE LA PERSONA)³³.

³² **Artículo 1.**

Mayoría de edad

1. Es mayor de edad:

- a) El que ha cumplido los dieciocho años.
- b) El que ha contraído matrimonio.

2. El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por la ley.

3. La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará la mayoría de edad adquirida por el contrayente o contrayentes de buena fe.

³³ **Artículo 27.**

Emancipación por concesión

1. La emancipación por concesión de quienes ejerzan la autoridad familiar requiere que **el menor tenga catorce años cumplidos y que la consienta**. Esta emancipación se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro Civil.

2. El Juez podrá conceder la emancipación al menor mayor de catorce años si este la pide y previa audiencia de quienes ejerzan la autoridad familiar o la tutela:

- a) Cuando quien ejerce la autoridad familiar contraiga nupcias o conviva maritalmente con persona que no sea también titular de la autoridad familiar sobre el menor.
- b) Cuando quienes ejercen la autoridad familiar vivan separados.
- c) Cuando concurra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la autoridad familiar.
- d) Cuando el menor esté sujeto a tutela.

3. Concedida la emancipación no podrá ser revocada.

Artículo 28.

Inscripción

La concesión de emancipación habrá de inscribirse en el Registro Civil, no produciendo entre tanto efectos contra terceros.

Artículo 29.

Emancipación por vida independiente

El menor mayor de catorce años que, con beneplácito de quienes ejerzan la autoridad familiar o la tutela, o mediando justa causa, viva con independencia económica de ellos, será reputado para todos los efectos como emancipado. Quienes dieron este beneplácito podrán revocarlo.

Artículo 30.

Efectos de la emancipación

1. La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero necesitará la asistencia que previene el artículo 20 y, en su defecto, la de su curador para:

- a) Realizar los actos enumerados en el artículo 12.
- b) Repudiar atribuciones gratuitas.
- c) Aceptar el cargo de administrador en sociedades de cualquier clase.

2. El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio.

VI.2 Determinación de la edad de los menas (menores extranjeros indocumentados)³⁴.

Toda esta materia viene regulada en la legislación de extranjería (Art. 35 de la ley y Art. 92 del Reglamento), donde se establece que el responsable último de determinar la mayor o menor edad del extranjero en la legislación vigente es el Ministerio Fiscal.

Art. 35 de la ley de Extranjería

Artículo 35. *Residencia de menores.*

1. **En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo en lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.**

2. **Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores.**

Art. 92 Real Decreto 2393/2004, de 30 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la ley de Extranjería

Artículo 92. *Menores extranjeros en situación de desamparo.*

1. **En los supuestos en que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tengan conocimiento de o localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, informará a los Servicios de Protección de Menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias.**

2. **Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los Servicios competentes de Protección de Menores.**

En la citada Instrucción FGE 2/2001³⁵, de 28 de junio de 2001, ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN DEL ACTUAL ART. 35 DE LA L.O. 4/2000, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL, puede leerse:

<<.....El **art. 35 de la L.O. 4/2000** se aplicará por tanto en aquellos casos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen, por motivos diversos de la imputación de la comisión de una infracción penal, **a un extranjero indocumentado cuya menor edad no pueda determinarse con seguridad, y ello con la única finalidad de que no pueda incoarse en ningún caso un expediente sancionador**, por cualquiera de los motivos previstos en la legislación de extranjería y en particular aquéllos que pueden dar lugar a la sanción de expulsión o la medida cautelar de internamiento, contra alguien respecto del cual no se haya establecido previamente y con las debidas garantías que es mayor de edad,

³⁴ Vid, LOPEZ AZCONA, Aurora, LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS, Foro de Derecho Aragonés, decimoséptimos encuentros, páginas 185 y siguientes.

³⁵ www.fiscal.es/documentos/circulares/indice_cronologico/2001.

así como para en caso contrario, de establecerse su minoría de edad, poder proporcionarle las medidas de protección y asistencia previstas en la ley española para cualquier menor residente en nuestro territorio, sea español o extranjero (**art. 1 de la L.O. 1/1996**).

Por otra parte, la conducción del menor al centro sanitario y la permanencia en el mismo en tanto no haya sido determinada su edad es **una situación de privación de libertad**, análoga a la contemplada en el **art. 20.2 de la L.O. 1/1992**, de Protección de la seguridad Ciudadana. Son aplicables por tanto a esta situación las garantías constitucionales del **art. 17** de la Constitución, en los términos en su día expresados por las SSTC **341/93, de 18 de noviembre**, y **86/96, de 21 de mayo**. Concretamente, el indocumentado deberá ser informado de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de las razones de su situación de privación de libertad y de sus derechos. Entre éstos figura básicamente el que dicha situación «no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario». No es precisa, por el contrario, la asistencia de abogado, pese a tratarse de una diligencia policial, ya que tal asistencia sólo es obligada en los términos establecidos en las leyes, y el **art. 520.2.c) LECr** limita esta garantía a las diligencias de declaración y los reconocimientos de identidad de que vaya a ser objeto el detenido, sin que obviamente el presente caso sea incardinable en ninguno de ambos supuestos.

El hecho de que esta situación de privación de libertad no pueda durar más tiempo del estrictamente necesario exige un esfuerzo de coordinación entre todos los agentes que intervienen en el procedimiento, de manera que se reduzcan al mínimo posible los «tiempos muertos» a que podría dar lugar un defectuoso sistema de comunicaciones entre ellos, o una limitación de su disponibilidad para atender inmediatamente este tipo de incidencias.

En primer lugar, hay que evitar que el presunto menor, una vez localizado por la policía, sea trasladado con cierto automatismo a un centro de internamiento de menores. Ello sólo será preciso, conforme al espíritu y letra de la ley, en aquellos supuestos excepcionales en que precise una atención inmediata que sólo le pueda ser prestada en un centro de esa naturaleza. En la mayor parte de los supuestos, por el contrario, o bien no necesitarán dicha atención o les podrá ser proporcionada por los propios agentes policiales, quienes inmediatamente deberán poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal. **En caso contrario, el traslado indiscriminado a un centro de menores tutelados de quienes afirman ser menores de edad, aunque sólo sea para pernocar durante una noche, puede ocasionar graves trastornos en el régimen y desarrollo de las actividades del centro, con el consiguiente perjuicio para los restantes internos, sobre todo si se tiene en cuenta que con frecuencia las pruebas médicas pueden determinar a posteriori que los sedicentes menores superan con creces los dieciocho años.**

Aunque la Ley no indica cómo se ha de llevar a cabo la puesta en **conocimiento del Ministerio Fiscal**, lo que sí se puede afirmar sin ningún género de dudas es que «puesta en conocimiento» no es lo mismo que «puesta a disposición», y **que no es preciso, por tanto, que los agentes policiales trasladen materialmente al presunto menor a las dependencias de Fiscalía**, lo cual únicamente serviría para retardar innecesariamente el normal desarrollo de los trámites previstos en la Ley. Por el mismo motivo, tampoco será preciso que la puesta en conocimiento tenga lugar mediante la presentación formal del correspondiente atestado en la sede de la Fiscalía, sino que será suficiente cualquier forma de comunicación que pueda dejar constancia del hecho, **es decir, la comunicación por fax**, por correo electrónico, o incluso por teléfono, sin perjuicio de presentar o enviar más adelante a la Fiscalía la documentación pertinente.

Es necesario abordar seguidamente cómo se han de llevar a cabo las comunicaciones desde la Fiscalía a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, para disponer que se proceda a determinar la edad del extranjero indocumentado. Es importante para ello destacar que la Ley emplea un término imperativo («dispondrá»); es decir, comunicado al Fiscal el supuesto de hecho que contempla la norma, no le cabe otra opción que la de disponer que se proceda a la determinación de la edad. No tendría sentido, por tanto, que en el ejercicio de una competencia que la Ley regula con carácter imperativo, se produjesen disfuncionalidades derivadas exclusivamente de la falta de coordinación a la hora de transmitirse las oportunas comunicaciones entre los diversos sujetos que intervienen en el procedimiento. En consecuencia, corresponderá a los Sres. Fiscales Jefes, atendida la disponibilidad efectiva de medios personales y materiales, así como la concreta modalidad en que se preste el servicio de guardia en cada Fiscalía, determinar de qué modo se van a realizar las mencionadas comunicaciones y, más concretamente, qué órdenes resultará procedente transmitir a los máximos responsables en el respectivo ámbito provincial de las Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, para que, localizado un extranjero indocumentado que afirme ser menor, se pueda proceder inmediatamente a la determinación de su edad sin que la preceptiva comunicación al Fiscal y la orden de éste conlleven la más mínima e innecesaria dilación.

También deberán los Sres. Fiscales cerciorarse de que, como dice la Ley, **las instituciones sanitarias colaborarán en el procedimiento, realizando con carácter prioritario las pruebas necesarias para determinar la edad del extranjero indocumentado. No dice la Ley, sin embargo, cuáles hayan de ser estas instituciones sanitarias, sino que menciona «las instituciones sanitarias oportunas».** Esto ofrece un amplio y considerable margen de actuación, que permite en cada lugar acudir, para la práctica de las pruebas de determinación de la edad (generalmente, pruebas radiológicas), al centro médico que se considere más idóneo para realizarlas de manera inmediata y en condiciones de plena fiabilidad. Ello aconseja que, en la medida de lo posible, se procure recabar la colaboración de centros sanitarios que dispongan de un servicio de urgencias radiológicas operativo durante las veinticuatro horas del día.

Todo lo anterior conducirá a que por parte de todos los agentes implicados en el procedimiento (Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, Ministerio Fiscal e instituciones sanitarias) se desarrollen los necesarios protocolos de actuación encaminados a garantizar una absoluta coordinación entre ellos, que permita determinar con la mayor celeridad posible la edad del extranjero indocumentado.

Dado que las pruebas médicas no suelen ofrecer nunca una edad exacta, sino que siempre fijan una horquilla más o menos amplia entre cuyos extremos se puede cifrar que se sitúa con un escasísimo margen de error la verdadera edad del sujeto, habrá que presumir, a falta de otros datos y a efectos de determinar si éste es mayor o menor, que su edad es la establecida como límite inferior de dicha horquilla.

Por último, también es preciso, para cumplir con lo establecido en el **apartado 2 del art. 35** de la Ley, que por parte de los Sres. Fiscales Jefes se den las instrucciones oportunas para que, **una vez determinada la edad y siempre que el indocumentado resulte ser menor o quepa la más mínima duda de que pueda serlo, sea puesto sin dilación a disposición de los servicios competentes de protección de menores.** A este efecto, es necesario que la entidad pública haya comunicado, y los agentes policiales conozcan previamente, cuál o cuáles son los centros de internamiento más cercanos adonde deben

ser trasladados a los extranjeros indocumentados una vez acreditada su condición de menores de edad>>.

Así, en la Fiscalía Menores de Zaragoza actuamos de la siguiente manera:

Cuando las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad Estado localicen a un menor extranjero no acompañado e indocumentado **procederán de inmediato a determinar su edad trasladándolo, a cualquier hora del día o de la noche, al Hospital Clínico, sección de Radiología, el cual tiene la obligación legal de colaborar para determinar la edad del extranjero.**

Si el extranjero resulta ser mayor de 18 años será puesto a disposición de la Brigada de Extranjería.

Si el extranjero es **menor de 18 años**, será llevado al COA³⁶, sito en el Paseo del Canal.

La entrega del menor al COA debe ser puesta en conocimiento de la **Fiscalía Menores por vía Fax (976223386)**: se remitirá por dicho FAX el documento del hospital que acredite la edad inferior a los 18 años y la entrega al repetido COA. Al día siguiente se remiten los originales vía correo ordinario o entrega en mano en la Fiscalía Menores.

POR LO TANTO EN NINGÚN CASO SE ENTREGARA AL COA UN MENOR EXTRANJERO INDOCUMENTADO SIN ANTES HABER DETERMINADO LA EDAD EN EL SERVICIO DE RADIOLOGÍA DEL HOSPITAL CLINICO DE ZARAGOZA.

Lógicamente la determinación de la edad en el citado Hospital Clínico solo será obligatoria cuando haya duda de que pueda ser mayor o menor de los 18 años. Si es notorio que es menor de los 18 años será llevado al COA sin necesidad de hacer la prueba radiológica de la edad.

VI.3 Concepto de honor, intimidad e imagen.

VI.3.1. Honor.

Sobre el derecho al honor existe una reiterada doctrina jurisprudencial acerca de cuándo queda afectado el honor de las personas por la plasmación de su identidad en

³⁶ El COA es un centro de protección de menores del IASS que aparece regulado en el Art. 68 de la ley 12/2001, de 2 julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón, que podríamos considerar como centros de carácter urgente donde son ingresados los menores en situación de desprotección (Art. 12 LO 1/1996, 15 mayo, de Protección Jurídica del Menor) por un plazo máximo de dos meses hasta que el IASS, a través del Servicio de Protección de Menores (que en Zaragoza se ubica en calle Supervía 27), determina lo más conveniente para el menor: reintegración familiar, guarda administrativa, tutela ex lege, acogimientos familiar y residencial. En la actualidad (marzo 2009) este Centro del COA está situado en el Paseo del Canal s/n de Zaragoza capital.

Artículo 68 ley 12/2001.

Centro de observación y acogida

1. Es el centro de protección destinado a la acogida y observación del menor, **mientras se realiza el estudio de su situación** y de las medidas más adecuadas para su protección. La estancia de un menor en un centro de observación y acogida **no será superior a dos meses.**

2. En ningún caso podrán actuar como centros de observación y acogida los centros concertados ni los centros de las instituciones colaboradoras de integración familiar.

3. Se respetará el derecho a la educación de los menores residentes en los centros de observación y acogida, permitiendo la continuidad de su formación en el centro educativo al que asistieran hasta el momento de ser internados o en otros similares. En los casos en que las circunstancias del menor aconsejaren la no asistencia a un centro educativo, se establecerá la coordinación necesaria con el centro educativo de procedencia, de forma que el menor pueda mantener el proceso educativo en igualdad de condiciones con sus compañeros de curso.

medios de expresión pública que permita a terceros tener acceso a información privada de otras personas.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2006 recuerda que *el derecho al honor es un concepto esencialmente relativo que deriva directamente o más bien es expresión del concepto de dignidad de la persona, ambos protegidos constitucionalmente (artículos 18.1 y 10.1, respectivamente, de la Constitución Española); se ha definido así, como la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona; de lo que se desprende el doble aspecto externo e interno o trascendencia e inmanencia*³⁷. Ahora bien, cuanto el Tribunal Supremo ha resuelto cuestiones que le han llegado sobre esta cuestión ha exigido que la protección al derecho al honor venga determinada por otros conceptos, a saber:

1. Si se trata de *información de hechos*, sea *inveraz* y si se trata de *expresión de opiniones* no contenga epítetos injuriosos o descalificadores.
2. Que no medie consentimiento directo o indirecto del interesado.
3. La *delimitación por la ley, por los usos sociales, por decisión de la autoridad de acuerdo con las leyes o por predominar un interés histórico, científico o cultural relevante*.

Así cuando se habla de derecho al honor se está hablando, también, del concepto legal de la *intromisión ilegítima* que viene determinado por la concurrencia de los presupuestos esenciales, que parten de la imputación de hechos o manifestación de juicios de valor (que anteriormente se añadía la divulgación) hasta llegar a la lesión de la dignidad de la persona.

Por último, el TS añade un importante dato, cual es que a todo lo anterior hay que añadir una característica; a saber: no se precisa en la persona que ataca (la que comete la intromisión ilegítima) el derecho al honor, la intención —dolo o culpa— de dañar tal derecho; se trata de una responsabilidad objetiva: cuando se da la intromisión ilegítima, se presume *iuris et de iure* (artículo 9.3 de la Ley Orgánica, de 5 de mayo de 1982) el perjuicio, al que corresponde la indemnización por el daño moral. Así, la jurisprudencia ha mantenido que si se produce un ataque al honor, no es preciso dolo o culpa en el atacante, desde las sentencias de 30 de marzo de 1988 y 16 de diciembre de 1988 hasta la de 4 de febrero de 1993 que dice, literalmente: «... *el hecho de que el informador careciese de propósito difamatorio, al no ser precisa la existencia de una específica intención de dañar o menospreciar*»³⁸.

³⁷ Es lo que se denomina LA TESIS INTERMEDIA del derecho al honor, que trata de armonizar la tesis fáctica del derecho al honor con la teoría normativista. LA TESIS FACTICA que predominó en la década de los años 80 del siglo pasado distinguía una vertiente objetiva del honor que sería el resultado de la valoración que los demás hacen de uno mismo y una vertiente subjetiva que consistiría en la valoración que cada sujeto hace de sus propias cualidades; esta tesis ha sido criticada porque deja a cada individuo lo que sea el derecho al honor y por otro lado la valoración social puede ser inmerecidamente buena o inmerecidamente mala con el riesgo de que llegara a desaparecer el honor de una persona en la estima social por sus acciones negativas como los violadores o asesinos o cuando por ausencia de capacidad natural del sujeto fuese incapaz de tener conciencia de su propia dignidad; lo cual sería contrario a la dignidad de la persona del Art. 10.1 CE y al derecho a la igualdad del Art. 14 CE. LA TEORIA NORMATIVISTA reacciona contra la tesis fáctica y configura el derecho al honor como sinónimo de dignidad, como el derecho a ser respetado por los demás; esta teoría también tiene sus inconvenientes ya que implica un concepto altamente abstracto y además objetiviza el concepto de honor estableciendo una protección igualitaria de toda persona pero a costa de obviar lo evidente ya que toda persona no es igual de respetable en su apreciación social debido a su comportamiento en la sociedad, ya que la protección del derecho al honor (lo mismo que el derecho a la imagen o a la intimidad) viene también determinada por la ley, los usos sociales y por los actos propios de cada individuo, a tenor del Art. 2.1 de la ley orgánica 1/1982. Vid DEL LAMA AYMÁ, La protección de los Derechos de la Personalidad del Menor de edad, Tirant lo Blanc, Valencia 2006, pag. 229-232.

³⁸ Vid, Vicente MAGRO SERVET, Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2008, La Ley, Nº 7031, 10 Oct. 2008.

En el ámbito de los menores de edad se plantea si es posible que los representantes legales (padres, tutor, otras personas con autoridad familiar) dispongan del derecho al honor del menor de edad y si el menor de edad puede prestar por si mismo su consentimiento a las intromisiones en su honor.

La profesora DE LAMA AYMÁ³⁹, en opinión que se comparte, rechaza que los padres del menor y el propio menor maduro puedan disponer de su honor. Con relación a los padres o titulares de la autoridad familiar (y lo mismo el tutor), estos deben actuar siempre en interés del hijo y de acuerdo con su personalidad (Art. 154 Cc, Art. 269 Cc) por lo que la disposición del derecho al honor del menor es contraria a los principios que rigen la patria potestad (o la autoridad familiar en Aragón) y la tutela como es la búsqueda del beneficio del menor y el respeto al libre desarrollo de su personalidad, en definitiva el interés del menor. “Educar al menor en la creencia que consentir intromisiones en el propio honor forma parte de una normalidad que debe aceptar puede llevar al menor a no adquirir conciencia de su propia dignidad y, por lo tanto, a tener una baja autoestima. Por ello, consentir intromisiones en el honor del menor supone un menoscabo del libre desarrollo de la personalidad del menor que crecerá en la creencia de que debe soportar con resignación ataques en su dignidad al margen del perjuicio de otros derechos”. De ahí la importancia de cumplir con la garantía que a priori significa el Art. 3.2 de la ley orgánica 1/1982; y a posteriori con la aplicación del Art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996. Por lo que el Ministerio Fiscal siempre tiene que reaccionar contra la disposición del derecho al honor que los padres del menor quieran realizar.

De ahí que sea criticable la STS 10 noviembre 2000, Granados Pérez⁴⁰, que determinó que solo es delito de mendicidad del Art. 232 Cp cuando los padres consienten que el

³⁹ DEL LAMA AYMÁ, La protección de los Derechos de la Personalidad del Menor de edad, Tirant lo Blanc, Valencia 2006, pag. 236-256.

⁴⁰ STS 10 NOVIEMBRE 2000, GRANADOS PEREZ: “La decisión de este recurso exige clarificar el alcance de la conducta típica consistente en utilizar a menores o incapaces para la práctica de la mendicidad. Dos posiciones pueden ser mantenidas. Aquella que sostiene el Tribunal de instancia de que se cumple el tipo no solo cuando se pide la limosna a través de los menores o incapaces sino también cuando la presencia de los menores es utilizada para provocar la generosidad de los demás. Otra, por el contrario, contrae la tipicidad a aquellos supuestos en los que son los menores o incapaces los que solicitan la limosna, aunque sea de modo encubierto.

Lo cierto es que la **dignidad de los menores o incapaces** resulta esencialmente perjudicada cuando son instrumentalizados y se les dedica a la recaudación de dinero, mendigando, en beneficio de los mayores que se aprovechan con su explotación. Ello justifica la intervención del Derecho Penal a través de la figura de mendicidad de menores que examinamos. Otra interpretación del tipo básico, previsto en el ap. 1.º del art. 232 del CP, no resultaría acorde desde un punto de vista gramatical —nada se dice de que sea típica la conducta de aquellas personas que se hagan acompañar de menores para practicar la mendicidad como ocurría en el ap. 10 del art. 584 del CP antes de la reforma operada por la LO 3/1989, de 21 Jun.—; histórico —los antecedentes legislativos antes mencionados no apoyan esa interpretación, especialmente cuando la Exposición de Motivos de la LO 3/1989 se refiere expresamente a «destinar a menores de dieciséis años a la práctica de la mendicidad»—; lógico ni sistemático —dado el bien jurídico que se pretende tutelar— **Es más, se resistirían los principios de legalidad y mínima intervención que caracterizan al derecho penal y acarrearían efectos crimílogenos en perjuicio de los propios menores o incapaces a cuya protección se orienta la conducta típica.**

Lo que se acaba de exponer en modo alguno significa indiferencia ante situaciones que, aunque no típicas, representan un riesgo para la salud, la dignidad o cualquier otro derecho o interés en favor de menores o incapaces.

El Ministerio Fiscal (apartado séptimo del art. 3.º de su Estatuto) y las autoridades estatales y autonómicas así como los organismos e instituciones de protección de menores deberán ejercer sus competencias, atribuciones y deberes en beneficio de menores e incapaces, como se dispone en la LO 1/1996, de 15 Ene., de Protección Jurídica del Menor, arts. 172 y ss. del CC, y en las Leyes aprobadas por los parlamentos de las Comunidades Autónomas en defensa y protección de la infancia, adolescencia y en general de los menores e incapaces, especialmente cuando se produce una situación de desamparo o de riesgo para su salud.

En consecuencia, aunque la conducta objeto de enjuiciamiento no sea típica, el Tribunal de instancia deberá adoptar los acuerdos que estime oportunos a los efectos de que el Ministerio Fiscal, autoridad, organismo o institución estatal o autonómico competente ejercite las medidas de protección que se consideren adecuadas respecto a los menores mencionados en la sentencia”.

menor pida limosna por sí mismo porque tiene autonomía y capacidad de deambulación; y que en cambio no es delito cuando el menor es un recién nacido o no tiene autonomía para pedir la limosna por sí mismo y se encuentra en brazos de sus padres mientras realizan actos de caridad. Este criterio está planteando más problemas que soluciones, ya que la derivación de estos casos solo a protección -como sugiere dicha sentencia- y archivo de las Diligencias Previas (o ni siquiera se denuncia ya por la Policía) porque los Servicios de Protección no están actuando con la excusa de que las familias no suelen acudir a los Servicios Sociales y son reacias a dejar a los menores en centros de protección o que alguna trabajadora social les oriente, porque piensan que van a perder a sus hijos y bajo ningún concepto están por ello.

Por otra parte los propios Servicios Sociales (IASS en Aragón) a veces consideran que detrás de estos hechos pueden haber grupo de personas o familias que están explotando fraudulentamente la mendicidad, a través de pequeñas mafias, por lo que la solución desde el ámbito de protección tampoco resulta adecuada.

En definitiva que los Servicios Sociales de las CCAA se muestran impotentes y/o pasivas para hacer frente a estos problemas sociales.

Por todo ello, habría que reformar el Art. 232 Cp para incriminar cualquier forma de mendicidad, desde la utilización o préstamo de menores de edad hasta la simple llevanza de recién nacidos o menores dormidos para buscar la caridad ajena y conseguir así que los viandantes dejen dinero a los mayores de edad que se sirven de esos menores, atentando gravemente contra la dignidad de los menores como personas.

E incluso una condena penal por estos hechos solo llevaría la suspensión de la ejecución de la pena en tanto en cuanto esas personas mayores permitiesen que los Servicios de Menores de las CCAA estudiasen la posible situación de riesgo social del menor o causas de desamparo, todo ello con la clara finalidad de proteger al máximo el interés del menor (artículos 17-19 LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor).

Hay que destacar que *la huida hacia el Derecho Penal* no necesariamente es mala o poco democrática, ya que hay muestras en el Cp del fracaso de otros ordenamientos jurídicos que ha acarreado la tipificación de hechos que antes no eran delito (por ejemplo Art. 227; delitos de urbanismo). Es decir que una buena aplicación del Cp (penas de prisión suspendidas en tanto en cuanto facilite la solución a sus problemas sociales) y una mejor colaboración con las instituciones administrativas por parte de los juzgados y Fiscalía de Menores puede ser la solución para estos problemas en que los más perjudicados son los menores y su futuro material y moral, su honor en definitiva.

Con relación al consentimiento que el propio menor maduro puede realizar para disponer de su derecho al honor también se rechaza esta posibilidad ya que aunque el Art. 3.1 de la ley orgánica 1/1982 establece que el consentimiento de los menores o incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten de acuerdo con la legislación civil, ello debe ponerse en armonía con el Art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 que es una ley posterior, más específica y de igual rango que la ley anterior. Por lo tanto aunque el menor tenga capacidad para disponer del derecho al honor como derecho de la personalidad que es, ello debe rechazarse a tenor de ese artículo 4.3 porque parece evidente que contradice de una manera flagrante su propio desarrollo personal, su propio interés como persona, su propia dignidad como ser humano en formación que como tal forma parte del núcleo duro del derecho al honor que esta protegido por el Art. 10.1 CE y en el ámbito de los menores por el Art. 39.2 CE "Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos ..."

En Aragón, aunque el Art. 4.1.a de la LEY DE DERECHO DE LA PERSONA establece que el menor que tenga suficiente juicio podrá por sí solo ejercer los derechos de la personalidad; y del Art. 9.2 que precisa que se exceptúa de la representación legal los actos relativos a derechos de la personalidad; y del Art. 31 que precisa que la capacidad de los menores mayores de catorce años se presume siempre. Todo ello hay ponerlo en relación con el Art. 2.1 en donde se dice que “*el menor de edad tiene derecho a su desarrollo y a una formación conforme a su personalidad*”, y con el Art. 2.4 “*los guardadores legales ejercerán sus funciones siempre en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y madurez, a fin de dotarle de autonomía en la organización de su propia vida*”.

En definitiva, que en Aragón, un menor mayor de catorce años o un menor de catorce años maduro no pueden disponer de su derecho al honor porque ello supone atentar de una manera palmaria contra su interés superior como sinónimo de desarrollo de su personalidad por lo que el Ministerio Fiscal deberá actuar tanto a priori (Art. 3.2 LO 1/1982) como a posteriori (Art. 4.3 LO 1/1996).

VI.3.2 Intimidad.

Como pone de relieve el profesor Marc CARRILLO⁴¹ “La intimidad es el derecho de la persona a impedir cualquier intromisión sobre aquel ámbito de su vida privada, que considera vedado a los demás, salvo que medie su consentimiento. El Derecho norteamericano en los Estados Unidos fue el primero que elaboró una primera teoría al respecto que lo definía como el derecho a estar solo (*to be let alone*) o a no ser molestado. Fueron dos célebres juristas Samuel WARREN y Louis BRANDEIS los que la formularon en un artículo publicado en la *Harvard Law Review* en 1890. Hoy, el derecho a la intimidad es lo que ya era en el siglo XIX, pero también es el derecho a disponer acerca del flujo de información que sobre uno mismo circula por los diversos medios, a fin de mantener inmune al conocimiento ajeno el ámbito privado de la actividad personal y familiar.

Por lo tanto, derecho a la intimidad garantiza el derecho a ser desconocido. El mandato constitucional de la veracidad opera de forma distinta según se trate de la tutela del derecho al honor o del derecho a la intimidad. Y el requisito de la veracidad opera de forma distinta según se trate del derecho al honor o del derecho a la intimidad. Pues, si bien es cierto que la veracidad funciona, en principio, como causa legitimadora de las intromisiones al derecho al honor o a la reputación de las personas, no es igual en otros supuestos. Si se trata del derecho a la intimidad, la veracidad de una información que afecta al núcleo privado de la persona inaccesible a los demás es indiferente jurídicamente y, por tanto, no exime de responsabilidad a quien ha causado la intromisión, salvo que existan razones de interés público. En efecto, el TC señala que el criterio fundamental para determinar la legitimidad de las intromisiones en el derecho a la intimidad de las personas es la relevancia pública del hecho divulgado. Lo que significa que, para que la intromisión no exista se precisa no sólo que la información sea veraz, sino, sobre todo, que su difusión y conocimiento por la opinión pública resulte justificada en función, precisamente, del interés general del asunto sobre el que se informa.

En definitiva, que existe intromisión ilegítima en la intimidad si, aun siendo veraz, la información difundida carece de interés público. A sensu contrario, la relevancia comunitaria de la información es lo único que puede justificar perturbaciones en el ámbito de lo privado”.

⁴¹ Marc CARRILLO, Catedrático de Derecho Constitucional, La intimidad, las celebridades y el derecho a la información, en Diario La Ley, Nº 6979, Sección Doctrina, 1 Jul. 2008, Año XXIX, Editorial LA LEY

La profesora DE LAMA AYMÁ⁴² también destaca tres vertientes del derecho a la intimidad:

La intimidad como posibilidad de excluir a los demás de la esfera de la vida privada, lo que permite al individuo reservar un ámbito territorial y vital en el cual puede excluir cualquier injerencia de extraños, como la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia; y es el que aparece recogido en el Art. 12 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948 “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias”⁴³.

La intimidad como la posibilidad de controlar la información que sobre nuestra vida privada llega a los demás; sería la capacidad de reserva sobre ciertos datos o elementos de la vida privada sustrayéndolos al conocimiento ajeno para evitar su difusión y que tendría su aplicación más práctica en la protección de los datos de carácter personal en el ámbito de la informática (Art. 18.4 CE).

Y por último la intimidad como *autonomía o autodeterminación del individuo para realizar determinados actos en el ámbito de su vida privada*. Se cita para ello dos sentencias del TC, una la STC 201/1997, de 25 noviembre, por la que se incluye en el derecho a la intimidad la posibilidad de un recluso de comunicarse con su familia en euskera, y otra, la STC 151/1997, de 29 septiembre, por la que se considera que no se debe sancionar a un capitán del ejército por permitir el adulterio de su esposa con un teniente porque eso es contrario al derecho de su intimidad. Dentro de este ámbito se incluiría el derecho de las menores maduras a decidir sobre el tema del aborto, los anticonceptivos, la pastilla del día después; y que en Aragón se presume a partir de los catorce años.

La jurisprudencia del TC contempla el derecho de la intimidad como la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida humana. Por lo tanto en la intimidad se distingue un aspecto negativo, que sería la facultad de excluir cuanto atañe a la propia persona de la acción y conocimientos ajenos; y un aspecto positivo que consistiría en el control por su titular de los datos e información relativos a la propia persona (STC 231/1988, 2 diciembre).

Con relación al derecho a la intimidad de los menores, el profesor Agustín Macías Castillo dice, en opinión que es muy defendible: “En el derecho a la intimidad se plantea también si el menor maduro o sus padres pueden disponer del mismo. El libre desarrollo de la personalidad y la dignidad misma de la persona (art. 10 CE) exigen ser especialmente cautelosos en este sentido y evitar que los menores de edad arriesguen lo más mínimo al efectuar actos de disposición sobre sus derechos fundamentales, tanto al honor como a la intimidad.

El art. 4 de la LO 1/1996 es norma de *ius cogens* e impone al Fiscal la obligación de intervenir de inmediato solicitando las medidas cautelares pertinentes para poner fin al

⁴² DEL LAMA AYMÁ, La protección de los Derechos de la Personalidad del Menor de edad, Tirant lo Blanc, Valencia 2006, pag. 197-201

⁴³ También el art. 16 de la Convención de Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989 proscribía las intromisiones en la intimidad del menor al declarar que “ningún niño será objeto de ingerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. El niño tiene derecho a la protección de la Ley contra tales ingerencias.” También el punto 8.29 de la Carta Europea de Derechos del Niño (Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92 de 8 de Julio de 1992) declara que “todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales contra su honor”.

acto en cuestión, así como el resto de medidas previstas en la legislación, acción de cesación, acción de abstención y reparación de daños y perjuicios, con especial atención a los de naturaleza extrapatrimonial o moral, fundamentalmente. De hecho, esta norma es de aplicación aun cuando medie la autorización o consentimiento de los padres, tutores o representantes legales del menor y el Ministerio Fiscal considere que el acto es pernicioso para el menor. Esta última apreciación es la verdadera aportación realizada por la LO 1/1996, la de legitimar al Ministerio Público a modo de segundo control para que, aun existiendo condiciones de madurez suficientes en el menor o habiéndose prestado el consentimiento por parte de sus padres o representantes legales, si el Ministerio Fiscal considera que el acto puede ser perjudicial para el superior interés del menor, intervenga. Esa intervención es judicial y, por tanto, sus efectos pueden llegar a desautorizar a los padres o representantes legales o, incluso, a restringir la aparente «madurez» del menor. De prosperar la pretensión instada judicialmente por el Ministerio Fiscal, la consecuencia será la ineficacia del consentimiento prestado por el propio menor o por sus representantes legales, según el caso. Estas consecuencias fueron ya duramente criticadas en su día por la doctrina, sin embargo, cabe afirmar que ha sido la jurisprudencia la que ha matizado debidamente la correcta hermenéutica del precepto. En cualquier caso, antedicha posibilidad no puede confundirse con la obligación genérica que pesa sobre el Ministerio Fiscal para velar por los menores y, por ello, intervenir de oficio en los demás supuestos (con independencia de la mediación o no del consentimiento de los padres, tutores o representantes legales).

La Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2000, ya se refirió con claridad a esta cuestión. Los hechos que dan lugar al procedimiento tienen lugar en un programa de una televisión local, en el que se emitía un concurso consistente en efectuar preguntas a dos concursantes sobre anécdotas y curiosidades de la ciudad de Málaga, de modo que el concursante que erraba una respuesta, se quitaba una prenda de vestir, perdiendo el concurso el primero en quedar desnudo. En uno de estos programas intervino el hijo del demandante, que por aquellas fechas contaba con 16 años de edad. En uno de los motivos de casación, el padre del menor, que solicitaba una indemnización de 5 millones de las antiguas pesetas, argumentaba que él no había autorizado la participación del menor en el programa, alegando que el muchacho no tenía la madurez suficiente para comprender el alcance de lo que hacía y aceptarlo. Como quiera que

⁴⁴ La efectiva aplicación de la LO 1/1996 se produce en la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 13 de febrero de 2003. En ella son demandados tres periódicos de Gijón por la publicación en sus páginas con la identificación de un menor, de los hechos ocurridos en un partido de fútbol de categoría juvenil en los que, sucintamente, el muchacho agredió al árbitro del encuentro. La sentencia, en relación a la situación anterior a la entrada en vigor de la LO 1/1996, es muy clara: «*Si éste debiera contemplarse, exclusivamente, bajo el ámbito de protección que a los derechos del honor, intimidad y propia imagen dispensa la LO 5 May. 1982, la respuesta sería contundente y clara, no habría intromisión ilegítima pues de todos es sabido y por las partes no se discute que el derecho del honor cede ante la libertad de información cuando es veraz y se refiere a asuntos públicos de interés general por las materias sobre las que versa o por las personas que en ellas intervienen (ad exemplum STS 11 Abr. 2000) y, en el caso, no puede dudarse de la concurrencia de las notas de veracidad y relevancia pública*».

Pero la sentencia, al efectuar la hermenéutica del art. 4 de la LO 1/1996, entiende que la solución debe ser otra, puesto que la finalidad de dicha norma no es otra que reforzar los mecanismos de protección previstos en la ley orgánica del año 1982. De ahí que la protección se haya extendido en los siguientes términos: «... la protección de su honor, intimidad o imagen se refuerza frente a los ataques de terceros proscribiendo no sólo la intromisión calificable de ilegítima (lo que ya protege la LO de 5 May. 1982) sino también aquella que, aun no siéndolo, sea “contrario a sus intereses” (art. 4.2)». Esta afirmación lleva a la Sala a considerar innecesaria y perjudicial para el menor la publicación de su nombre completo por parte de los tres periódicos.

También, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de diciembre de 2005, aplica también el art. 4 para condenar a la cadena de radio COPE al extralimitarse en el ejercicio del derecho de la información e identificar a las dos hijas menores de un abogado asesinado, pese a que, ambas, habían sido tristes protagonistas del suceso, ya que una resultó lesionada con arma blanca y la otra agredida sexualmente.

los hechos habían tenido lugar en el año 1992, el Tribunal Supremo no puede aplicar aún la LO 1/1996, de modo que considera válidamente prestado el consentimiento por parte del menor, ya que, «*El menor tenía entonces 16 años, edad que en los tiempos actuales es suficiente para conocer lo que se pedía en el programa televisivo y su fuerte carga erótica; el menor se nos dice que tenía novia, lo que corrobora lo acabado de confirmar*».

Con todo, la propia sentencia no desaprovecha la ocasión para recordar el alcance de la modificación legislativa llevada a cabo en el año 1996, por lo que apostilla: «*Este panorama claro ha sido objeto de modificación por la Ley 1/1996, de 15 de enero, que considera intromisión ilegítima cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honor o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales (art. 4.3), con lo que la finalidad de la norma ha de cumplirse siempre, pese a que el menor de su consentimiento: se considera intromisión ilegítima sin distinción de casos*». Lógicamente, al no poder todavía aplicar la norma del año 1996, el Tribunal Supremo simplemente apunta en qué términos van a modificarse estas cuestiones⁴⁴.

En este ámbito del ejercicio del derecho a la intimidad, en el año 2006, se planteó en el Fiscalía de Zaragoza y en un juzgado de familia de la capital, el siguiente supuesto relacionado con el secreto médico⁴⁵ de un menor de 15 años de edad que se encontraba ingresado en un hospital de Zaragoza en tratamiento oncológico y en donde el padre del menor que se encontraba divorciado de la madre (con ejercicio del derecho de visitas el padre y la madre, progenitor custodio, con autoridad familiar compartida) interesó del centro hospitalario la vista del historial clínico del hijo que le fue denegado porque el menor había prohibido a dicho padre tener acceso a dicha historia clínica. La Fiscalía apoyó la decisión del menor y el juzgado de familia denegó el acceso del padre a tal historia clínica.

Todo ello en relación con el Art. 7.1 de la ley 41/2002, de 14 noviembre de la autonomía del paciente que establece “toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los derechos referentes a su salud y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la ley”; y el Art. 19 de la misma ley dice “El paciente tiene derecho a que los centros sanitarios establezcan un mecanismo de custodia activa y diligente de las historias clínicas. Dicha custodia permitirá la recogida, la integración, la recuperación y la comunicación de la información sometida al principio

La sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 25 de noviembre de 2004, aplica también esta disposición en idéntico sentido, recalando que debe protegerse la dignidad del menor aun en el caso de que éste haya cometido un delito.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18.^a, de 19 de junio de 2006, considera la existencia de intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad y propia imagen de dos menores de edad debido al tratamiento informativo prestado en un programa veraniego de «Antena 3 TV» y, al aplicar la LO 1/1996, expresamente afirma: «*En consonancia con lo expresado se encuentra el art. 4.3 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, que establece y define como intromisión ilegítima, “cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales”, que justifica la acción ejercitada por el MF en relación con lo dispuesto en el número anterior de dicho precepto. Así las cosas, el derecho a la intimidad susceptible de protección, en cuanto al interés legítimo de las menores a que no se divulguen datos relativos a su vida personal o familiar supone un límite infranqueable frente al derecho a comunicar libremente información veraz*». SAP de Madrid secc. 25.^a de 6 de septiembre de 2005.

⁴⁵ La profesora De LAMA AYMA, obra citada pag. 202-204, define el secreto profesional médico como el deber de todo profesional sanitario de guardar silencio sobretodo aquello que le hubiere sido confiado por el paciente o hubiera averiguado fruto de la atención medica prestada cuyo objetivo es salvaguardar el derecho a la intimidad del paciente en el ámbito sanitario. Y el fundamento de tal secreto medico esta en la relación de confianza entre el profesional y el usuario de los servicios que presupone la confidencialidad. Además la base de tal secreto medico radica en la facilidad con la que el medico accede a la esfera intima de los pacientes.

de confidencialidad con arreglo a lo establecido por el artículo 16 de la presente Ley”. En igual sentido se expresa la ley de Salud de Aragón, ley 6/2002, 15 abril, en su artículo 11.1 “ Toda persona tiene derecho a que se respete la confidencialidad de los datos referentes a su salud. Igualmente, tiene derecho a que nadie que no se encuentre autorizado pueda acceder a ellos si no es al amparo de la legislación vigente.

VI.3.3 *Imagen.*

El derecho a la imagen de una persona puede comprender tres ámbitos:

Uno, el aspecto negativo o de exclusión, como la posibilidad de controlar la representación que de la imagen, de la voz y del nombre se hace por medios técnicos de reproducción.

Otro, el aspecto positivo, donde se otorga a la persona la posibilidad de reproducir la propia imagen, exponerla, publicarla y comerciar con ella, o al menos controlar esas actividades según criterio y a utilidad propia^{46 47}.

Y un tercer ámbito que sería la facultad de decisión sobre la propia apariencia física (STC 170/1987, 30 Octubre, donde el tribunal afirma que la decisión personal sobre la apariencia física forma parte del derecho a la imagen pero que puede quedar limitada por los deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula como consecuencia de que un barman fue despedido por dejarse barba⁴⁸). Este derecho a la apariencia física como facultad integrante del derecho a la imagen tendría tres límites, uno el de los

⁴⁶ DELGADO ECHEVARRIA, Jesús, en LACRUZ BERDEJO, J.L.; Elementos de Derecho Civil, I-2º DYKINSON. Madrid, 2008, pag. 93-94. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona, Pedro de Pablo Contreras, Miguel Ángel Pérez Álvarez y María Ángeles Parra Lucán, 3ª edición 2008. COLEX. Pag. 269-270.

⁴⁷ STC 83/2002, 22 ABRIL 2002, GARCIA MANZANO: “...derecho a la propia imagen como «un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad —informativa, comercial, científica, cultural, etc.— perseguida por quien la capta o difunde» (STC 81/2001, FJ 2). Y precisando aún los contornos del mismo, afirmamos que «se trata de un derecho constitucional autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguarda de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás. Por ello atribuye a su titular la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual (SSTC 231/1988, FJ 3; 99/1994, de 11 Abr., FJ 5)» (STC 81/2001, FJ 2).

⁴⁸ STC 170/1987, 30 OCTUBRE 1987, GARCIA-MON: “Los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, garantizados por el art. 18.1 de la Constitución, forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas. Y en este ámbito de la intimidad, reviste singular importancia la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias pertenecientes a la intimidad que garantiza este precepto. Más no es frente a invasiones de este tipo la protección que pide el recurrente en su recurso de amparo. La intromisión que denuncia, representada por la orden del empresario, trata de situarla en la esfera exclusiva de su individualidad. Dice así el recurrente: «... la decisión sobre si la estética corporal es favorecida o no por el uso de la barba, es parte integrante de la intimidad y el derecho a la propia imagen de la persona». Pero a continuación, saliendo ya del reducto de su propia decisión que nadie le discute, tiene que dar al problema su verdadera dimensión y referirse a que «la hipotética colisión entre el derecho a la libre organización productiva que la legislación ordinaria reconoce al empresario (art. 20 E.T.) y el contenido esencial del art. 18.1 de la C.E., lógicamente debe resolverse... a favor del segundo». Delimitado así el problema es claro que transcurriendo de la esfera estrictamente personal para pasar al ámbito de las relaciones sociales y profesionales en que desarrolla su actividad. Y a este respecto es preciso recordar que, como dice la STC 73/1982, de 2 Dic., no pueden considerarse violados los derechos a la intimidad personal, cuando se impongan limitaciones a los mismos «como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula».

valores constitucionales y el interés del menor (imágenes del menor de carácter discriminatorio como el uso del Shadoor en Afganistan), otro el de los usos sociales y el protocolo (pendientes en las recién nacidas a las que se perforan los lóbulos de las orejas; los uniformes de los colegios) y el tercero el de los límites derivados de las reglas profesionales.

El derecho a la imagen de una persona para que sea ilegítimo tiene que ser susceptible de ser reconocido, tiene que ser reconocible, es decir que un tercero pueda identificarlo.

En el derecho a la imagen se incluye no solamente la imagen propiamente dicha, sino también el nombre, la voz y cualquier otro elemento que haga reconocible al individuo. Así se deduce del Art. 7.6 de la ley orgánica 1/1982 que considera intromisión ilegítima la utilización del nombre, voz o imagen para fines publicitarios o de naturaleza análoga.

En el mundo de los menores, como dice De Lama Aymá⁴⁹, la imagen adquiere mucha relevancia, sobretodo en la etapa de la adolescencia ya que experimentar con la propia apariencia forma parte del aprendizaje vital y de su evolución personal. En ocasiones, la idolatría de determinados personajes, la identificación con algún grupo social o tribu urbana forma parte de la formación que llevara al menor a apartarse de esos modelos para dejar fluir su personalidad. Por lo que los titulares de la patria potestad o de la autoridad familiar no deben oponerse a la libre elección que haga el menor siempre que tenga madurez suficiente y no tome decisiones que sean contrarias a su interés.

Por lo tanto en este aspecto se incluyen todo lo relacionado con el uso de pendientes por las chicas; que en la época presente también ha alcanzado a los chicos. También el tema del piercing, que aparece regulado en Aragón por la Orden de 12 enero 2005, del Departamento de Salud y Consumo (BOA 19, 11 febrero 2005), que dispone en el punto 1 del párrafo segundo del art. 4, que se requiere el "*Consentimiento informado del usuario, previo a la realización del tatuaje o piercing, del que quedará constancia escrita en el establecimiento, según modelo del anexo I. En caso de ser menor de edad, deberá adjuntar el consentimiento informado del representante legal*"; que debe entenderse corregido por los artículos 17 y 21 de la LEY DE DERECHO DE LA PERSONA⁵⁰.

VI.3.4 Imagen y medios de comunicación social.

Los usos sociales y la propia conducta del afectado han de tenerse presentes, en cada caso concreto, para definir si hay o no la lesión (art. 2.1 LO 1/1982) Sin embargo, cuando la intromisión tiene lugar a través de un medio de comunicación y afecta a un menor, vista la reducida operatividad que se reconoce a su consentimiento, no cabrá privarle de protección en base a una posible conducta exhibicionista del mismo, y menos aún, de la de sus progenitores o de otros familiares.

El rigor con el que se tutelan estos derechos hace que no legitime la utilización de la imagen del menor sin recabar consentimientos ni el hecho de que la misma se captara en una plaza pública ni que se empleara en una campaña publicitaria promovida por un ente público en una causa de interés general (STS nº 816/1996, de 7 de octubre). Tampoco legitima la utilización de la imagen del menor sin recabar consentimientos el

⁴⁹ DEL LAMA AYMÁ, La protección de los Derechos de la Personalidad del Menor de edad, Tirant lo Blanc, Valencia 2006, pag. 114-117.

⁵⁰ Vid en estas mismas Actas del Foro de Derecho Aragonés las acertadas consideraciones de la coponente Carmen Bayod.

hecho de que la publicación fuese editada por una Comunidad Autónoma y que tuviera por objeto una “información educativa” carente de toda finalidad crematística o económica (STS nº 888/1992, de 19 de octubre).

La imagen del bebé también es digna de protección pese a que los cambios fisiológicos que necesariamente operarán en el mismo harán muy difícil su ulterior identificación y consiguientes perjuicios (SAP Madrid, sec. 18ª, de 10 noviembre 1998, recurso de Apelación núm. 700/1996) No obstante habrá de tenerse presente esta circunstancia a la hora de modular las peticiones de indemnización que, en su caso, se articulen en la demanda.

En principio, como declara la SAP Madrid, sec. 9ª, nº 210/2005, de 19 de abril “la intromisión ilegítima del derecho a la propia imagen se produce...por la publicación de la fotografía del menor, con independencia de que las noticias que se acompañen a dicha fotografía puedan ser o no perjudiciales para el menor...sin que sea necesario para que exista dicha intromisión, que al lado de la utilización de la imagen de la persona, se recojan comentarios o expresiones que supongan un menoscabo en la fama o dignidad de la persona”.

Pero en todo caso, no debe olvidarse que el derecho a la propia imagen a la vez que tiene una dimensión como derecho fundamental, puede tener otra de carácter estrictamente patrimonial, (v.gr. supuestos en los que habiéndose celebrado un contrato de cesión de aspectos relativos a la propia imagen, mediante precio, surgen *ex post* desavenencias en la ejecución del mismo). Cuando la controversia afecte exclusivamente a intereses patrimoniales, sin otra repercusión en el interés del menor, no será procedente la intervención del Ministerio Fiscal.

Para armonizar el derecho a informar y los derechos del menor habrá de partirse de que estará justificada la difusión de información veraz y de interés público aunque afecte a un menor siempre que no sea contraria a sus intereses. También estará justificada la difusión de información veraz y de interés público pese a que afecte a un menor y aunque sea contraria a sus intereses siempre que se empleen los medios precisos para garantizar su anonimato. Es admisible ilustrar la noticia con imágenes, siempre que se utilicen medios técnicos que distorsionen los rasgos faciales. El derecho a la información puede preservarse con la adopción de las cautelas que en cada caso dicten las circunstancias, tales como no incluir el nombre ni la imagen del menor, o distorsionar el rostro de modo que sea imposible su identificación, o no aportar datos periféricos que puedan llevar a su identificación.

Tampoco debe incurrirse en extremismos injustificados. Ha de partirse de que tanto los menores como los medios de comunicación forman parte de la sociedad y de la vida ordinaria, y de que la especial tutela del honor, intimidad e imagen de los menores no implica la expulsión de éstos de los medios. Incluso deben admitirse supuestos para los que no sean necesarios ni consentimientos ni autorizaciones, cuando la afectación a los derechos sea irrelevante si, de acuerdo con los usos sociales, la emisión de la imagen o ciertos datos del menor puede considerarse totalmente inocua para sus intereses.

En este sentido puede considerarse ilustrativa la SAP Valencia, sec. 7ª nº 86/2002, de 13 de febrero, que declara que “la utilización de la imagen de la menor, captada en la vía pública en un acto de alta participación popular, no atenta contra su derecho a la imagen, no sólo porque el fotometraje es respetuoso con la menor, pues aparece vestida de fallera en el acto de la ofrenda, sino, también, porque dicha imagen es captada en un acto de masiva participación popular, resaltando el carácter accesorio, pues aparece tan sólo unos segundos, introduciendo el apartado dedicado la ofrenda, al igual que el resto de los apartados son introducidos por un fotomontaje alegórico de su contenido... el caso que se

enjuicia no participa de los mínimos requisitos para el reconocimiento de la vulneración del derecho ya que la imagen de la menor fue captada en la vía pública al participar en los actos falleros, no constituyendo el objeto principal de la divulgación de imágenes...”

En la Fiscalía Menores, en el año 2007, se planteo una denuncia contra una revista de ámbito municipal, porque había sacado tres fotografías de menores de edad, menores de pocos meses, que se encontraban en unas cunas de una guardería de un pueblo de Bolivia, al que se estaba ayudando económicamente por parte de diferentes grupos o entidades locales de un pueblo de Zaragoza. Desde la Fiscalía se considero que no se estaba atentando contra la imagen ni la intimidad de los menores, ya que por un lado se desconocía la voluntad real de los padres de esos menores contra la publicación de esas fotografías por parte de la revista municipal, y por otro lado la fotografía en si de unos menores de pocos meses que vivían en un pueblo de Bolivia mientras dormían o descansaban en unas cunas no se consideraba que iba contra los intereses de esos menores como atentatorio contra el desarrollo de su personalidad⁵¹.

1.3.5 Casuística y criterios generales de la FGE⁵².

En el bien entendido que se trata ésta de una materia casuística por definición, en la que consiguientemente cada caso concreto habrá de resolverse mediante la técnica de ponderación, pueden darse los siguientes criterios generales:

⁵¹ ALGUNOS DE LOS ARGUMENTOS QUE SE UTILIZARON FUERON LOS SIGUIENTES:..... 6º En el bien entendido que se trata ésta de una materia **casuística** por definición, en la que consiguientemente cada caso concreto habrá de resolverse mediante la técnica de ponderación, pueden darse los siguientes criterios generales:

1) La difusión de la imagen de un menor en un medio de comunicación exige contar con el **consentimiento** del menor maduro o de sus representantes legales.

2) Aún contando con los preceptivos consentimientos, si la difusión de la identidad o de la imagen del menor puede considerarse **contraria a sus intereses**, la intromisión será en principio ilegítima.

3) No procederá en general el ejercicio de acciones por el Ministerio Fiscal ante emisión de programas o la publicación de fotografías en los que aparezcan menores, en actividades con dimensión pública tales como concursos, debates, musicales, actividades deportivas etc., siempre que las propias circunstancias que rodeen la publicación excluyan el perjuicio para los intereses de los mismos.

Tampoco procederá en general el ejercicio de acciones por el Ministerio Fiscal ante la difusión de imágenes de menores en lugares públicos, cuando aparezcan de manera meramente casual o accesoria de la información principal y siempre que tales lugares o actos **no presenten aspectos negativos**.....

- En el presente caso parece deducirse que los menores son niños de corta edad que se encuentran en actitud de descanso en la guardería de la localidad de Cochabamba (Bolivia), según puede colegirse del rectángulo en amarillo de la derecha de esa página 15 de la revista: “...De ellos casi cuatrocientos son atendidos también en las guarderías”.

- Por lo tanto estamos ante una fotografía de tres niños cuyos padres o representantes legales residen en la citada localidad de Cochabamba y lógicamente se desconoce si han prestado o no su consentimiento para esas fotos; y si esos representantes legales de los menores ejercen correctamente sus facultades inherentes a la patria potestad.

Ante esta duda parece prudente afirmar, primero, que hay padres o representantes legales y que éstos ejercen correctamente la patria potestad y, segundo, que no ven con desagrado que se hagan las fotos discutidas; mucho mas se estos niños están en una guardería que se considera beneficiosa para ellos, gracias a la ayuda económica que llega de España.

- Por otra parte aun desconociendo la voluntad real de los padres o representantes legales de los menores, esa publicación de la revista de *no parece que pueda considerarse contraria a los intereses de los menores*, si estos pueden disponer de una guardería que los atiende mientras sus padres pueden dedicarse a trabajar, por ejemplo; y puede considerarse un reconocimiento hacia las personas, grupos o entidades que hacen llegar el dinero para poner en marcha estas ayudas sociales.

- Por todo lo anterior desde esta Fiscalía Menores no se considera que haya una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad o a la imagen de los menores que aparecen fotografiados en la pagina 15 de la revista..... y que al parecer se refieren a niños de la localidad de Cochabamba (Bolivia), donde no queda acreditado que los padres o representantes legales de los niños se opongan a las fotografías y que dichas fotos no se aprecia que sean contrarias a sus intereses.

⁵² INSTRUCCIÓN FGE 2/2006, 15 marzo 2006, SOBRE EL FISCAL Y LA PROTECCION DEL DERECHO AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN DE LOS MENORES. www.fiscal.es/documentos/circulares/índice_cronológico/2006.

1) La Fiscalía no actuará de oficio ni apoyará la demanda de padres o tutores contra un medio que difunda imágenes de un menor cuando se trate de informaciones relativas al mundo infantil tales como inauguraciones del curso escolar, visitas de autoridades a centros infantiles, desfiles de moda infantil, estrenos de películas o presentaciones de libros para niños siempre que las propias circunstancias que rodeen al programa o a la información excluyan el perjuicio para los intereses de los menores y en tanto la imagen aparezca como accesoria de la información principal.

2) *No habrá de considerarse con carácter general antijurídica la difusión de imágenes de menores en lugares públicos, cuando aparezcan de manera meramente casual o accesoria de la información principal. Así por ejemplo, informaciones sobre lugares abiertos al público acompañadas de tomas generales en las que aparezcan los usuarios; o tomas de espectáculos públicos, conciertos o similares (siempre que tales lugares o actos no presenten aspectos negativos cuya asociación con la imagen del menor pudiera reportarle a éste perjuicios).*

3) *Si la difusión casual o accesoria de la imagen del menor se vincula a lugares, personas o actos con connotaciones negativas, habrán de utilizarse técnicas de distorsión de la imagen para evitar que el mismo pueda ser identificado (v.gr. reportaje sobre barriada en la que se vende droga, o sobre consumo de alcohol entre adolescentes, supuesto este último específicamente tratado en la STS nº 677/2004, de 7 de julio o sobre prostitución masculina, abordado por el ATC nº 5/1992, de 13 de enero).*

4) *La difusión de noticias veraces y de interés público que afecten a menores de edad y que pueda generarles un daño a su reputación, intimidad o intereses, estará amparada por el ordenamiento siempre que no sean éstos identificados (mediante empleo de sistemas de distorsión de imagen o voz, utilización de iniciales, y mediante la exclusión de datos que directa o indirectamente lleven a la identificación del menor).*

En el tratamiento informativo de menores víctimas de delitos debe partirse de que no hay ninguna duda en orden a la conveniencia de que la comunidad sea informada sobre sucesos de relevancia penal, y ello con independencia de la condición de sujeto privado de la persona o personas afectadas por la noticia (SSTC nº 178/1993, de 31 de mayo, nº 320/1994, de 28 de noviembre; nº 154/1999, de 14 de septiembre, nº 185/2002, de 14 de octubre) y de que reviste relevancia o interés público la información sobre los resultados positivos o negativos que alcancen en sus investigaciones las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, especialmente si los delitos cometidos entrañan una cierta gravedad o han causado un impacto considerable en la opinión pública, extendiéndose aquella relevancia o interés a cuantos datos o hechos novedosos puedan ir descubriéndose, por las más diversas vías, en el curso de las investigaciones dirigidas al esclarecimiento de su autoría, causas y circunstancias del hecho delictivo (SSTC nº 219/1992, de 3 de diciembre; nº 232/1993, de 12 de julio, nº 52/2002, de 25 de febrero, nº 121/2002, de 20 de mayo, nº 185/2002, de 14 de octubre).

Sin embargo, cuando la información revela datos sobre la víctima y permiten su completa identificación, exceden de cuanto puede tener trascendencia informativa y por ello ese contenido concreto de la información no merece la protección constitucional que otorga el art. 20.1 d) CE (SSTC nº 185/2002, de 14 de octubre, nº 127/2003, de 30 de junio).

Pues bien, la necesidad de preservar la identidad de la víctima se intensifica cuando la misma es menor de edad.

Especialmente rigurosos en cuanto a la preservación de la identidad de la víctima habrán de ser los señores Fiscales cuando además de ser ésta menor de edad, los hechos investigados, enjuiciados o sentenciados se refieran a delitos contra la libertad sexual, por la misma índole de este tipo de informaciones y en tanto pueden originar devastadores efectos en la evolución de las víctimas, multiplicando los daños generados por los hechos en sí. En estos casos deben redoblar las garantías. Habrá de evitarse no solo la identificación por nombre y apellidos de las víctimas menores y la captación de su imagen sino también la información sobre datos colaterales (identificación de su familia próxima, imágenes de su domicilio etc.) que sean aptos para facilitar la identificación de las víctimas (SSTC n° 127/2003, de 30 de junio y n° 185/2002, de 14 de octubre, SAP Madrid, sec. 25ª, n° 90/2004, de 17 de febrero y SAP Madrid, sec. 10ª n° 1095/2004, de 30 de noviembre, SAP Oviedo, sec. 1ª de 9 de febrero de 1995).

Mención aparte merece el supuesto de la publicación, para ilustrar una información sobre hechos noticiosos, de la fotografía de un menor fallecido. En estos casos, aun manteniéndose un interés jurídico digno de protección, si la publicación ha contado con el consentimiento de los que en vida del menor eran sus representantes legales, no procederá el ejercicio de acciones por parte del Ministerio Fiscal.

V.3.6. Régimen procesal⁵³

Conforme al art. 249.4º LEC se decidirán en el juicio ordinario cualquiera que sea su cuantía las pretensiones sobre tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. En estos procesos será siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente.

Contra la sentencia que se dicte en segunda instancia cabrá en todo caso recurso de casación, conforme a lo dispuesto en el vigente art. 477.2.1º LEC. De aprobarse el Anteproyecto de Ley en materia de casación actualmente en tramitación, el nuevo art. 478 exigirá en todo caso como presupuesto de la casación que el recurso presente interés casacional.

Por otra parte, debe recordarse que aunque el artículo 524.5 LEC establece que *“la ejecución provisional de las sentencias en que se tutelen derechos fundamentales tendrán carácter preferente”*, la propia ordenanza procesal en su artículo 525, establece un elenco de sentencias que específicamente quedan excluidas de la ejecución provisional; entre otras *los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las sentencias que declaren la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, exclusión fruto de la reciente reforma legislativa operada por la Ley Orgánica 19/2003, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.*

⁵³ Actuaciones preprocesales del Fiscal: El párrafo último del art. 5 EOMF, en su redacción dada por la Ley 14/2003 de 26 mayo dispone que también podrá el Fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye.

Por tanto, quedan superadas las dudas que se planteaban por la anterior inexistencia de una disposición expresa que permitiera al Fiscal tener un soporte para realizar actuaciones preparatorias a la presentación de una demanda civil. Consiguientemente podrán los Sres. Fiscales utilizar estas diligencias para recabar los datos que consideren de interés para preparar la demanda civil o, incluso, para decidir si tal demanda debe o no presentarse.

Este cauce será también el adecuado para oír al menor y en su caso a los progenitores, cuando proceda, para valorar todas las circunstancias antes de decidir el ejercicio de acciones.

Debe también recordarse que conforme al art. 10 de la LO 1/1996 el menor puede poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que promueva las acciones oportunas. Estas puestas en conocimiento también habrán de dar lugar a la incoación de las correspondientes diligencias preprocesales.

Habrà de tenerse en cuenta que conforme al art. 52.1.6º LEC, serà competente territorialmente el tribunal del domicilio del demandante, y cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho que vulnere el derecho fundamental de que se trate. Este fuero es imperativo, conforme a lo dispuesto en el art. 54.1 LEC, no cabiendo por tanto sumisión, ni expresa ni tácita. Este nuevo fuero trata de reforzar la posición jurídica del demandante, normalmente la parte procesal más débil en el pleito contra el medio de comunicación, permitiéndole entablar el combate procesal ante los Juzgados de su propio domicilio.

Claro es que cuando el Fiscal asuma la posición de demandante, tales criterios deben reinterpretarse.

Deberán los Sres. Fiscales partir de que en tanto el Fiscal está legitimado en defensa de intereses ajenos, y en tanto el titular de la pretensión procesal es el menor cuyos derechos se han conculcado, sería en principio competente el Juez del domicilio del menor afectado por la información.

Existirán supuestos en los que en atención bien al domicilio del menor en el extranjero o bien incluso al desconocimiento del domicilio de éste, tal criterio no sea aplicable. En estos casos en tanto en cuanto el Ministerio Fiscal no tiene propiamente domicilio, habrá de aplicarse la regla subsidiaria: el lugar donde se hubiere producido el hecho que vulnere el derecho fundamental de que se trate. Por tanto, habrá de presentar la demanda la Fiscalía del lugar donde se hubieran producido los hechos y lo deberá hacer conforme al fuero territorial de la localidad en donde se editó la publicación o se emitió el programa de radio o de televisión.

La Fiscalía territorial que venga en conocimiento de hechos que en principio pueden obligar al ejercicio de acciones, a través de las diligencias preprocesales habrá de practicar gestiones para determinar el fuero aplicable, remitiéndolas, en su caso, a la Fiscalía que conforme a los criterios expuestos *supra* pueda considerarse competente.

De suscitarse controversia entre diferentes Fiscalías, por razón de la competencia para conocer de los hechos, habrán de aplicarse *mutatis mutandis* los criterios establecidos por la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2000, de 27 de diciembre, de manera que de no existir acuerdo en sus comunicaciones, se remitirá copia de ella con informe para su resolución al Fiscal Jefe de la Fiscalía del TSJ, si la misma fuera órgano fiscal superior común. De lo contrario, la remisión se efectuará a la Fiscalía General del Estado. El superior jerárquico sin más trámites decidirá lo que proceda en orden a la atribución de competencia.

V.3.7. *Petitum*⁵⁴

Conforme al artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima y la indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la

⁵⁴ Derecho a que se dé difusión de la sentencia: Conforme al art. 9.2 LO 1/82 la tutela judicial comprenderá...la difusión de la sentencia.

Sin embargo, las características propias de los menores hacen necesario matizar la aplicación de tal precepto.

La difusión de la sentencia en el medio generalmente no contribuirá a la reparación del daño, sino que, por el contrario, puede trasladar de nuevo a la opinión pública los hechos que se han considerado perjudiciales para el menor. Dependiendo de las concretas circunstancias concurrentes los Sres. Fiscales postularán, bien una publicación parcial de la sentencia, evitando perjuicios al menor, bien pura y llanamente, interesarán la no aplicación del art. 9.2 LO 1/1982

difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido, valorándose también el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

La labor evaluadora de los perjuicios es esencialmente casuística, debiendo tenerse presente todas las circunstancias concurrentes, tanto en el perjudicado como en el responsable civil y la extensión y difusión del acto de inmisión.

La indemnización a solicitar es siempre a favor de los menores cuyos derechos han sido transgredidos. En este punto habrán de tener en cuenta los Sres. Fiscales que si los padres del menor también han sido demandados habrán de interesarse simultáneamente la adopción de medidas para garantizar una administración leal de la suma que se obtenga. Entre estas posibles medidas cabría adoptar la de interesar el ingreso de la indemnización en régimen de plazo fijo bancario hasta la mayoría de edad, o el nombramiento de administrador judicial, conforme a lo dispuesto en el art. 167 CC. No debe olvidarse que el art. 158.4 CC proporciona una sólida base para que el órgano jurisdiccional adopte las disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

V.3.8. *Sujetos responsables*

Ni la LO 1/1982 ni la LO 1/1996 abordan la determinación de los sujetos responsables en la intromisión en los casos en los que el ataque al derecho fundamental tiene lugar a través de medios de comunicación, supuestos en los que pueden intervenir en el resultado una pluralidad de personas.

En esta labor de determinación de los responsables frente a los que interponer la correspondiente demanda, los Sres. Fiscales habrán de atender con carácter general a las pautas que a continuación se exponen, sin perjuicio de ponderar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes.

En primer lugar debe tenerse presente que la Ley 14/1966, de 18 de marzo, *de Prensa e Imprenta* dispone en su art. 65.2 que *“la responsabilidad civil por actos u omisiones ilícitos, no punibles, será exigible a los autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, con carácter solidario”*.

La vigencia de este precepto ha sido afirmada con reiteración, tanto por el Tribunal Constitucional (SSTC nº 171 y nº 172/1990, ambas de 12 de noviembre) como por la jurisprudencia del TS (vid. STS nº 1216/1998, de 22 de diciembre y las en ella citadas).

Recientemente ha vuelto a declarar el TS siguiendo las SSTC 171 y 172/1990 que *“el artículo 65.2 de la Ley de 1966 no es incompatible con la libertad de expresión y el derecho a la libre información...porque la responsabilidad civil solidaria del director del medio y del editor se justifica en su respectiva culpa, ya que ninguno de ellos son ajenos al contenido de la información y opinión que el periódico emite; el director tiene el derecho de veto sobre ese contenido y a la empresa editora le corresponde la libre designación del director”* (STS nº 734/2003, de 10 de Julio).

cuando la publicación en sí pueda ser contraria al superior interés del menor. En este sentido se han pronunciado las SSAP Madrid, sec. 13ª nº 83/2003, de 14 de noviembre, Madrid, sec. 19ª 193/1999, de 11 de marzo y Sevilla, sec. 6ª nº 99/2004, de 23 de febrero.

No obstante debe también tenerse en cuenta que en otros supuestos la publicación de la sentencia será adecuada –y especialmente útil como mecanismo inhibitorio de reiteraciones por parte del medio- por no arrastrar adicionales consecuencias negativas para el menor (v. gr. supuestos de intromisiones en la propia imagen no acompañadas de lesiones al honor ni a la intimidad)

La jurisprudencia aplica la responsabilidad solidaria y sucesiva o “en cascada” establecida en el art. 65.2 de la Ley 14/1966 de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta, en armonía con los principios generales de responsabilidad extracontractual extraídos de los arts. 1.902 y siguientes del CC, estructurando un sistema de solidaridad pasiva de los intervinientes conforme al régimen de los arts. 1.144 y 1.145 CC.

Incluso esta conclusión puede obtenerse sin necesidad de acudir al art. 65.2, como declara la STS nº 796/2004, de 7 de julio, de 4 de noviembre. En efecto, sin necesidad de utilizar este precepto, la solidaridad entre la dirección del medio y la empresa editora puede fundamentarse en que comparten la responsabilidad y en que al derivarse de un ilícito extracontractual, impera la solidaridad pasiva, siendo compatible y aplicable la normativa de los arts. 1.902 y ss CC.

* * * * *

Puede aplicarse analógicamente la disposición contenida en el art. 65.2 de la Ley de Prensa al ámbito de la radiodifusión. La norma contempla un supuesto semejante y entre ambos existe una identidad de razón, sin que se trate por su naturaleza de aplicar una Ley penal que impidiese el uso de la analogía (SSTS de 23 de julio de 1990 y 20 de mayo de 1993). Estos mismos criterios pueden trasladarse a otros medios audiovisuales.

La solidaridad permite accionar frente a cualquiera de los responsables y, por ende, no precisa se demande a todos (SSTS nº 69/2004, de 13 de febrero, nº 704/2004, de 30 de junio nº 734/2003, de 10 de Julio, nº 1216/1998, de 22 de diciembre).

Entre los responsables del acto ilícito se incluye a la empresa propietaria del medio (SSTS nº 69/2004, de 13 de febrero, nº 1216/1998, de 22 de diciembre) pues “la empresa propietaria, que actúa como soporte económico y organizativo del medio de comunicación, se halla vinculada a la responsabilidad que generan sus dependientes, empleados, representantes, o apoderados, y, entre éstos muy cualificadamente el director del medio” (STS nº 396/1992, de 22 de abril).

Es también evidente la responsabilidad propia y autónoma de los medios tanto gráficos como audiovisuales al difundir imágenes captadas por sus propios colaboradores o empleados o adquiridas a otros, sean agencias, profesionales libres e incluso particulares. Por ello “las cadenas de televisión...dedican cada vez más tiempo de su programación a difundir imágenes de personas más o menos famosas captadas por agencias o profesionales libres y que no pocas veces son las mismas en todas las cadenas, sin que ello pueda suponer el desplazamiento de la responsabilidad del medio que publica las imágenes a la agencia que se las cedió ni a la persona que las tomó o grabó, pues la experiencia demuestra que cada cadena de televisión, a la hora de editar y emitir las imágenes adquiridas, adopta las decisiones que considera más oportunas en orden a la mayor o menor identificabilidad de cada persona afectada”. (STS nº 697/2004, de 9 de Julio).

A la hora de deslindar responsabilidades en medios radiofónicos o audiovisuales son interesantes las pautas que utiliza la STS nº 744/2004, de 5 de julio, que valora el hecho de que “el director organizó el programa, eligió el tema, lo anunció, trajo al entrevistado, le hizo preguntas, en cuyo contenido ofensivo se insistió” por ello concluye el TS con que “no puede pretenderse que queda al margen de lo que se dijo, por cuanto ordenó su emisión y aceptó el contenido; su responsabilidad es directa”. En los casos en los que las funciones de dirección y presentación no coincidan en una misma persona la responsabilidad puede alcanzar al presentador del programa de televisión o de radio cuando por las circunstancias

concurrentes pueda afirmarse que tenía el dominio funcional del hecho (vid. SAP de Madrid, secc. 19, nº 193/1999, de 11 de marzo).

No obstante, la responsabilidad del impresor con buen criterio se relativiza pues “en la observación lógica de la realidad no se da culpa *“in vigilando”* ni culpa *“in eligendo”* en una empresa dedicada a la imprenta de publicaciones, cuando la impresión se refiere...a una publicación conocida y de ámbito nacional; sin que sobre parte de dicha publicación pueda estimarse que en la imprenta existe dominio sobre el contenido de sus reportajes...De ahí que no proceda la posible solidaridad...cuando se ha dado la individualización de las conductas (STS nº 796/2004, de 7 de julio).

El régimen de solidaridad ante intromisiones llevadas a cabo desde los medios de comunicación es el que mas contribuye a una eficaz protección de los derechos del perjudicado, habiendo sido asumido también en el art. 212 CP, conforme al cual en los casos en los que la propagación tenga lugar por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante “será responsable civil solidaria la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o injuria”.

VI. BIBLIOGRAFIA.

BAÑEGIL ESPINOSA, Miguel Ángel, Los Derechos de la Personalidad, Instituciones de Derecho Privado, Tomo I, Volumen 2º. Thomson-Civitas, 2003.

COMENTARIOS DE LA LEY 12/2001, DE 2 JULIO, DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA EN ARAGON, coordinador Gabriel GARCIA CANTERO, colección EL JUSTICIA DE ARAGON, Zaragoza, 2002, volumen 16.

DELGADO ECHEVARRIA, Jesús, en LACRUZ BERDEJO, J.L.; Elementos de Derecho Civil, I-2º DYKINSON. Madrid, 2008.

DE LA CAMARA ALVAREZ, Manuel, “la reforma del derecho de familia, 1980.

DE LAMA AYMA, Alejandra, La Protección de los Derechos de la Personalidad del Menor de edad. Tirant lo Blanc, Valencia, 2006.

DERECHO PENAL JUVENIL, Carlos VAZQUEZ GONZALEZ y María Dolores SERRANO TÁRRAGA, 2ª edición, DYKINSON 2007.

DE VERDA Y BEAMONTE, profesor titular de Derecho Civil de la Universidad de Valencia. Diario La Ley digital, Nº 7090, 12 enero 2009.

GULLON BALLESTEROS, Antonio, en la Ley, 1996.

INSTRUCCIÓN FGE 2/2001, de 28 de junio de 2001, ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN DEL ACTUAL ART. 35 DE LA L.O. 4/2000, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL. www.fiscal.es/documentos/circulares/índice_cronológico/2001.

INSTRUCCIÓN FGE 2/2006, 15 marzo 2006, SOBRE EL FISCAL Y LA PROTECCION DEL DERECHO AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN DE LOS MENORES. www.fiscal.es/documentos/circulares/índice_cronológico/2006.

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES, DE URBANO CASTRILLO y DE LA ROSA CORTINA, editorial THOMSON ARANZADI, 2007.

LOPEZ AZCONA, Aurora, (Actas del Foro de Derecho Aragonés, decimoséptimos encuentros, 2007, LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS.

LA CAPACIDAD DEL MENOR ARAGONES PARA EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

MARIA DEL CARMEN GRACIA DE VAL

Notario

SUMARIO.

I.-INTRODUCCIÓN. II.-EL MENOR DE EDAD ARAGONÉS. 1.-Regulación. 2.- Audiencia del menor. 3.-Ejercicio de los derechos de la personalidad. A.- Regla General: La capacidad. Artículo 4º Ley de Derecho de la Persona. B.- Intromisiones ilegítimas de terceros en los derechos de la personalidad. a) Intromisiones de terceros en los derechos de la personalidad de un menor de catorce años aragonés. Artículo 17º Ley de Derecho de la Persona. b) Intromisiones de terceros en los derechos de la personalidad de un menor aragonés mayor de catorce años. Artículo 21º de La Ley de derecho de la Persona. 4.- Supuesto del posible conflicto entre la libertad religiosa y derecho a la vida del menor. El problema de las transfusiones de sangre de los testigos de Jehóva . 5.-Supuesto especial del cambio del nombre y alteración del orden de los apellidos.

* * * * *

LA CAPACIDAD DEL MENOR ARAGONES PARA EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

I.-INTRODUCCION.

La tendencia en los países desarrollados es el reconocimiento pleno de la titularidad de los derechos a los menores de edad, y de una capacidad progresiva para ejercerlos, es decir, se tiende a que el menor participe y tenga máxima autonomía en todas decisio-

nes que le concierne, y ello alcanza su punto álgido en sede de Derechos de la Personalidad.

En el ordenamiento jurídico no existe una regulación general de los derechos de la personalidad del menor, lo que parece que no es necesario si se tiene en cuenta que, desde los derechos de la personalidad el dato único que debe tenerse en cuenta es el de la personalidad. No obstante, la situación jurídica del menor, si origina conflictos jurídicos a la hora de calificar y decidir acerca de quién, cómo y con que límites ha de actuar los derechos que se insertan en el ámbito de la personalidad del menor.

En este ámbito, el artículo 162.2 del Código Civil excluye de la representación legal de los padres 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”.

La Ley Orgánica de Protección Jurídica al Menor, ley 1/1996 de 15 de Enero, consagra la regla de la “capacidad natural” como criterio para determinar el eficaz ejercicio de los mismos.

Del artículo 162º del Código Civil (en su redacción dada por la Ley de 13 de Mayo de 1981), con carácter general y del artículo 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, en especial en relaciona esos derechos, se desprende que en el ámbito de los derechos de la personalidad no rigen las reglas generales sobre capacidad de obrar, lo decisivo para el ejercicio de estos derechos, es según terminología empleada en los citados preceptos, la posesión de “ciertas condiciones de madurez”, es decir su capacidad de autogobierno. Por lo tanto, cuando el menor posee suficiente capacidad natural, los titulares de la patria potestad carecen de las facultades para intervenir en el ámbito de sus derechos de la personalidad, la ley estatal excluye así, (en el artículo 162. 2.1º) la representación legal de los padres en los actos relativos a estos derechos cuanto el menor tiene capacidad natural para ejercerlos por si mismo.

No obstante lo anterior, también es cierto que el menor en la medida que está formando todavía su personalidad, tiene limitada su capacidad de obrar, pero no lo es menos, que la interpretación de cualquier limitación de la capacidad del menor debe ser interpretada de forma restrictiva, tal como establece el artículo 2. infine de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

Pues bien en la esfera de la personalidad la protección pasa por renunciar, a modo de regla general a la representación, porque sólo así se respeta al menor como persona, lo cual no obsta para que existan otros medios de protección o para que la representación legal actúe de forma excepcional.

Ahora bien, el ejercicio de los derechos por el menor que tenga madurez suficiente no está exento de límites pues en determinados casos el menor no podrá actuar.

El primer límite es la protección de la propia personalidad del menor. Cuando el menor realice determinadas actividades que en si mismas entrañen un menoscabo de su autogobierno, la posibilidad de actuar por sí mismo quedará eliminada; estamos pensando en la relación del menor con el mundo de las sectas, en la anorexia...

El segundo límite, se encuentra en que el ejercicio del derecho por el menor con suficiente capacidad natural, no puede suponer la vulneración o menoscabo de otros derechos o valores constitucionales.

Y el tercer límite se encuentra, como es obvio, en la Ley. La justificación de los límites legales al ejercicio de un derecho de la personalidad es la propia protección del

menor. En efecto, en determinadas ocasiones, incluso cuando el menor tiene suficiente madurez, el legislador establece una edad legal para el ejercicio de determinados actos en los que considera que no es conveniente que el menor actúe por debajo de dicha edad con independencia de si tiene suficiente madurez o no. El caso es muy evidente en actos relacionados con la disposición del propio cuerpo, pues las equivocaciones en la apreciación de la existencia de madurez suficiente tiene unas consecuencias irreparables. En relación a determinadas actividades que afectan al derecho a la integridad física se suele exigir por ley la mayoría de edad, así, como ejemplos:

- Trasplantes de órganos. (la Ley 30/1979 de 7 de Octubre y su Reglamento aprobado por RD 426/1980 de 22 de febrero, el donante de órganos para su ulterior injerto o implantación deberá ser mayor de edad.)

- Tejidos humanos (El Real Decreto 411/1996 sobre actividades sobre tejidos humanos exige para que una persona pueda donarlos, ser mayor de edad. Lo mismo se exige para ser donante de sangre.). Excepcionalmente si pueden donar tejidos humanos como residuos quirúrgicos, médula ósea, (artículo 7).

- Cirugía transexual (artículo 156 del Código Penal).

- Ensayos Clínicos e Investigación Biomédica. (Ley 29/2006 de 26 de julio, de garantías y uso racional del medicamento).

- Técnicas de reproducción asistida (Ley 14/2006, de 26 de Mayo, sobre técnicas de reproducción asistida)

- Por último el artículo 109 del CC en el párrafo cuarto, establece que par alterar el orden de los apellidos deberá haberse alcanzado la mayoría de edad (cuestión esta a la que me ocupare especialmente al final de mi exposición).

En cualquier caso, debe entenderse que, en defecto de ley que límite la actuación del menor en el ámbito de sus derechos de la personalidad, la norma es la posibilidad de actuar el menor.

Entre las definiciones de los Derechos de la personalidad, la tendencia mayoritaria en la doctrina civilista es la de considerarlos verdaderos “derechos subjetivos”. Así a juicio de Martínez de Aguirre, son derechos subjetivos de naturaleza humana y de la dignidad inherente a la persona dirigidas proteger la esfera más inmediatamente personal del ser humano tanto en su vertiente física (derecho a la vida y la integridad física) como espiritual (derechos al honor , a la intimidad y a la imagen).

Los derechos de la personalidad que han sido objeto de muchas clasificaciones, se encuentran comprendidos en gran medida, en los llamados por la Constitución Española, “Derechos fundamentales y Libertades Públicas” y han sido sus leyes Orgánicas de desarrollo las que se han ocuparon de su regulación positiva. . Pero no todos los derechos de la Personalidad caben dentro de los Derechos Fundamentales.

II. EL MENOR DE EDAD ARAGONES.

1.-Regulación.

El legislador autonómico aragonés, con la Ley 13/2006, de 27 de Diciembre de Derecho de la Persona, ha pretendido dar una configuración completa al Estatuto jurídico-privado del menor de edad aragonés, estructurando para ello un cuerpo de normas civiles autosuficiente, y fijando como criterio básico para determinar la capacidad del

menor aragonés, en materia de ejercicio de derechos de la personalidad, el que “tenga suficiente juicio” unido al criterio “del interés del menor “. Aunando de este modo, la tendencia actual en la materia de capacidad de menores con la propia tradición aragonesa. Recordar que son menores de edad en Aragón, los que no están casados (de acuerdo con una regla de Derecho Histórico respetada por la Compilación, de este modo quien se ha caso deja de estar sujeto a la autoridad familiar, tutela o curatela y es capaz para todos los actos de la vida civil) o los que no han cumplido 18 años.

Como señala la propia Exposición de Motivos de la Ley, en algunos ámbitos y para determinados asuntos no es el cumplimiento de una determinada edad el dato decisivo, sino el que el menor tenga “suficiente juicio”, dicho criterio no es de aplicación tan simple y automática como el de la edad, pero es adecuado acudir al mismo, por si sólo o con adición de otros, cuando fuera del ámbito de los derechos y el tráfico patrimoniales, se trata de tomar decisiones que afecten a los derechos de la personalidad.

La Ley de la Comunidad Autónoma de Aragón 12 / 2001, de 2 de Julio de la Infancia y la Adolescencia en Aragón, proclama en el ámbito de las competencias autonómicas , los derechos de los menores : Capítulo II , artículos 9 a 19 de la misma , fijando como principio de aplicación de la misma, el de la territorialidad , pues se aplicará a todos los menores de dieciocho años que se encuentre transitoriamente en Aragón, independientemente de su situación y que los mismos hayan alcanzado la mayoría de edad en virtud de la ley aplicable.

En ambas leyes se consagra como uno de los principios básicos inspirador de ese estatuto jurídico-privado del menor “el de audiencia del menor “.que continuación analizaremos.

2.-Audiencia del menor.

La ley del Derecho de la Persona , siguiendo la tradición aragonesa (el principio de la audiencia e interes del menor, fueron prefigurados por Jerónimo Portolés en el Siglo XVI) establece en el artículo 3º, que “antes de adoptar cualquier decisión , resolución o medida que afecte a su persona o bienes, se debe oír al menor siempre que tenga suficiente juicio , y en todo caso , si es mayor de doce años “. Del mismo modo la Ley de la Infancia y Adolescencia de Aragón lo recoge en su artículo 13º, “ Derecho a ser oído”.

De este modo se vincula el principio de audiencia del menor con el criterio de que el menor tenga “suficiente juicio “ esto es , la capacidad de entender y de querer las consecuencias derivadas del ejercicio del derecho en cuestión. Que el menor tenga suficiente juicio, será el dato que el legislador toma como decisivo para que dicha audiencia se produzca, y como luego veremos para que el menor pueda ejercitar sus derechos de la personalidad, y ello en cualquiera que sea el ámbito en que la decisión, resolución o medida haya de adoptarse.

En el ámbito sanitario, la Ley 6/2002, de 15 de Abril de Salud de Aragón , se refiere a él en el artículo 14.º- Otorgamiento del consentimiento por sustitución., en el apartado 1. c) al decir, “Que en caso de menores, , si estos no se encuentran preparados , ni intelectual ni emocionalmente, para poder comprender el alcance de la intervención sobre su salud, el consentimiento debe darlo el representante del menor, después de haber escuchado, en todo caso, su opinión si es mayor de doce años...” (en el mismo sentido el legislador estatal en 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 , en su artículo 9.3, al regular el consentimiento por representación.).

En sede del Código Civil es el artículo 154.3, el que dice: “Si los hijos tuvieran suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten “. De igual modo, el artículo 159.2 CC para el supuesto de que los padres vivan separados y no hubiera acuerdo sobre al cuidado de que progenitor quedarán los hijos menores de edad.

La Ley Orgánica 1/1996 de 15 de Enero de Protección Jurídica del Menor, establece en el artículo 9.1. “El menor tendrá derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.”

En el ámbito internacional, la Convención de los Derechos del niño , aprobada por Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de Noviembre de 1990, recoge en el artículo 12º, el derecho de ser oído: *Artículo 12 : “1.- Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.*

2. Con tal fin, se dará particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

El Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina de 4 de Abril de 1977 celebrado en Oviedo , ratificado por España del 23 Julio de 1999, que entró en vigor el 1 de Enero de 2000, establece en el artículo 6.2: . “La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y grado de madurez”.

En consecuencia, dada la importancia que las leyes (autonómicas y estatales) conceden a la “Audiencia previa del menor”, seria conveniente , en la práctica , especialmente la notarial, que, al menos, en el documento de que se trate, y especialmente cuando se exija la autorización previa o aprobación a posteriori, provenga de la Junta de Parientes, tratándose de la Junta Notarial (art 160 Ldp) al formalizarse las mismas, se haga constar, por manifestación de los integrantes de la junta , que ésta ha oído previamente al menor, o que esa audiencia al menor se realice en el propio acto de la concesión de la autorización o aprobación , en presencia del Notario, y tenga su constatación formal en la misma escritura pública.

3.-Ejercicio de los derechos de la personalidad.

A. REGLA GENERAL: LA CAPACIDAD. Artículo 4 Ldp.

La Ley de la Persona, reconoce al menor capacidad con carácter general, para el ejercicio de sus derechos de la personalidad, así el artículo 4º, al decir, que el menor que tenga suficiente juicio, podrá por sí solo, ejercer los derechos de la personalidad, estableciendo en su párrafo 2º, que las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva.

De ahí , como señala la Exposición de Motivos de la Ley, la trascendencia del principio enunciado en el artículo 4º, pues se establecen las dos reglas generales que han de regir la materia del ejercicio de los derechos de la personalidad por los menores: 1) que

el menor que tenga suficiente juicio ejercerá por sí solo sus derechos de la personalidad , 2) y que la capacidad es la regla y sus limitaciones son la excepción.

Coherente con lo anterior, el artículo 9º párrafo 2 determina que “se exceptúan de la representación legal los actos relativos a derechos de la personalidad”. Por lo tanto se excluye de este ámbito la representación de los titulares de la autoridad familiar o del tutor. *Como afirma Delgado Echevarria, el goce de los más importantes derechos de la personalidad (vida, libertad, integridad física y moral ...) no requieren de ninguna capacidad de obrar, y en materia de derechos de la personalidad, no se puede hablar de representación legal, pues en la medida que son derechos inherentes a la persona , y se califican como derechos subjetivos sólo pueden ser ejercidos por su titular. (la doctrina del Tribunal Constitucional también se ha manifestado en este sentido).

No obstante lo anterior expuesto, la Ley tiene en cuenta la edad del menor aragonés, así según sea menor de catorce años o mayor de catorce años, en el ámbito personal y siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor, será o no necesaria, la autorización de los titulares de la autoridad familiar (padres u otras personas a quienes pueda corresponder) o del tutor o del Juez.

Esto va a ocurrir , fundamentalmente , en situaciones que supongan una intromisión por parte de terceros en los derechos de la personalidad del menor, y a los efectos de legitimar dicha intervención, así, suponen una injerencia de los terceros en ellos: una operación quirúrgica, la publicación de una fotografía del menor en medios de difusión, etc. En estos supuestos será necesario el consentimiento del menor, si tiene suficiente juicio, para llevar a cabo estas actuaciones, pero ello no implica que los padres o tutor no deban actuar, consentir o asistir al menor en la toma de estas decisiones.

B) INTROMISIONES ILEGITIMAS DE TERCEROS EN LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. Artículos 17 y 21 de la Ley.

La ley aragonesa regula estas situaciones, en los artículos 17º y 21º de LP, bajo la denominación de “Intromisión de terceros en los derechos de la personalidad”

Ambos artículos comienzan diciendo: “Siempre que con arreglo a las leyes la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión en sus derechos de la personalidad, “ , y a continuación regula la intromisión ,según el menor tenga o no catorce años.

Pero en ambos preceptos, que analizamos a continuación, la actuación de los titulares de la autoridad familiar o del tutor, para prestar la autorización o la asistencia, tiene su justificación en el cumplimiento de su deber de crianza y educación de los hijos menores no emancipados que conlleva la autoridad familiar o la tutela (artículo 60 y 122º LP), pero nunca como hemos señalado anteriormente, actuarán como representantes del menor, puesto que no es posible la representación del menor en los que atañe sus derechos de la personalidad (art.9.2 Lp).

Como señala MERINO, estos artículos, sólo desarrollan el aspecto conflictivo del ejercicio de tales derechos , fijándose por lo tanto en el aspecto defensivo , cuando el ejercicio de los mismos suponga una defensa frente a los ataques que provengan de otras personas, produciéndose, de este modo, un cierto vacío normativo , pues tan importante es regular la actuación del menor en el supuesto de que sus derechos de la personalidad sean lesionados, como en los casos en los que sin intromisión alguna el propio menor pueda ejercitarlos.

Es conveniente señalar que en cualquier caso el consentimiento del menor o en su caso de su representante legal, excluye el concepto de intromisión ilegítima. Así, el consentimiento expreso, que es revocable en cualquier momento, opera como causa de justificación, enervando la ilicitud de determinados supuestos.

Respecto a dicho consentimiento y al concepto de intromisión ilegítima, es la Ley orgánica 1/1982, de 5 de Mayo, del derecho al Honor, la Intimidad y la Imagen, la que en el artículo 2º.2 establece que “no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima cuando el titular del derecho hubiera otorgado al efecto su consentimiento expreso”. Y en cuanto al consentimiento de los menores, el artículo 3º determina que: “el consentimiento de los menores e incapaces deberá presentarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.”

Así, la Ley Orgánica es respetuosa con la norma de interpretación restrictiva de las limitaciones de la capacidad de obrar y no hace más que determinar lo que ya establece con carácter general el artículo 162 del CC.

A continuación, esta ley determina en sus artículos 7 y 8 que actos o situaciones pueden tener la consideración de intromisiones ilegítimas en los derechos de la personalidad que regula, y las enumera, por presumir legalmente la existencia del daño moral, lo que supone una novedosa inversión de la carga de la prueba en esta sede pues hasta la entrada en vigor de esta ley el daño, por aplicación del artículo 1.902 del CC, debía probarse.

Pero esta regulación se ha de completar con la ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del menor, que en su artículo 4º.3, señala una serie de intromisiones ilegítimas, y añade que también lo será cualquier otra “que sea contraria a sus intereses”. De este modo establece una “cláusula abierta” en relación a las posibles intromisiones ilegítimas, si bien en esos casos deberá probarse la existencia de un efectivo perjuicio en la persona.

a) Intromisión de terceros en los derechos de la personalidad de un menor de catorce años aragonés. Artículo 17 Ldp.

El artículo 17º de la Ley de la Persona regula el ejercicio de los derechos de la personalidad por el menor de catorce años aragonés distingue los siguientes supuestos:

1.- Que el menor tenga suficiente juicio para actuar por sí. En este caso, “requerirá su consentimiento y la autorización conjunta de los titulares de la autoridad familiar o del tutor” (artículo 17.1.a LP).

Por lo tanto ante una intromisión en los derechos de la personalidad del menor (piénsese, publicación de una imagen, hacerse un tatuaje, o un piercing, etc.)— Orden de 12 de Enero de 2005, del Departamento de salud y Consumo, por la que se desarrollan los requisitos mínimos que deben cumplir el personal y los establecimientos donde se llevan a cabo la actividades de piercing, tatuajes y/o micropigmentación, dispone en su Artículo 4, párrafo segundo, en caso de menor de edad, deberá adjuntarse el consentimiento informado del representante legal. Por lo tanto tratándose de menores de catorce años parece coincidir con el artículo 17 Ldp—, la legitimación de la intromisión requiere, además del consentimiento del menor que tenga suficiente juicio, el de los titulares de la autoridad familiar, que deben actuar conjuntamente, o del tutor, permitiéndose en caso de negativa de alguno de los guardadores, la intervención judicial.

Con esta regulación se modaliza el artículo 4º, que contiene la regla general en esta materia, pues aunque le reconoce capacidad al menor para el ejercicio de sus derechos de la personalidad, en caso de intromisión ilegítima, exige para un ejercicio defensivo de los mismos, que juntamente a su consentimiento exista la autorización conjunta de los titulares de la autoridad familiar o del tutor.

En cuanto a la autoridad familiar, recordar que conforme al artículo 60 de la LP, corresponde su titularidad a ambos padres, pudiendo corresponder a uno sólo ellos o a otras personas en los casos legalmente previstos. Y los artículos 72 al 75 de la LP, bajo la denominación común de la autoridad familiar de otras personas, regulan la autoridad familiar de padrastros, y madrastras, abuelos y hermanos mayores de edad, configurándola con un contenido pleno en el ámbito personal, es decir, con los mismos derechos y obligaciones que la de los padres. La LP no ha incluido la autoridad familiar en las parejas no casadas, por lo que la persona que se une establemente, sin matrimonio, con otra que tenga hijos menores a su cargo y que sea titular única de la autoridad familiar sobre ellos, legalmente no puede compartir dicha autoridad.

Pues bien, el supuesto del artículo 17. 1, será uno de los casos en los que la autoridad familiar puede ser ejercida no sólo por los padres biológicos o adoptivos, sino también por el padrastro o la madrastra, o los abuelos del menor, por tratarse de cuestiones que afectan a su esfera personal y no patrimonial. Incluso por el hermano mayor del menor, a quien se le haya atribuido la autoridad familiar sobre éste.

La ley exige "autorización conjunta de los titulares de la autoridad familiar", lo que debemos interpretar en el único sentido de que esa autoridad efectivamente pertenezcan en cuanto su titularidad a dos personas, pero como es obvio, no debe entenderse como exigencia de que hayan de ser dos los titulares de la autoridad familiar los que deban actuar. Además, aquí la Ley exige la actuación conjunta de ambos titulares de la autoridad familiar, como excepción a las posibilidades de actuación separada previstas en el artículo 68 LP. No será, pues, válida la autorización prestada por uno sólo de ellos, si la autoridad familiar corresponde a ambos.

2.- Si el menor no tiene suficiente juicio, "sólo será posible la intromisión cuando lo exija el interés del menor, apreciado conjuntamente por los titulares de la autoridad familiar o el tutor y, subsidiariamente, por el juez" (art.17.1.c LP).

A esta actuación subsidiaria del Juez podrá acudir por uno de los titulares de la autoridad familiar cuando el otro no esté de acuerdo con la actuación de que se trate.

3.- Si el menor se manifiesta en contra, "sólo será posible la intromisión con autorización judicial en interés del menor" (art 17.1.b). Por lo tanto, la voluntad del menor con suficiente juicio es imprescindible, su negativa, impide cualquier intromisión en sus derechos de la personalidad, careciendo de legitimación para actuar los titulares de la autoridad familiar o el tutor, sólo el Juez, en interés del menor, puede autorizar la intromisión.

Y como supuesto específico, donde se necesitará autorización judicial, "el internamiento del menor en un establecimiento de salud mental o de educación o de formación especial que comporte privación de libertad" (art 17.2LP).

El artículo 62 de la Ldp, al determinar el contenido del Deber de crianza y autoridad familiar, establece en la letra C) "Educarlos y procurarles una formación integral. Corresponde a los padres decidir sobre la educación religiosa de los hijos menores de catorce años". A sensu contrario, podemos interpretar, que como la ley aragonesa reco-

noce capacidad a los menores mayores de catorce años, cuya capacidad se presume conforme al artículo 31 LP, y se presume también su aptitud para entender y querer para un acto concreto mientras no se demuestre lo contrario., es a ellos y no a sus padres a quienes corresponde decidir sobre la educación religiosa.

Anteriormente el legislador autonómico aragonés, bajo el título “derecho a la libertad Ideológica “ en el artículo 14 de la Ley 12 /2001, de Infancia y Adolescencia de Aragón había reconocido a los menores el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (también el artículo 6 LO 1/1996 de 15 de Enero , de protección jurídica al menor y en el ámbito internacional , el artículo 14 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño — *Artículo 14º.1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.*

2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.”)

El artículo 62º fue objeto de discusión en sede parlamentaria, presentándose la enmienda número 28, a la mesa de la comisión institucional, por parte de la Agrupación Parlamentaria Izquierda unida de Aragón, enmienda tendiente a suprimir dicho párrafo, sin embargo la enmienda no prosperó de modo que la redacción definitiva del artículo 62.1.c LP es la misma.

b).- Intromisión de terceros en los derechos del personalidad de un mayor de catorce años aragonés.. Artículo 21º.-

El estatuto jurídico-privado de esta clase de menores queda configurado en la Ley de Derecho de la Persona, partiendo de la ausencia de representación legal, que termina al cumplir los catorce años,—y que como ya ha quedado expuesto, ni siquiera actuaba antes , pues es inexistente en la esfera estrictamente personal, dadas ciertas condiciones de madurez del menor— y desde dicha edad (cumplidos los catorce años) su capacidad se completa con la asistencia, ex. Art.2.3 LP , y la autoridad familiar , a la que esta sujeto, continua hasta la mayoría de edad o emancipación.

Conforme al artículo 20LP, al menor cumplidos los catorce años, aunque no este emancipado, se le reconoce capacidad para celebrar por si toda clase de actos y contratos, con la asistencia de uno cualquiera de sus padres , que esté en ejercicio de la autoridad familiar o en su defecto del tutor.

A partir de los 14 años se presume la capacidad del menor (art. 31Ldp), por lo tanto, se le presume el suficiente juicio para ejercer, de acuerdo con las leyes, sus derechos de la personalidad e igualmente consentir y legitimar las injerencias de los terceros sobre los mismos.

Así en coherencia con lo anterior, el artículo 31º LP, establece dos presunciones: se presume la capacidad de la persona que ha cumplido catorce años y no ha sido incapacitada, y se presume su aptitud para entender y querer un acto en concreto, salvo prueba en contrario.

Este artículo parte de una premisa necesaria pero que necesita su debida plasmación legal, toda persona mayor de catorce años, en la media en que es capaz de realizar actos

y contratos, en algún caso con complemento de capacidad, es capaz a salvo se haya declarado su incapacidad por resolución judicial.

La capacidad que se presume no es la jurídica, sino la capacidad de obrar. Esta presunción puede parecer que se configura como *iure et de iure*, pero considero que la previsión legal no pretende esta afirmación, pues de ser así, sería innecesario el segundo de los párrafos del art 31., y es este segundo párrafo el que permite plantear la anulabilidad de un acto o contrato hecho por un mayor de 14 de años no incapacitado, basado en la ausencia de un entendimiento y voluntad para realizarlo cuando se pruebe ello. Por lo tanto lo que esta estableciendo el precepto son dos presunciones *iuris tantum*..

La protección de los derechos de la personalidad del mayor de catorce no incapacitado se rige por las reglas generales sobre capacidad , correspondiendo al propio interesado, debiendo prestar su consentimiento de forma expresa,, para que no exista intromisión ilegítima.

El legislador aragonés, contempla expresamente, las situaciones en las que un menor aragonés mayor de catorce años pueda sufrir algún tipo de intromisión en los derechos de su personalidad, y las regulada en el artículo 21º LP, cuyas reglas entendemos pueden aplicarse, también, para las situaciones de ejercicio de los derechos de la personalidad en sentido positivo, es decir sin que exista intromisión alguna de terceros.

Artículo 21º.- “Siempre que con arreglo a las leyes la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión en sus derechos de la personalidad...”

El citado artículo, siguiendo el criterio general, distingue los siguientes supuestos:

1.- , Si el menor esta en condiciones de decidir sobre la intromisión- Entonces determina , que depende de su “exclusiva voluntad “, es decir, que será el propio menor quien decida acerca de la posible intromisión en sus derechos de la personalidad, ejercitando , por sí y sin precisar asistencia alguna, las acciones que sean del caso siendo el menor, quien debe prestar el consentimiento para cualquier acto o injerencia de terceros que tengan que ver con tales derechos.

Ello significa que es el menor mayor de catorce años, quien decide si presta su consentimiento para tatuarse, (ya que creo , que pesé a la regulación de esta materia en la Orden de 12 de Enero de 2005, no se puede sostener , a la luz de la regulación de la ley de la persona, que un menor mayor de 14 años, no pueda llevar a cabo estas actuaciones , siempre y cuando entrañen para él un grave riesgo para la vida), decide tomar la píldora postcoital , donde la legislación en esta materia no establece ningún tipo de edad , *(esta materia se encuentra regulada en nuestra Comunidad Autónoma, mediante una Orden de 3 de Octubre de 2005, del Departamento de Salud y Consumo por el que se regula la prescripción y administración de la píldora postcoital en los Centros sanitarios públicos del sistema de De Salud de Aragón , dispone en su artículo 4, cuarto “Podrán solicitar la prescripción y administración gratuita de la píldora postcoital las usuarias del Sistema de Salud de Aragón con la finalidad de prevenir un embarazo no deseado”, así el termino utilizado “usuarias”, incluye a también a las menores de edad ,mayores o menores de catorce años, si tienen suficiente juicio. Con posterioridad mediante Decreto de la Conserjería de Sanidad se crea un fichero de datos de usuarias de este medicamento, Decreto 47/2006, de 21 de Febrero del gobierno de Aragón. La Institución del Justicia de Aragón, emitió un Informe sobre esta cuestión, motivado por las quejas recibidas sobre esta regulación, el Informe y Sugerencia sobre el Consentimiento Informado y Prescripción a menos de la Llamada Píldora del día después, de fecha 5 de Mayo de 2006, Expte. DI-1318/2005-3, que remitió a la Consejera de Salud y Consumo. Algunos autores señalan la*

edad de los 13 años como edad para ejercer la autodeterminación sexual, acudiendo a la aplicación del art. 181.2 del Código Penal , que excluye el delito de abuso sexual, si la menor tiene 13 años y consiente .)

Y también será el menor, quien decide no consentir determinadas actuaciones, por ejemplo, que se tenga acceso a su historial médico, no someterse a quimioterapia etc. Este criterio seguido por el legislador aragonés que coincide con el del Código Civil , puede llevarnos por su excesiva amplitud , a situaciones desproporcionadas, por ello el propio artículo 21, establece dos importantes excepciones:

- primera excepción : “ si su decisión entraña un grave riesgo para su vida o integridad física o psíquica , necesitaría la asistencia prevista en el artículo anterior” (padres, tutor, Junta de Parientes o el Juez). Pero no podemos olvidar que la asistencia de los padres o guardadores no pasa a ser, sino un mero consejo o asesoramiento pudiendo el menor adoptar una decisión frente a la intromisión en un derecho afectaste a su personalidad y su decisión sería valida por más que el asesoramiento de sus padres fuera contra a ella. La imposibilidad de prestar esta asistencia permitirá al menor solicitarla de la Junta de parientes o del Juez (art. 20).

Piénsese en las decisiones que impliquen la practica de un aborto , el sometimiento a intervenciones de estética o cirugía voluntaria (mamoplastia , rinoplastia..).

. - y por ello para evitar situaciones especiales , la segunda excepción prevista es : “ que contra su voluntad sólo sería posible la intromisión con autorización judicial en interés del menor.”, en base a ella los padres o guardadores podrían acudir a la Autoridad judicial ante decisiones del menor consideradas peligrosas , pidiendo una acción contraria a la adoptada por el propio menor .

Serían casos, por ejemplo, en los que el menor no quiere operarse o someterse a un tratamiento a un tratamiento contra el cáncer o transfusiones de sangre en el supuesto de testigos de Jehová.

La intervención de juez podrá ser solicitada por el facultativo que conozca del caso y por los titulares de la autoridad familiar o cualquier pariente que conozca de la situación (art. 7. Ldp).

2.- Para el supuesto de que el menor “no este en condiciones de decidir sobre ella, sólo será posible la intromisión cuando lo exija el interés del menor apreciado por uno de los titulares de la autoridad familiar o por el tutor y subsidiariamente, por el Juez” (art. 21.”)

Como señala la Exposición de Motivos de la Ley:” Si no está en condiciones de decidir sobre la intromisión, ésta sólo será posible cuando lo exija el interés del menor apreciado por uno de sus padres o por el tutor y, subsidiariamente, por el Juez” .

Pensemos una vez más en la necesidad de una intervención médica , y el menor no puede consentir ,lo que ocurrirá si por estar inconsciente, bajo los efectos de drogas, alcohol,...) , pues en su interés podrá consentir uno cualquiera de sus padres o el tutor y si ellos , considerarán que no hay que llevar a cabo dichas intervención (por cualquier convicción, incluidas las religiosas), el facultativo podrá solicitar la autorización judicial para legitimar su intervención, que en cualquier caso estará validamente realizada sin contar con el consentimiento de ningún otro sujeto ,en caso de peligro de la vida del menor que no puede consentir, artículo 13 de la Ley de Salud de Aragón.

Finalmente el artículo 32, determina la intromisión en los derechos de la personalidad de los mayores de edad no incapacitados que no estén en condiciones de decidirla

por sí mismo, requiere el consentimiento del cónyuge no separado judicialmente o de hecho, en su defecto, del pariente más próximo o allegado que se ocupe de él, y a falta de estas personas resolverá el Juez lo que estime más conveniente para éste.

4.- Supuesto del posible conflicto entre la libertad religiosa y derecho a la vida del menor. El problema de las transfusiones de sangre de los testigos de Jehová .

En efecto, especial problemática presenta el consentimiento a los tratamientos e intervenciones médicas cuando éste viene condicionado por el ejercicio del derecho a la libertad religiosa, paradigmática manifestación de tal situación, es la negativa de los Testigos de Jehová a someterse a transfusiones de sangre y en especial , cuando es un menor de edad quien debe someterse a dicha transfusión. Deberíamos distinguir los siguientes supuestos, y todo ello a la luz de los artículos 17 y 21 de la LpD :

1.-Que se trate de un menor de catorce años que no tiene suficiente juicio o madurez.

El menor en este caso, no podrá ejercer su derechos de la personalidad, pero tampoco podrán hacerlo, como regla general, sus representantes legales, según se desprende de la interpretación de los artículo 162CC y artículo 4º y 9º LP aragonesa. En consecuencia cuando el menor no tiene capacidad natural o suficiente juicio el menor no podrá ejercer por si mismo su libertad religiosa ni prestar el consentimiento en ámbito médico. Por lo tanto según lo dicho hasta ahora, sólo será posible la intromisión si lo exige el interés del menor , que será apreciado conjuntamente por los titulares de la autoridad familiar o el tutor y subsidiariamente por el juez.

Pero aquí habrá que tener en cuenta la posible existencia de conflicto entre los titulares de la autoridad familiar, el tutor y el hijo o pupilo, pues si los padres practican la misma religión del menor testigo de Jehová, entendemos que no son aptos para apreciar el interés del menor, y , no autorizarán por esa razón la transfusión de sangre. Por lo tanto ellos no pueden valorar el interés del menor de forma objetiva, ya que existe un conflicto de intereses entre el derecho a la vida del hijo y el derecho a la libertad religiosa, de ellos y del hijo (art 62.1.c Lpd), que de alguna manera les impide cumplir íntegramente el deber de cuidado de la persona. En esta situación, deberíamos aplicar la regla específica del artículo 17Ldp, (y no la regulación del artículo 10 Ldp relativa a la oposición de intereses entre el menor y quien le representa, pues en materia de derechos de la personalidad no es posible la representación),y resolvería el Juez a instancia del facultativo que debe realizar la transfusión de sangre , y ello, sin perjuicio de que habiendo riesgo inminente para la vida del menor y siendo éste incapaz de consentir , deba y pueda intervenir legítimamente el médico conforme el artículo 13.1.b de la Ley 6/2002 de 15 de Abril , de Salud de Aragón.

2- Que se trate de un menor de catorce años que tiene aparentemente suficiente juicio para ejercer por si mismo su derechos de la personalidad, y que en ejercicio de su derecho a la libertad religiosa rechaza un tratamiento médico (la transfusión de sangre) necesario para salvarle la vida. Entonces la voluntad del menor con suficiente juicio, es imprescindible (art. 17.1.b), Ldp), de manera que los titulares de la autoridad familiar o el tutor no están legitimados para actuar, sólo el Juez, en interés del menor (salvarle la vida, lo que es obvio) ,puede autorizar la intromisión.

Así sucedió en el supuesto estudiado por el Tribunal Supremo en STS , Sala de lo Penal , de 27 de junio de 1997 y posteriormente el Tribunal Constitucional en STC 154/2002 de 18 de julio, cuyos hechos todos recordaremos (se trataba de un menor de trece años de edad, que informado por los médicos de la necesidad de someterse a una transfusión de sangre , se negó a ello , por motivo de sus creencias religiosas- manifestó a ser testigo de Jehová., los padres que eran de la misma, religión, fueron requeridos por los médicos para que convencieran a su hijo, petición que declinaron por los mismos motivos, los médicos , pese a contar con autorización judicial (asumida por los padres) no realizaron la transfusión y cuando ésta fue ordenada judicialmente, fue demasiado tarde, el menor había fallecido.) La indicada sentencia analiza distintas cuestiones , pero como señala María José Santos Morón, el único argumento capaz de sustentar la prevalencia de la libertad religioso , seria aceptar que si el menor tiene la suficiente capacidad para decidir por si mismo como ocurrió en el caso de la sentencia comentada, tanto sus padre como el médico que lo trate ,deben de respetar su voluntad, porque cuando el hijo tiene suficiente entendimiento y madurez para ejercitar por si mismo sus derechos de la personalidad, los titulares de la patria potestad no están facultados para intervenir en ese ámbito.

Sin embargo la cuestión a nuestro juicio más trascendente, es que aun admitiendo la capacidad del menor de edad (menor de 13 años de edad) , con suficiente juicio para ejercer por si mismo el derecho de Libertad religiosa, lo que debe analizarse es si el menor tiene realmente madurez para consentir o rechazar una transfusión de sangre, y aun en caso de tenerla, si es aceptable que el menor rechace un tratamiento médico que salvará su vida alegando motivos religiosos. Entendemos que el conflicto entre la libertad religiosa y la vida, debe resolverse a favor de este último, cuya protección debe prevalecer frente a cualquier otro derecho, incluso, como el supuesto en cuestión, la libertad religiosa, por ello en estos casos debería acudir al juez para que permita y ordené realizar la transfusión, pues incluso aceptado que el menor pudiera tener madurez, sería discutible que pudiera aceptarse su negativa a la transfusión de sangre cuando ello condujera a una muerte segura ,por tratarse de un acto que afecta en sentido negativo a la vida y que tiene como notas esenciales que sus consecuencias son irreparables y definitivas .

El poder de auto disposición del menor no puede ser ilimitado si va contra sus propios intereses, y el interés superior que debe ser preservado es su vida, que es el derecho por antonomasia de la personalidad, y que como tal debe ser protegido (máxime cuando se trata de menores) frente a cualquier derecho, incluso como es el caso examinado, la libertad de creencias de los padres y del menor.

3- Que se trate de un menor mayor de catorce años, cuya capacidad se presumen, y que estando en condiciones de decidir sobre la intromisión, alegando ser Testigo de Jehová se niega a recibir una Transfusión de sangre. Pues bien, como en contra de su voluntad, no se puede llevar a cabo ninguna intromisión, seria necesaria la autorización judicial (que sería instada por el médico sin perjuicio de que pueda y deba intervenir legitimado conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de Salud de Aragón) teniendo en cuenta el interés del menor (art. 21.1.b LdP).

5.-Supuesto especial del cambio del nombre y alteración del orden de los apellidos.

El derecho al nombre (entendiéndolo como referencia al nombre propio y a los apellidos) tiene una naturaleza mixta , porque además de ser una institución de orden

público es también un derecho de la personalidad, al cumplir un función de identificación e individualización de la persona , garantizando de ese modo su identidad personal. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, reconoce el derecho al Nombre del niño desde que nace, en el artículo 7º *Reconoce el derecho al niño a un nombre "desde que nace", así dice: " 1.-El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos."*—, y el Derecho a preservar su identidad, incluida el nombre, en el artículo 8º, *reconoce el derecho de preservación de la Identidad, y dice : "1.- Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad , incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.*

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad." debiendo aplicarse en situaciones de cambio de nombre, el Principio del respeto a las opiniones del niño, en función de su edad y madurez, consagrado en el art. 12ª.

En cuanto al nombre propio, el legislador aragonés en el artículo 22º LP determina que "cualquier persona, desde que cumpla los catorce años, podrá solicitar , sin necesidad de asistencia, la sustitución de su nombre propio por su equivalente onomástico en cualquiera de las lenguas propias de Aragón".

De este modo el legislador aragonés está desplazando los artículos de la legislación del Registro Civil; en concreto el artículo 54 de la ley del Registro civil de 8 de junio de 1957, dice que "a petición del interesado o de su representante legal, el encargado del Registro sustituirá el nombre propio de aquel por su equivalente onomástico en cualquiera de las lenguas españolas". Frente al criterio del legislador estatal que no considera legitimado al menor de edad, el legislador autonómico considera legitimado al menor, y además sin la normal asistencia. Por otro lado, resulta la difícil conciliación de la expresión legal estatal "cualquiera de la lenguas españolas" y la autonómica "leguas propias de Aragón " .

Por su parte el criterio de la Dirección General de Registros y Notariado, en Resolución de 6 de Noviembre de 2001, estableció que la modificación del nombre propio del menor de edad requiere la intervención de los representantes legales. En efecto la DGRN considera que cuando el menor tiene madurez suficiente debe actuar con el complemento de capacidad de sus representantes legales y cuando no la tenga actuarán los representantes legales únicamente, así en ningún momento la DGRN ha permitido que un menor de edad solicite por sí mismo la modificación de su nombre propio. La DGRN se rige por lo previsto en el artículo 154.3 CC, que establece que el menor deberá ser oído antes de tomar cualquier decisión que le afecte; si bien ha sido muy restrictiva en la aplicación de la preceptiva audiencia del menor de edad.

En cuanto a los apellidos, el legislador autonómico, siguiendo el mismo criterio que para el nombre, en el artículo 54 °LP determina "que el hijo, desde que cumpla los catorce años, podrá solicitar, sin necesidad de asistencia, que se altere el orden de los apellidos."

Frente a este criterio, el legislador estatal en el artículo 109 del Cc in fine, establece una limitación legal , y establece una determinada edad legal al señalar que "el hijo , al alcanzar la mayoría de edad , podrá solicitar que se altere el orden de sus apellidos".

**DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DE LOS MENORES EN ARAGÓN
REFERENCIA AL ABORTO DE LAS MENORES DE EDAD ARAGONESAS
ALGUNAS CUESTIONES DE COMPETENCIA EN MATERIA DE CAPACI-
DAD PARA CONSENTIR ACTOS MÉDICOS***

MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ

Prof. Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

SUMARIO.

I. Los derechos de la personalidad de los menores de edad en la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona (LDp.) §1. Regulación. 1. Los artículos 4, 17 y 21 LDp. A. *Los derechos de la personalidad: art. 4 LDp. Titularidad y ejercicio.* B. *Las intromisiones ilegítimas en los derechos de la personalidad de los menores de edad. Los arts. 17 y 21 de la LDp.* a) *Personas menores de 14 años. Intromisión ilegítima en sus derechos de la personalidad: el art. 17 LDp.* b) *Personas menores mayores de 14 años. Intromisión ilegítima en sus derechos de la personalidad: el art. 21 LDp.* §2. El aborto legal de las menores de edad aragonesa: ¿está resuelto en la Ley? 1. Planteamiento general en relación a la capacidad para abortar de las menores de edad. A. *La regulación penal: El art. 417 bis Cpen.* B. *La capacidad para consentir la interrupción del embarazo: una cuestión civil vinculada al estatuto personal de los sujetos.* C. *La capacidad para la interrupción voluntaria del embarazo en el ámbito del Código civil.* 2. Aragón: ¿ha previsto la solución al problema? A. *Antecedentes. Anteproyecto de Ley de Derecho de la persona.* B. *La regulación del aborto en el seno de la Comisión aragonesa de Derecho civil (CADC).* a) *La Comisión.* b) *El punto de partida. Memoria del texto articulado del Proyecto de Ley de actualización del Derecho civil de Aragón en materia de Derecho de la perso-*

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación Der-2008-01669/JURI, "Validez y eficacia de las normas y de los actos jurídicos", dirigido por el Profesor Delgado Echeverría y financiado al cincuenta por ciento por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y los fondos FEDER.

na. c) *Los debates en el seno de la CADC.* 3. La situación actual en lo que atañe a la capacidad para abortar de las menores de edad aragonesas. A. *La solución a través de la Ley de Derecho de la persona.* B. *Los argumentos: art. 1 Comp.* C. *La solución al caso: arts. 17 y 21 en relación con el art. 4 LDp.* a) *El art. 4 LDp., fundamento del sistema.* b) *¿A partir de qué edad y en qué condiciones la mujer es plenamente capaz para llevar a cabo esta decisión válidamente? Mayores de edad y menores emancipadas.* c) *Menores de edad que no han cumplido 14 años.* d) *Menores de edad, mayores de 14 años.* II. *Algunas cuestiones de competencia: Relaciones entre normas de distintos conjuntos normativos (estatales y autonómicas) y entre normas del mismo conjunto normativo: la regulación del consentimiento informado a través de la legislación sanitaria y la capacidad civil para consentir los actos médicos.* § 3. *Cuestión previa: ¿tiene Aragón competencia para regular la capacidad relacionada con los derechos de la personalidad y en el especial el consentimiento para las intervenciones en el ámbito de la salud?* 1. *¿Existe un derecho a la salud atribuido en exclusiva al Estado en base a lo previsto en el art. 149.1. 1ª y 16ª CE?.* A. *Las dudas en el seno de la CADC.* B. *Los principios de competencia, preferencia y supletoriedad. Relaciones entre ordenamientos.* C. *Derechos de la personalidad: ¿Derecho civil o Derecho público?* 2. *La competencia del Estado para reglar las condiciones básicas de ejercicio de los derechos y deberes fundamentales. El consentimiento informado.* A. *El consentimiento informado: ¿un derecho fundamental?.* a) *Argumentos doctrinales y jurisprudenciales. Tendencias: Carta de los Derechos fundamentales de la U.E.* b) *La respuesta: las Sentencias del TC.* B. *El consentimiento informado: ¿un derecho constitucional de competencia exclusiva del Estado ex art. 149.1.1ª CE?.* a) *Planteamiento de la cuestión.* b) *El contenido del art. 149.1.1 CE a través de la doctrina y de las sentencias del TC.* c) *Las condiciones básicas de ejercicio y las competencias autonómicas. Conclusiones.* d) *Consentimiento informado y el art. 149.1.1. CE.* C. *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. ¿Qué es lo básico en lo que atañe al consentimiento informado?* a) *Objeto y fines de la Ley.* b) *El carácter básico de la Ley.* c) *Lo básico y lo no básico en la regulación del consentimiento informado: los arts. 8 y 9 de la ley 41/2002.* § 4. *Las relaciones entre diversos conjuntos normativos.* 1. *La Ley estatal 41/2002 y su relación con las leyes autonómicas.* A. *La competencia estatal y autonómica en materia de consentimiento informado.* B. *Consecuencias que se derivan de la falta de competencia o de la extralimitación.* 2. *La Ley de la Salud aragonesa y la Ley aragonesa de Derecho de la persona.* A. *Relaciones de normas de un mismo conjunto normativo. Jerarquía y posterioridad.* B. *La capacidad para consentir actos médicos: funcionalidad entre la Ley de Derecho de la persona y la Ley aragonesa de Salud.* a) *El art. 14 de la Ley de Salud: Otorgamiento del consentimiento por sustitución.* b) *Los arts. 17 y 21 de la Ley del Derecho de la persona. El desplazamiento de la normativa aragonesa de Salud cuando afecte a menores de vecindad civil aragonesa.* C. *La ley de salud. Su aplicación territorial.* III. *Resultados de la investigación*

* * * * *

I. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DE LOS MENORES DE EDAD EN LA LEY 13/2006, DE 27 DE DICIEMBRE, DE DERECHO DE LA PERSONA

§1. REGULACIÓN

1. LOS ARTÍCULOS 4, 17 Y 21 LDP.

La vigente Ley aragonesa de Derecho de la persona atiende de forma expresa a la regulación de esta materia, siguiendo en su formulación la tendencia de la sociedad actual de conceder autonomía al menor en todo aquello que tenga que ver con sus derechos de la personalidad.

En concreto, y por lo que atañe a los menores, son los art. 4, 17 y 21 LDp., las normas claves en esta cuestión.

A. Los derechos de la personalidad: art. 4 LDp. Titularidad y ejercicio

El art. 4 LDp. regula con carácter general la capacidad de los menores de edad aragoneses, los que no están casados o no han cumplido 18 años (art. 1 LDp.), atendiendo, por un lado, a los principios internacionales¹ que reconocen progresiva capacidad de obrar a los menores de edad en el ejercicio de sus derechos de la personalidad en función de su capacidad natural: tener suficiente juicio, dirá la Ley aragonesa.

Por otro lado, el precepto recoge la tradición aragonesa, en la que no se aplicó nunca la patria potestad romana (*De consuetudine Regni non habemus patriam potestatem*), de manera que la capacidad de los sujetos no va a conocer otras limitaciones que aquéllas que sean necesarias para su protección en razón de su menor edad. Todo ello, auspiciado por el interés del menor, que ya proclamó Portolés en el siglo XVI.

Teniendo en cuenta las anteriores premisas, el art. 4 LDp., *Capacidad del menor*, dispone:

1. *El menor que tenga suficiente juicio podrá por sí sólo:*
 - a) *Ejercer los derechos de la personalidad.*
 - b) *Otorgar actos y contratos propios de la vida corriente del menor que, estando al alcance de su capacidad natural, sean conformes a los usos sociales.*
 - c) *Llevar a cabo otros actos que, de acuerdo con las leyes, puedan realizar sin necesidad de representación o asistencia.*
2. *Las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva.*

La norma establece dos consecuencias importantes, a saber:

- i) Para determinados ámbitos, sobre todo personal pero también patrimonial, será suficiente con que el menor tenga suficiente juicio, esto es, la capacidad de entender y de querer las consecuencias derivadas del ejercicio del derecho en cuestión.

¹ Art. 12 de la Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre, sobre Derechos del Niño, ratificada por instrumento de 30 de noviembre de 1990 es la norma clave de reconocimiento de esta capacidad, al establecer lo siguiente: 1. *Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.* 2. *Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.*

Así, por ejemplo, será el menor quien decida que ropa lleva, su corte de pelo, si pertenece o no a una asociación infantil; si publica o no su obra musical, recabar información sexual y utilizar anticonceptivos; también será el menor quien válidamente pueda comprar con sus propinas juegos para la Play Station 3, tebeos, tomar un autobús, adquirir libros y chucherías, etc.

ii) La capacidad es la regla y sus limitaciones la excepción, esto es lo que proclama el párrafo 2 del art. 4 que comentamos.

En consecuencia, y por lo que respecta a los derechos de la personalidad, si el menor tiene suficiente juicio ejercerá por sí solo sus derechos de la personalidad excluyendo en todo caso de este ámbito la representación de los titulares de la autoridad familiar o del tutor (art. 9.2 LDp.).

Con todo, aunque el consentimiento del menor sea necesario en cualquier actuación que afecte a sus derechos de la personalidad, y sin él nadie pueda actuar en su lugar (salvo lo que luego se dirá), la ley tiene en cuenta la edad del menor; en función de que haya cumplido catorce años será o no necesaria, también en ámbitos personales y siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor, la autorización de los titulares de la autoridad familiar (sus padres u otras personas a quienes pueda corresponder) o del tutor o del Juez.

La autorización de estos otros sujetos se requiere, fundamentalmente, en situaciones que supongan una intromisión en los derechos de la personalidad del menor por parte de terceros y, a los efectos, de legitimar dicha intervención.

Si el menor está emancipado goza de plena capacidad jurídica para actuar en el ámbito personal, tal y como se desprende del art. 30 LDp. en relación con el art. 4.2 de la misma ley.

B. Las intromisiones ilegítimas en los derechos de la personalidad. Los arts. 17 y 21 de la LDp.

El ejercicio de los derechos de la personalidad en la mayoría de los casos no requiere siquiera de capacidad de obrar: el derecho a la vida, a la dignidad, a la integridad física, no exigen ninguna capacidad especial y corresponden a todos los sujetos desde su nacimiento.

Otros derechos, como la libertad ideológica, religiosa, la posibilidad de asociación, son también derechos de la personalidad, en cuanto que derivan de la naturaleza humana y de la dignidad inherente a la persona, e igualmente su ejercicio corresponde al menor, si tiene suficiente juicio, siendo en todo caso aquél el titular de los mismos².

Hay situaciones en el ejercicio de los derechos de la personalidad que suponen una injerencia de los terceros en ellos: una operación quirúrgica, la publicación de una fotografía del menor en medios de difusión, etc.; en estos supuestos es necesario el consentimiento del sujeto afectado para que la actuación del tercero sea legítima.

² Como afirma DELGADO ECHEVERRÍA, el goce de los más importantes derechos de la personalidad (vida, libertad, integridad física y moral, honor, intimidad, imagen, nombre ...) no requieren de ninguna capacidad de obrar. La LO 1/1996, aún con confusa distinción entre titularidad y ejercicio, supone que lo menores ejercitan por sí, al menos en ciertos casos y modos, sus derechos al honor, la intimidad y la propia imagen (art. 4º), a la información (art. 5º), a la libertad ideológica, conciencia y religión (art. 6º) y de asociación (art. 7º). Cfr. LACRUZ, (2008): *Elementos de Derecho civil I*, vol. 2 Personas, 5ª edición revisada y puesta al día por Delgado Echeverría, Dikynson, Madrid, pág. 130.

La Ley 12/2001, de 2 de julio de la infancia y la adolescencia en Aragón, proclama en el ámbito de las competencias autonómicas, los derechos de los menores: arts. 9 a 19 de la misma.

En principio, y por tratarse de derechos de la personalidad, la ley va a exigir el consentimiento del menor, si tiene suficiente juicio, para llevar a cabo estas actuaciones.

Ahora bien, aun cuando la decisión corresponda al menor, no implica que los padres (u otros titulares de la autoridad familiar, en su caso) no deban actuar, consentir o asistir al menor en la toma de estas decisiones.

En estos casos, los titulares de la autoridad familiar (o el tutor) actuarán, no como representantes del menor, sino en cumplimiento del deber de crianza y educación que conlleva la autoridad familiar, puesto que no es posible la representación del menor en los que atañe a sus derechos de la personalidad (art. 9.2 LDp.)

La ley aragonesa, respecto a la intromisión de los terceros en los derechos de la personalidad, distingue según el menor tenga o no catorce años.

a) Personas menores de 14 años. Intromisión ilegítima en sus derechos de la personalidad: el art. 17 LDp. Como explica el Preámbulo de la Ley, "si el menor tiene suficiente juicio, es preciso su consentimiento para cualquier intromisión de tercero en los derechos de la personalidad, de modo que contra su voluntad, la injerencia sólo será posible con autorización judicial; pero no es suficiente su consentimiento, sino que, para su protección, se requiere autorización conjunta de quienes ejerzan la autoridad familiar o del tutor, autorización que podrá suplirse con la del Juez. Si no tiene suficiente juicio, la intromisión sólo será posible cuando lo exija el interés del menor, apreciado conjuntamente por los titulares de la autoridad familiar, o del tutor y subsidiariamente, por el Juez".

En concreto, el apartado 1 del art. 17 LDp., dispone:

Siempre que con arreglo a las leyes la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión en sus derechos de la personalidad, la intromisión en los del menor de catorce años se regirá por las siguientes reglas:

a) Si tiene suficiente juicio, requerirá su consentimiento y la autorización conjunta de los titulares de la autoridad familiar o del tutor; en caso de negativa de alguno de ellos, su autorización podrá ser suplida por el Juez.

b) Contra su voluntad sólo será posible la intromisión con autorización judicial en interés del menor.

c) Si no tiene suficiente juicio, sólo será posible la intromisión cuando lo exija el interés del menor, apreciado conjuntamente por los titulares de la autoridad familiar o el tutor y, subsidiariamente, por el Juez.

a'. Si tiene suficiente juicio. Si se trata de una intromisión en los derechos de la personalidad del menor (publicación de su imagen, revelar datos de su intimidad³, donar embriones o fetos humanos⁴, hacerse un piercing⁵, consentir una operación quirúrgica,

³ Así se deduce del art. 3 LO 1/1985, de 5 de mayo, sobre protección civil del honor, de la intimidad personal y familiar y de la propia imagen: *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.*

⁴ El art. 29 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, establece: *Si alguno de aquellos –el donante fuera menor no emancipado, será necesario además el consentimiento de sus representantes legales.* Esta última norma se ha de adaptar las reglas sobre capacidad previstas en la LDp., no hemos de olvidar que el menor aragonés que ha cumplido 14 años carece de representante legal (art. 2.3 LDp.). La capacidad de los menores aragoneses debe regirse por sus propias normas, también en estos casos.

En efecto, aún cuando el título competencial de esta Ley estatal 14/2007, según expresa la DF1^a, se refiere a las competencias enunciadas a favor del Estado en los números 15^a y 16^a del art. 149.1 CE: *fomento y coordinación de la investigación científica y bases y coordinación general de la sanidad*; la regulación de la capacidad para el ejercicio de los derechos de

etc.) la legitimación de la misma requiere, además del consentimiento del menor que tenga suficiente juicio, el de los titulares de la autoridad familiar, que deben actuar conjuntamente, o el del tutor; permitiéndose, en caso de negativa de alguno de los guardadores, la intervención judicial.

La voluntad del menor con suficiente juicio es imprescindible: su negativa impide cualquier intromisión en sus derechos de la personalidad (vgr. menor testigo de Jehová, que se niega a una transfusión de sangre), de manera que los titulares de la autoridad familiar o el tutor no están legitimados para actuar, sólo el Juez en interés del menor (salvarle la vida), puede autorizar la intromisión.

b'. Si el menor no tiene suficiente juicio, sólo es posible la intromisión si lo exige su interés, que será apreciado conjuntamente por los titulares de la autoridad familiar o el tutor y subsidiariamente por el juez.

En este supuesto habrá que tener en cuenta la existencia de posibles conflictos entre los titulares de la autoridad familiar, el tutor y el hijo o pupilo para valorar si son aptos para apreciar el interés del menor.

Pensemos de nuevo en el caso de un menor testigo de Jehová que no tiene capacidad para consentir el acto médico (vgr. el menor tiene 4 años). Sus padres, igualmente, practican dicha religión y por ello no autorizaran la trasfusión.

En este caso, y a lo que creo, lo padres, titulares de la autoridad familiar, no pueden valorar el interés del menor de forma objetiva, hay un conflicto de intereses entre el derecho a la vida del hijo y el derecho a la libertad religiosa, de ellos y del hijo (art. 62.1.c LDp.), que entiendo les impide actuar libremente los deberes que implica la autoridad familiar: el cuidado de la persona.

En los casos del art. 17 LDp. no debe aplicarse la regulación del art. 10 (*oposición de intereses*), al estar prevista de forma específica en el art. 17 LDp. la intervención del Juez y ser ésta una norma especial; pero, sobre todo, porque en materia de derechos de la personalidad no es posible la representación, y el conflicto al que atañe el art. 10 se produce entre el menor y quién lo representa.

En un caso como el que planteo resolverá el Juez a instancias del facultativo que deba llevar a cabo la intromisión. Y ello, sin perjuicio de que habiendo riesgo inminente para la vida del menor y siendo éste incapaz de consentir, deba y pueda intervenir legítimamente el médico actuando los deberes derivados de su oficio: art. 13.1.b Ley 6/2002 de 15 de abril, de Salud de Aragón.

la personalidad corresponde a la legislación civil: art. 149.1.8ª CE. Por otro lado, la Comunidad Autónoma de Aragón tiene competencia exclusiva en: Investigación, desarrollo e innovación científica y tecnológica; biotecnología, biomedicina y genética así como sanidad y salud pública, sin perjuicio en este caso de la competencia básica estatal (cfr. Art. 71. 41ª, 42ª y 55ª Estatuto de Autonomía de Aragón), por lo tanto no es una norma de competencia exclusiva estatal, salvo en lo que atañe a las bases. Sobre cuestiones de competencia y relaciones entre normas de distintos conjuntos normativos me remito a los epígrafes § 3 y § 4.

⁵ Por lo que respecta al piercing será necesario el consentimiento informado del menor y el consentimiento de los sujetos que dice la Ley de Derecho de la persona. No obstante, la Orden de 12 de enero de 2005, del Departamento de Salud y Consumo, por la que se desarrollan los requisitos mínimos que deben cumplir el personal y los establecimientos donde se llevan a cabo las actividades de piercing, tatuaje y/o micropigmentación (BOA núm. 19, de 11 de febrero de 2005), dispone en el punto 1 del párrafo segundo del art. 4, que se requiere el "*Consentimiento informado del usuario, previo a la realización del tatuaje o piercing, del que quedará constancia escrita en el establecimiento, según modelo del anexo I. En caso de ser menor de edad, deberá adjuntar el consentimiento informado del representante legal*". En este caso, coincide (más o menos) con el art. 17 LDp.; pero, si el menor ha cumplido los 14 años, ¿también hace falta el consentimiento del su representante legal? El aragonés de 14 años no tiene representante legal (art. 2.3 LDp.), y no es esta la solución que ofrece el art. 21 LDp., que es el aplicable al caso.

b) Personas menores mayores de 14 años. Intromisión ilegítima en sus derechos de la personalidad: el art. 21 LDp. El Preámbulo de la Ley aragonesa 13/2006, explica que “para los menores que han cumplido los catorce años, la regla es que la intromisión de los terceros en sus derechos de la personalidad depende exclusivamente de su voluntad, si bien, cuando la decisión suponga un grave riesgo para su vida o su integridad física, necesitará adicionalmente la autorización de uno cualquiera de sus padres que estén en el ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, del tutor. Contra la voluntad del mayor de catorce años sólo será posible la intromisión con autorización judicial en interés del menor. Si no está en condiciones de decidir sobre la intromisión, ésta sólo será posible cuando lo exija el interés del menor apreciado por uno de sus padres o por el tutor y, subsidiariamente, por el Juez”.

A partir de los 14 años se presume la capacidad del menor (art. 31 LDp.) por lo tanto, se le presume el suficiente juicio para ejercer, de acuerdo con las leyes, sus derechos de la personalidad e igualmente consentir y legitimar las injerencias de los terceros sobre los mismos.

En atención a ello, el art. 21 LDp. regula la *Intromisión de los terceros en los derechos de la personalidad* de los menores de edad que han cumplido los 14 años, disponiendo que:

1. *Siempre que con arreglo a las leyes la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión en sus derechos de la personalidad, la intromisión en los del menor mayor de catorce años dependerá de su exclusiva voluntad, con las salvedades siguientes:*

a) *Si su decisión entraña un grave riesgo para su vida o integridad física o psíquica, necesitará la asistencia prevista en el artículo anterior.*

b) *Contra su voluntad sólo será posible la intromisión con autorización judicial en interés del menor.*

2. *Si el menor no está en condiciones de decidir sobre ella, sólo será posible la intromisión cuando lo exija el interés del menor apreciado por uno de los titulares de la autoridad familiar o por el tutor y, subsidiariamente, por el Juez.*

a'. *Reglas generales que se derivan de la regulación: la capacidad del menor mayor de 14 años.* El art. 21 LDp. establece una regla general: el menor aragonés que ha cumplido 14 años ejerce por sí sus derechos de la personalidad y es él quien debe prestar el consentimiento para cualquier acto o injerencia de terceros que tenga ver con tales derechos. El suficiente juicio se le presume.

En contra de su voluntad cualquier intromisión en sus derechos de la personalidad será ilegítima, salvo que medie autorización judicial, que sólo será posible en interés del menor.

Ello significa que es el menor mayor de 14 años quien decide si presta su consentimiento para tatuarse, ponerse un piercing⁶, tomar la píldora postcoital⁷, publicar su foto

⁶ La Orden de 12 de enero de 2005 (BOA de 11 de febrero de 2005), que regula esta materia, en el art. 4 se exige, el consentimiento informado del representante legal del menor. El aragonés de 14 años, puede por sí solo llevar a cabo estas actuaciones, siempre y cuando no entrañen para él un grave riesgo para la vida.

⁷ No estamos aquí ante un supuesto de intromisión en los derechos de la personalidad del menor, sino ante el ejercicio de un derecho ligado a otro fundamental como es el derecho a la intimidad. Los médicos deben prestar esta asistencia y sólo deberán dar aviso a los padres, si el uso reiterado de este fármaco por parte de la menor entraña riesgo para su salud.

La Orden 3 de octubre de 2005, del Departamento de Salud y consumo, por el que se regula la prescripción y administración de la píldora postcoital en los Centros sanitarios públicos del sistema de Salud de Aragón (BOA de 14 de octubre de 2005), dispone en su art.4 cuarto: *Podrán solicitar la prescripción y administración gratuita de la píldora postcoital las usuarias del Sistema de Salud de Aragón con la finalidad de prevenir un embarazo no deseado*”. No establece, y hace bien, nin-

en una revista deportiva⁸, someterse a un tratamiento dental, prestar el consentimiento informado para las actuaciones médicas que así lo precisen⁹ y también es el menor mayor de 14 años quien puede no consentir determinadas actuaciones: no someterse a quimioterapia, no permitir el uso de un corrector dental, no aceptar el ser transfundido usando hemoderivados, etc.

La regla general presenta dos excepciones, a saber:

1. Que la decisión del menor entrañe un grave riesgo para su vida o integridad psíquica; en este caso se requiere la asistencia de uno cualquier de sus padres, de alguno de los otros titulares que esté en ejercicio de la autoridad familiar o del tutor. La imposibilidad de prestar esta asistencia permitirá al menor solicitarla de la Junta de Parientes o del Juez. (art. 20 al que se remite el art. 21 LDp.).

Podemos pensar en actos médicos de cirugía voluntaria (mamoplastia, rinoplastia, crecimiento óseo, etc.), y para el caso de que tal cirugía sea operativa en función de la edad del sujeto (si no lo es, el facultativo debe desautorizarla en base a la *Lex artis*), deberá solicitarse el asentimiento que prevé el art. 20, siempre que tal actuación entrañe grave riesgo para la vida o el desarrollo de la personalidad del menor.

2. En contra de su voluntad no se puede llevar a cabo ninguna intromisión, si no es con autorización judicial y teniendo en cuenta el interés del menor.

Serían casos, por ejemplo, en los que el menor no quiere operarse o someterse a un tratamiento contra el cáncer; o no acepta transfusiones de sangre en el supuesto de testigos de Jehová.

En principio, es el menor quien adopta la decisión, salvo que con ello ponga en riesgo su vida, integridad física o psíquica (interés del menor), si tomamos como premisa que sometiéndose a dichos actos médicos hubiera grandes posibilidades de curación.

de edad, simplemente habla de *usuarias*, termino que incluye a las menores de edad, tanto si han cumplido 14 años como incluso por debajo de esa edad, si tienen suficiente juicio.

Algunos autores establecen los 13 años como edad para ejercer la autodeterminación sexual, tomado como argumento el art. 181.2 Cpen., que excluye el delito de abuso sexual, si la menor ha cumplido trece años y consiente (Cfr., entre otros, NIETO ALONSO, Antonia (2008): "La relevancia del consentimiento del menor. Especial consideración a la anticoncepción en la adolescencia: garantías jurídicas de los menores de los profesionales de la salud" en *Diario La Ley*, nº 7041; MUÑOZ CONDE, F. (2007): *Derecho penal. Parte especial*, Tirant Lo Blanch, pág. 226; DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, (2003): "Inconstitucionalidad de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de los derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana en relación con los menores de edad?", en *Diario La Ley*, nº 5744.)

Con posterioridad a la mencionada Orden 3 de octubre de 2005, mediante Decreto de la Consejería de Sanidad se crea un fichero de datos de usuarias de este medicamento, Decreto 47/2006, de 21 de febrero del Gobierno de Aragón, por el que se crea el fichero de datos de carácter personal de usuarias de la píldora postcoital (BOA de 10 de marzo de 2006).

Previamente a estas normas el Justicia de Aragón emitió un informe sobre esta cuestión que se remitió a la Consejera de Sanidad: Informe y sugerencia sobre el consentimiento informado y la prestación a menores de la llamada píldora del día después, de 5 de mayo de 2006. Exp. DI-131/2005-1.

⁸ Así se deduce del art. 3 LO. 1/1985, de 5 de mayo, sobre protección civil del honor, de la intimidad personal y familiar y de la propia imagen, al remitirse a la legislación civil.

⁹ El art. 14 de la Ley 6/2002, de 14 de abril, de Salud de Aragón, prescribe en la letra c del punto 1 que: *En el caso de menores, si estos no se encuentran preparados ni personal ni emocionalmente, para poder comprender el alcance de una intervención sobre su salud, el consentimiento debe darlo el representante del menor, después de haber escuchado, en todo caso, su opinión si es mayor de doce años. En el caso de emancipados y adolescentes mayores de 16 años, el menor dará personalmente su consentimiento.*

En los §3 y §4 me referiré expresamente a estas normas y cómo deben coordinarse, tanto las normas sanitarias estatales y autonómicas: las relaciones entre normas de diversos conjuntos normativos, así como las diferentes normas que pertenecen al mismo conjunto normativo, como es esta Ley de la Salud de Aragón y la Ley de Derecho de la persona.

Ahora basta decir que, por aplicación del art. 21 LDp., el menor aragonés que ha cumplido los 14 años, aún cuando no esté emancipado, puede prestar su consentimiento al acto médico, es esta Ley la que rige su capacidad y le permite actuar.

En casos de este tipo, sólo el Juez puede autorizar la intromisión. Su intervención podrá ser solicitada por el facultativo que conozca del caso y por lo titulares de la autoridad familiar, o cualquier pariente que conozca de la situación (art. 7.d LDp.).

De cualquier manera, entiendo, que si el menor presenta, por ejemplo, un cáncer terminal y no quiere seguir o comenzar el duro tratamiento químico al que deberá ser sometido, se ha de respetar su decisión, porque no es ésta la que entraña un riesgo para su vida, sino la propia enfermedad. La dignidad humana ha de imperar en estos supuestos, así como la capacidad del menor, que en este caso la tiene: es la premisa de la que hemos partido.

b'. Actuación en caso de que el menor mayor de 14 años no esté en condiciones de decidir. Si el menor no tiene suficiente juicio o no está en condiciones de decidir sobre la intromisión, serán los titulares de la autoridad familiar (uno de ellos) o el tutor quiénes decidan sobre ello y, subsidiariamente el Juez, pero siempre que lo exija el interés del menor.

La norma entraña dos consecuencias:

i) Se aplica la norma general: es necesario el consentimiento del menor mayor de 14 años, si no está en condiciones de decidir, no es posible la intromisión, con una excepción.

ii) La excepción es el interés del menor que, en su caso, aconseja la intromisión del tercero; en este supuesto pueden consentir la intromisión cualquiera de los titulares de la autoridad familiar, si son varios, o el tutor y, subsidiariamente, el juez.

Serían, entre otros, supuestos de actuaciones médicas en las que el estado en que se halla el menor le impide consentir: está inconsciente, bajo los efectos del alcohol o drogas o, debido a la enfermedad, está alterada su capacidad; en estos casos otros sujetos (uno de los titulares de la autoridad familiar o el tutor) actuando en interés del menor podrán consentir la injerencia. Subsidiariamente, se podrá solicitar auxilio judicial.

Pensemos, una vez más, en la necesidad de una intervención médica (una operación quirúrgica, una transfusión, etc.), el menor no puede consentir por las razones dichas, en su interés pueden intervenir uno cualquiera de los padres o el tutor.

Ahora bien, si ellos (por convicciones religiosas, por ejemplo), consideran que no hay que llevar a cabo el acto médico; el facultativo podrá solicitar autorización judicial para legitimar su intervención.

Por lo demás, si el menor no puede consentir y está en peligro su vida, el facultativo está legitimado para actuar válidamente sin contar con el consentimiento de ningún otro sujeto (art. 13.1.b, de la Ley aragonesa de Salud: Ley 6/2002, de 15 de abril).

§2. EL ABORTO LEGAL DE LAS MENORES DE EDAD ARAGONESA: ¿ESTÁ RESUELTO EN LA LEY?

1. PLANTEAMIENTO GENERAL EN RELACIÓN A LA CAPACIDAD PARA ABORTAR DE LAS MENORES DE EDAD

A. La regulación penal: El art. 417 bis Cpen.

Las normas que hemos analizado regulan la actuación de los menores de edad en lo que atañe al ejercicio de sus derechos de la personalidad; esto es, cuál es el protocolo de actuación para que sean válidos tanto el ejercicio del derecho como las injerencias sobre el mismo.

El aborto, tal y como está regulado en nuestro país, es un delito tipificado por la ley, salvo en los supuestos indicados en la legislación despenalizadora, que dio redacción al vigente art. 417 bis del Código penal:

1. No será punible el aborto practicado por un médico o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1. Que sea necesario para evitar un grave riesgo para la vida o la salud físicas o psíquica de la embarazada y que así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia por riesgo vital de la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

2. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del art. 429, siempre que el aborto se practique dentro de las primeras doce semanas de gestación y el mencionado hecho hubiere sido denunciado.

3. Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto sea emitido por dos especialistas del centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel o bajo cuya dirección se practique el aborto.

2. En los casos previstos en el número anterior no será punible la conducta de la embarazada aun cuando la práctica del aborto no se practique en un centro o establecimiento público o privado o no se hayan emitido los certificados médicos exigidos”.

En los tres supuestos indicados, i) riesgo para la vida o salud psíquica de la embarazada (indicación terapéutica); ii) supuesto de violación de la mujer (indicación ética o criminológica) y iii) supuesto en el que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas (indicación eugenésica), se exige el consentimiento expreso de la mujer para practicar el aborto legalmente.

Ahora bien, el Código penal no señala qué capacidad deba tener la mujer embarazada que solicita la interrupción voluntaria del embarazo, y es una certeza la posibilidad biológica de que una mujer presente estado de gravidez por debajo de la edad de 18 años o de la mayor edad.

El TC en su Sentencia 53/1985, de 11 de abril, que resolvió el recurso previo de inconstitucionalidad contra el proyecto de Ley de despenalización del aborto en los supuestos indicados, afirmó que *“En cuanto a la forma de prestar el consentimiento la menor o incapacitada, podrá aplicarse la legislación establecida por el Derecho privado, sin perjuicio de que el legislador pueda valorar si la normativa existente es la adecuada desde la perspectiva de la normativa cuestionada”* (Fundamento de Derecho 14).

B. La capacidad para consentir la interrupción del embarazo: una cuestión civil vinculada al estatuto personal de los sujetos

En nuestro Ordenamiento jurídico no se establece una capacidad específica para abortar, se deja al Derecho privado la solución de la cuestión; si bien, el TC parte de la premisa de que nos hallamos ante una cuestión de honda raigambre civil: la validez del consentimiento prestado por personas menores de edad (o incapacitadas) es una cuestión a la que da respuesta el Derecho civil a través del estatuto personal de los sujetos: art. 9.1 Cc.

Ahora bien, ¿qué dice el Derecho privado sobre la capacidad para consentir de los menores de edad?

El punto de partida no es otro que el hecho de hallarnos ante un derecho de la personalidad de la mujer: la decisión acerca de continuar o interrumpir su embarazo le corresponde a ella.

Identificada la materia, tanto el Derecho civil estatal, como el Derecho civil aragonés, pero también las normas internacionales¹⁰, establecen que el ejercicio de estos derechos corresponde al menor si tiene suficiente juicio: así lo establece el art. 162.1ª Cc., tal y como es interpretado por la doctrina y la jurisprudencia, y el art. 4.1 LDp.

De aquí extraeríamos la consecuencia de que la mujer, si tiene suficiente juicio, decide con plena capacidad acerca de esta cuestión; no es necesaria la mayoría de edad o la emancipación. Bastaría con la capacidad natural.

Solución que se ve propiciada por el art. 3 LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, si tenemos en cuenta que la decisión de abortar, no sólo es personal, sino también un hecho que afecta al derecho a la intimidad de la mujer, disponiendo el párrafo 1º del mencionado precepto que: *El consentimiento de los menores o incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil*, en este caso el referido art. 162.1ª Cc. y al art. 4 LDp., para las aragonesas.

Ahora bien, una vez que afirmamos que sin el consentimiento de la mujer no se puede actuar, la pregunta que se formula inmediatamente la doctrina que ha estudiado esta materia es: i) la mujer, ¿puede actuar por sí sola, o se requiere también autorización de sus padres o tutor para legitimar la intervención del tercero?; ii) si la mujer no tiene suficiente juicio o está incapacitada: ¿quién presta el consentimiento?

Junto a ello, la doctrina, y en esto no sé si con acierto, afirma que el aborto, además de ser un derecho de la personalidad de la mujer íntimamente ligado a su derecho a la intimidad y a las decisiones que puede adoptar en relación con su propio cuerpo basadas en el libre desarrollo de su personalidad (arts. 10 y 18 CE), no deja de ser también un acto médico para el cual es necesario prestar el debido consentimiento informado; de manera que habrá que tener en cuenta la legislación sanitaria.

En España, existe una prolífica legislación en materia sanitaria, la autonómica junto con la legislación estatal que regula las condiciones básicas de los derechos del paciente.

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

En concreto, el art. 9.4, por lo que respecta a la capacidad para abortar de las mujeres menores de edad, deja, igualmente, sin resolver de forma expresa la cuestión:

La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

Como ha señalado la doctrina, la referencia a “lo establecido con carácter general sobre la mayoría edad” hay que referirlo a las normas civiles sobre capacidad de obrar.

¹⁰ Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del niño y de la niña, vigente en España desde el 1 de enero de 1991 (art. 12).

En concreto, y ante este panorama a qué conclusiones llega la doctrina y la jurisprudencia en esta materia: ¿es suficiente con la capacidad natural de entender y de querer de la menor para interrumpir su embarazo en cualesquiera de las indicaciones que contiene el art. 417 bis Cpen.?

C. La capacidad para la interrupción voluntaria del embarazo en el ámbito del Código civil

a) *Opiniones doctrinales.* Partimos de la premisa de que el ordenamiento español no regula la capacidad necesaria para abortar, su determinación es una cuestión de Derecho privado, que corresponde al estatuto personal de los sujetos en virtud del art 9.1 Cc.

En el ámbito del Código civil, la capacidad requerida por la menor para llevar a cabo el aborto sería la prevista en el art. 162.1^a Cc.

En general, la doctrina tanto civil como penal (ésta mucho más permisiva¹¹) distinguen según la menor tenga o no suficiente juicio.

a'. *Menor con capacidad natural.* Si la menor tiene capacidad suficiente de discernimiento, nadie puede decidir por ella, mucho menos imponerle el aborto en contra de su voluntad.

Por regla general, se afirma que será ella, con base en el art. 162.1.1^a Cc., quién esté legitimada para decidir por sí sola la interrupción voluntaria del embarazo. Con todo, tampoco faltan autores, que entienden que además de su consentimiento, es necesario también el de los padres¹².

b'. *Si la menor no tiene capacidad natural suficiente* o se encuentra imposibilitada para manifestar su voluntad en un caso concreto (sin haberla expresado anticipadamente), la mayoría de los autores que se han pronunciado sobre la cuestión se inclinan por admitir que son sus representantes legales quienes deben consentir el aborto en cualquiera de las indicaciones legales admitidas. Sólo contados pareceres doctrinales consideran nece-

¹¹ La doctrina penal, en general, afirma que el Código penal, con la exigencia del consentimiento de la mujer embarazada, incluye a todas, tanto mayores como menores de edad, y son ellas, si tienen suficiente juicio, quienes deben de consentir la interrupción voluntaria del embarazo, lo que cabe deducir del art. 162.1^oCc. Establecida la falta de capacidad natural y de juicio de la menor o incapaz, deberá dejarse la decisión a los representantes legales; sin perjuicio de someter el caso a consideración judicial en los supuestos en que haya negativa de la menor a abortar contradicha por sus padres o viceversa. (Vid. FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, Juan Manuel (1999): "Interrupción voluntaria del embarazo y consentimiento de la mujer", en *Delitos contra las personas*, Manuales de Formación continuada, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, págs. 35 y 36; DOLZ LAGO, Manuel-Jesús (1996): "Menores embarazadas y aborto: ¿quién decide?", en *Actualidad Penal*, núm. 29, págs. 547; DIEZ RIPOLLÉS, José Luís, (1989): "Estudio del nuevo artículo 417 bis del Código penal", en *Comentarios a la legislación penal*, T. IX, dir. Cobo del Rosal, Madrid, p. 136 y ss y 146 y ss y 234 a 243; ARROYO ZAPATERO, Luis (1988): "Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización" en *Estudios penales y criminológicos*, XI, ed. Universidad de Santiago de Compostela, págs. 12 a 24).

¹² En este sentido: LALAMA AYMÁ, Alejandra (2006): *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 333 a 340; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca (2005): *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de los menores e incapacitados*, ed. Tirant Lo Blanc, Valencia, págs. 324 a 336; GARCÍA GARNICA, María del Carmen (2004): *Ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen*, ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, págs. 167 a 173.

Otros autores reflexionan acerca de que, tal vez, aun cuando la menor de edad tenga suficiente juicio no sea bastante con su consentimiento: PARRA LUCÁN, María Ángeles (2003): "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama español", en *Aranzadi civil*, págs. 1924 a 1929; SANTOS MORÓN, María José, (2000): *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen*, ed. Escuela libre editorial, Madrid,

sario el control judicial para las decisiones adoptadas por éstos en todas o en algunas indicaciones previstas en el art. 417 bis Cpen.¹³

2. ARAGÓN: ¿HA PREVISTO LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA?

A. Antecedentes. Anteproyecto de Ley de Derecho de la persona

La pregunta acerca de si la vigente regulación aragonesa da cumplida respuesta a la capacidad necesaria para llevar a cabo la interrupción voluntaria del embarazo en los casos previstos en el art. 417 bis Cpen., trae causa de la existencia en el texto del Anteproyecto de Ley de Derecho de la persona, que elaboró la Comisión Aragonesa de Derecho civil (CADDC), de un precepto, el art. 5, que regulaba expresamente la *Interrupción voluntaria del embarazo*:

1. *En los casos permitidos por la ley, la interrupción voluntaria del embarazo de la menor que tenga suficiente juicio sólo requiere su consentimiento.*

2. *Si no tiene suficiente juicio, dicha interrupción sólo será posible cuando lo exija el interés de la menor, apreciado conjuntamente por los titulares de la autoridad familiar o el tutor y, subsidiariamente, por el Juez.*

3. *Si la embarazada es una persona mayor de edad no incapacitada que no esté en condiciones de decidir por sí misma, dicha interrupción requiere siempre autorización judicial¹⁴.*

En la tramitación parlamentaria del Anteproyecto de Ley presentado por el Gobierno a las Cortes de Aragón, dicho precepto fue objeto de una enmienda de supresión (la núm.4) propuesta conjuntamente por lo portavoces de los Grupos Parlamentarios Socialista, Popular y Aragónés¹⁵.

Posteriormente, en el Informe de la Ponencia designada en la Comisión Institucional sobre el Proyecto de Ley de Derecho de la persona, se aprueba la enmienda num. 4, con los votos a favor de los proponentes y con el voto en contra de los Grupos Parlamentarios de Chunta Aragonesista y de Izquierda Unida de Aragón, (G.P: Mixto)¹⁶, de manera que el art. 5 del anteproyecto no pasó a ser texto de la ley.

¹³ Por regla general, consideran que no hay problema para que los padres, en interés del menor, consientan la indicación terapéutica; ahora bien, respecto de las otras, entienden que la valoración corresponde a la menor, que es personalísima, y si ella no puede consentir, tendría que mediar intervención judicial (Cfr. GARCÍA GARNICA, María del Carmen (2004): *Ejercicio ...*, págs. 173-174; en el mismo sentido SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca (2005): *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de los menores e incapacitados*, ed. Tirant Lo Blanc, Valencia, págs. 330 y ss.).

La razón de estas diferencias que introduce la doctrina en función del tipo de indicación para practicar la interrupción voluntaria del embarazo tienen como punto de partida el planteamiento teleológico del aborto en España.

La STC 53/85 afirma que también la vida del *nasciturus* es un bien protegido a través del art. 15 CE; por ello la legislación despenalizadora del aborto regula las tres indicaciones en que es legal el aborto como un conflicto de intereses entre la madre y el hijo: hay que ponderar su vida o sus fuerzas de asistencia a la hora de enfrentarse al nacimiento de un hijo fruto de un delito (ha sido violada) o de un nacimiento en el que se prevé que el hijo tenga graves defectos psíquicos o físicos. En estos casos, algunos autores afirman que sólo la madre puede decidir; si ella no puede, ha de seguir adelante el embarazo, salvo que la interrupción la acuerde el juez en interés de la mujer menor o incapacitada, que no tiene suficiente juicio. Díez Ripollés considera que también en estos casos hay un planteamiento objetivo que permite resolver la cuestión, en interés del menor, a sus representante legales: cfr. Díez RIPOLLÉS, José Luís, (1989): "Estudio de nuevo artículo 417 bis de código penal", en *Comentarios a la legislación penal*, T.IX, dir. Cobo del Rosal, Madrid, p. 136 y ss y 146 y ss.

¹⁴ El Anteproyecto de ley puede consultarse en la RDCA 2005/2006, XI-XII, págs. 395 a 451. También en http://www.unizar.es/derecho/standum_est_chartae/weblog/rdca/rdcaxixii/d29.pdf

¹⁵ La tramitación parlamentaria de la Ley aragonesa de Derecho de la persona puede consultarse en la RDCA 2007-XIII, pág. 226.

¹⁶ El referido informe de la Ponencia puede consultarse en RDCA 2007-XIII, págs. 262, 288

B. La regulación del aborto en el seno de la Comisión aragonesa de Derecho civil (CADC)

a) La Comisión Aragonesa de Derecho civil, como afirma Serrano García¹⁷, debatió ampliamente (casi dos años) sobre esta cuestión, tanto sobre la oportunidad de su regulación, como sobre las decisiones a adoptar.

Con la responsabilidad que caracteriza a esta Comisión, sus miembros decidieron que había que dar una solución al problema; no les pasaron inadvertidas las connotaciones éticas, sociológicas y morales que envuelven esta materia, pero se afirmó que, aún cuando algunos de los miembros de la Comisión se manifestaban personalmente contrarios al aborto, era un deber de responsabilidad solventar técnicamente la cuestión de la mejor manera posible¹⁸.

La Comisión tuvo como objetivo en esta materia ofrecer una solución técnica a un problema que no aparece resuelto ni en la legislación estatal ni en la autonómica.

Con todo, el debate fue amplio. Esta cuestión se abordó secuencialmente a lo largo de dos años.

En concreto, el debate sobre el aborto en el seno de la Comisión se detalla en las Actas de la misma¹⁹, elaboradas meticulosamente por el secretario de la Comisión, y que paso se secuenciar de forma resumida, para exponer cómo se trató esta cuestión.

b) El punto de partida. Memoria del texto articulado del proyecto de Ley de actualización del Derecho civil de Aragón en materia de Derecho de la persona. El profesor SERRANO, secretario de la CADC, como en otras ocasiones, elaboró la *Ponencia y Memoria técnica* sobre esta materia que sería objeto de debate en el seno de la Comisión²⁰.

a' Los derechos de la personalidad de los menores. Mayores y menores de catorce años. El art. 19 de la Memoria, antecedente inmediato de los vigentes arts. 17 y 21, proponía la regulación sobre la *Intrusión de los terceros en los Derechos de la personalidad*.

En concreto, la propuesta de regulación fue la siguiente:

1. Si tiene suficiente juicio, la intrusión que la ley permita hacer en los derechos de la personalidad del menor de catorce años, incluida la interrupción voluntaria del embarazo, requiere, salvo en los casos exceptuados por las leyes, su consentimiento y la asistencia de ambos padres o

¹⁷ SERRANO GARCÍA, J. Antonio (2008): "Mayoría y minoría de edad. La persona menor de catorce años", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Dr. D. Enrique Lalaguna*, vol. II, Valencia, págs. 1.051 a 1.073.

¹⁸ Cfr. Acta 172 de 23 de junio de 2004. pág. 2

¹⁹ Acta 166 (31 de marzo de 2004), págs. 3 a 7. Acta 171 (9 junio 2004), págs. 6 y 8. Acta 172 (23 junio 2004) págs. 1 a 6: votación sobre el caso de la menor que no ha cumplido catorce años: cuatro votos a favor, cuatro votos en contra, una abstención; se acuerda volver a debatir el supuesto más adelante; se aprueba por consenso unánime la regulación de la menor mayor de catorce años. Acta 175 (15 septiembre 2004), págs. 1 a 5. Acta 178 (6 octubre 2004) págs. 7, 8 y 11: se aprueba por unanimidad la regulación correspondiente a la mayor de edad incapaz. Acta 217 (26 octubre 2005). Ha pasado más de un año, se incorpora a las sesiones Dña. María Ángeles Parra Lucán, que presenta una enmienda de supresión de dos artículos, lo que incluye la supresión de la regulación sobre el consentimiento para el aborto. Acta 218 (2 noviembre 2005), tras la exposición de su enmienda por Dña. María-Ángeles Parra y un amplio debate sobre la misma, es rechazada por cinco votos contra dos (págs. 5-8, sigue el debate y acuerdos en págs. 10). Acta 219 (9 noviembre 2005), pp. 1-7; votación sobre la regulación para el caso de la menor que no ha cumplido catorce años: cuatro a favor, uno en contra, dos abstenciones. Acta 221 (23 noviembre 2005), págs. 1-2: propuesta de trasladar a un solo artículo -que acabó siendo el 5- la regulación total del consentimiento para el aborto, que hasta ese momento se presentaba en tres lugares distintos (menor de catorce años, mayor de catorce años, mayor de edad incapaz), aprobada por consenso unánime.

²⁰ El Gobierno de Aragón, por Orden del Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales de fecha de 23 de noviembre de 2003 se autorizó el gasto relativo a la Consultaría y Asistencia Técnica relativa a la Memoria-Propuesta de texto articulado del Proyecto de Ley de actualización de la Compilación del Derecho civil de Aragón en materia de Derecho de la persona. El encargo, hecho al profesor Serrano, debería estar concluido antes del 1 de noviembre de 2004.

el tutor que, en caso de negativa de éstos, podrá ser suplida por la autorización del Juez, que oirá previamente al Ministerio Fiscal.

2. Si no tiene suficiente juicio o se niega a ella, la intromisión sólo será posible cuando la necesidad o el beneficio del menor la exijan y así lo acuerden los padres o el tutor o, en caso de negativa injustificada, el Juez, que oirá previamente al Ministerio Fiscal.

3. El internamiento por razón de trastorno psíquico de un menor que no esté en condiciones de decidirlo por sí requerirá autorización judicial y se realizará conforme a lo previsto en la ley.

El art. 21 de la Ponencia, *Capacidad del mayor de catorce años*, reconocía plena capacidad de obrar al menor que ha alcanzado dicha edad en lo que atañe a los derechos de la personalidad. En concreto, el párrafo 3 del art. 21 proponía:

3. No necesita asistencia para los actos relativos a los derechos de la personalidad, sin perjuicio de la aplicación del apartado 2 del art. 19, ni para aquellos actos y contratos que, de conformidad con las leyes, pueda celebrar por sí solo, como disponer de sus bienes en testamento.

Se establecía, como ha sido tradicional en Aragón, una diferencia en materia de capacidad de los menores aragoneses en función de que hubieran cumplido 14 años.

Si el menor no había alcanzado los 14 años, como justificaba el Ponente, aun cuando no sea posible la representación en los actos relativos a los derechos de la personalidad, si tiene suficiente juicio, actuará por sí mismo, pero en la forma prevista por la ley, lo que quiere decir que no necesariamente actuará por sí sólo, de ahí que para determinados actos se exija la asistencia de los padres o el tutor.

Como explica SERRANO, desde los catorce años, sin asistencia, corresponde al menor decidir, salvo si está incapacitado o puede probarse su falta de juicio, sobre las actuaciones que tengan que ver con sus derechos de la personalidad, siempre que la ley no exija una edad especial y su decisión, caso de ser negativa, no entre en conflicto con el bien del menor²¹.

b'. *Interrupción voluntaria del embarazo*. Respecto a la interrupción voluntaria del embarazo, justificaba SERRANO su propuesta de regulación de la siguiente manera, tomando como premisa que en la legislación vigente (la ley estatal 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y la Ley aragonesa de Salud) no proporcionan una respuesta satisfactoria ni suficientemente clara a esta cuestión:

“Parece que las menores no pueden consentir por sí, pues la ley se remite a reglas sobre la mayoría de edad (tal vez lo que quiere decir es reglas de capacidad por razón de la edad); y no es seguro que durante la minoría de edad puedan prestar el consentimiento otras personas en su lugar, pues desde los 14 años no hay representantes legales y las personas vinculadas a la menor embarazada mayor de catorce años sólo pueden autorizar la intervención si la paciente no es capaz de tomar la decisión por sí misma o su estado psíquico o físico se lo impide. La cuestión hay que pensarla con calma, pero tal vez sea conveniente, y se pueda, dar la misma respuesta que en el resto de los casos. Se propone aludir a la interrupción voluntaria del embarazo.

Bien sabemos que el art. 417 bis Cp. exige para la interrupción voluntaria del embarazo el consentimiento expreso de la mujer embarazada, no haciendo referencia explícita a la capacidad para consentir, a diferencia de lo que ocurre con otros preceptos sobre esterilización, trasplante de órganos y cirugía transexual (art. 156 Cp.). La STC 53/1985 señaló la necesaria remisión a la regulación establecida para el Derecho privado, lo mismo puede entenderse que hacen las citadas

²¹ Cfr. SERRANO GARCÍA, J. Antonio (2004): *Memoria del texto articulado del proyecto de ley de actualización del Derecho civil de Aragón en materia de Derecho de la persona*, Primera entrega correspondiente al Título Primero: *De la capacidad y estado de las personas*, Zaragoza, (175 págs), págs. 67 a 73 y 80 a 85.

leyes aragonesa y estatal al regular la autonomía del paciente). “En consecuencia, al tratarse de un derecho que se encuentra dentro del ámbito del art. 162 Cc., la capacidad para consentir es reconocida a la menor que tenga suficiente juicio, siempre y cuando se determine que la misma comprende el sentido y la trascendencia de aquello sobre lo que consiente”²².

c) **Los debates en el seno de la CADC.** La propuesta del art. 5 del anteproyecto fue objeto de amplio debate y reflexión técnica, que los miembros de la Comisión llevaron a cabo a lo largo de casi dos años de trabajo en lo que se fue analizando esta cuestión. Pasó a relatar el *iter* de los debates hasta conseguir la propuesta definitiva.

El 31 de marzo del año 2004 (acta 162) se comienza el debate. Se expone por parte del ponente la finalidad de la norma; los miembros de la Comisión consideran que sí es oportuna la regulación de los Derechos de la personalidad, y el punto de partida debe ser que el ejercicio de los mismos corresponde al menor si tiene suficiente juicio, como se afirma en el art. 4 ya aprobado por la Comisión²³.

El 9 de junio de 2004 (Acta 171) se continúa con el debate sobre las intromisiones ilegítimas en los derechos de la personalidad y en particular del aborto. Teniendo en cuenta lo afirmado en la sesión de 31 de marzo, el ponente propone una nueva redacción del art. 19, en la que será la menor quién decidirá el aborto por sí sola si tiene suficiente juicio²⁴.

En esta sesión, los miembros de la Comisión discuten ampliamente sobre la regulación de esta materia y acuerdan que el aborto debe ser objeto de una regulación separada; se propone un nuevo texto para la interrupción voluntaria del embarazo, haciendo depender la misma de la voluntad de la mujer, que aparecerá como párrafo 2 del art. 19, del que en esta sesión se aprueba su punto 1.

El art. 19, pasa a ser el art. 17²⁵. Se deja en este punto el debate.

²² SERRANO GARCÍA, J. Antonio (2004): *Memoria del texto articulado del proyecto de ley de actualización del Derecho civil de Aragón en materia de Derecho de la persona*, Primera entrega correspondiente al Título Primero: *De la capacidad y estado de las personas*, Zaragoza, (175 págs), págs. 71 y 72

²³ Acta 166 ((31 de marzo de 2004), págs. 3 a 7.

²⁴ El Ponente propone las siguientes modificaciones del art., 19 del proyecto, que se señalan en negrita:

Art. 19. Intromisión en los derechos de la personalidad.

1. *Si tiene suficiente juicio, la intromisión que le ley permita hacer en los derechos de la personalidad del menor de catorce años requiere, salvo en los casos exceptuados por la leyes, su consentimiento y la **autorización (asistencia) conjunta de los titulares de la autoridad familiar o tutor; en caso de oposición de éstos, su autorización podrá ser suplida por el Juez, que oirá previamente al Ministerio Fiscal. No obstante, la decisión de interrumpir voluntariamente el embarazo corresponde en exclusiva a la menor.***

2. *Si el menor no tiene suficiente juicio o se **opone a una intromisión que no dependa de su exclusiva voluntad**, sólo será posible la intromisión cuando lo exija el interés del menor, apreciado conjuntamente por los titulares de la autoridad familiar o el tutor y, subsidiariamente, por el Juez, que oirá previamente al Ministerio Fiscal. **La interrupción voluntaria del embarazo de la menor que no tenga suficiente juicio precisará siempre autorización judicial.***

Para internar al menor en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial (que conlleve privación de libertad), se necesita autorización judicial.

²⁵ En esa sesión se aprobó la siguiente redacción para el art. 17.1: *Intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad.*

1. *Siempre que con arreglo a las leyes la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión en sus derechos de la personalidad, la intromisión en los del menor de 14 años requerirá:*

a) *si tiene suficiente juicio su consentimiento y la autorización conjunta de los titulares de la autoridad familiar o del tutor; en caso de negativa de alguno de ellos, su autorización podrá ser suplida por el Juez, que oirá previamente al Ministerio fiscal.*

b) *Si se niega a ella, sólo será posible la intromisión cuando lo exija el interés del menor, apreciado conjuntamente por los titulares de la autoridad familiar o el tutor y, subsidiariamente, por el Juez, que oirá previamente al Ministerio fiscal.*

c) *Si el menor no tiene suficiente juicio, se aplica lo dispuesto en la letra anterior.*

El 22 de junio de 2004 (Acta 172). Se sigue discutiendo sobre la regulación del aborto. Frente a la propuesta del Ponente, que aparecería como párrafo 2 del art. 17, D. Jesús Martínez Cortés presenta un texto alternativo en el que se da clara intervención a los padres en esta materia²⁶.

No hay más alternativas, se debate sobre los textos propuestos y no hay acuerdo. Se observan carencias (no se contempla el caso de que la menor embarazada no tenga suficiente juicio) y no parece que en esta materia deban intervenir los padres, por ejemplo, para decidir un aborto en contra de la menor que no quiere abortar acogiéndose aquéllos al interés superior de la menor.

En este punto la Comisión se pregunta acerca de si es conveniente o no regular el aborto, y si hay o no competencias para regular esta materia en lo que atañe a la capacidad de la mujer.

En cuanto a lo primero, se responde que lo cómodo sería no hacer nada, pero que técnicamente debe hacerse algo y sobre todo, como advierte el Sr. Calatayud Sierra porque “si nada se dice sobre el aborto, se aplicará el art. 17, y se podrá decidir en contra de la voluntad de la menor”.

Por lo que respecta a si Aragón tiene o no competencias para regular esta materia, se responde que sí, por tratarse de un derecho de la personalidad²⁷.

En razón de ello se acuerda la necesidad de regular el aborto. A preguntas del Presidente, todos acuerdan que la mujer que ha cumplido 14 años es capaz de decidir por sí esta cuestión, también que no se puede actuar en contra de la voluntad de la mujer.

Se acuerda, por último, que en otra sesión se trabajará sobre la capacidad de las mujeres menores de 14 años en relación al aborto.

En esta sesión se aprobó el siguiente texto, que formaría parte de la sección dedicada a regular la capacidad del menor mayor de 14 años.

El texto aprobado fue el siguiente: *“La decisión de interrumpir voluntariamente el embarazo corresponde en exclusiva a la menor mayor de 14 años”*

2 ...

3...”

El ponente propuso como apartado 2 de ese artículo el siguiente texto: *“la decisión de interrumpir voluntariamente el embarazo corresponde en exclusiva a la menor que tenga suficiente juicio. En otro caso será precisa autorización judicial”*. (Cfr. Acta 171, págs. 6 a 8).

²⁶ El texto propuesto por el Sr. Martínez Cortés fue el siguiente:

Artículo. Decisión sobre interrupción voluntaria del embarazo.

La decisión de interrumpir voluntariamente el embarazo corresponde a la menor.

Si su voluntad es favorable, será precisa, además, la autorización conjunta de los titulares de la autoridad familiar o del tutor; en caso de oposición de cualquiera de éstos, su autorización podrá ser suplida por el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal.

Si la voluntad del menor es contraria, no podrá llevarse a cabo la interrupción en ningún caso.

Cfr. Acta172, pág. 2

²⁷ Las dudas acerca de la competencia las introduce la Sra. Samanes Ara, al afirmar que: “no estamos ante una mera cuestión de capacidad para emitir un consentimiento sino que a la vez estamos incidiendo en el papel del médico y en su responsabilidad en la interrupción del embarazo”. Dice que los textos médicos relativos a los derechos del paciente permiten al médico saber cómo actuar y conocer su responsabilidad, de manera que si nos alejamos de ellos diciendo cosas diferentes estamos creando inseguridad jurídica.

La mayoría entiende que lo mismo podría decirse del resto del art. 17. D. Jesús Delgado defiende que tenemos competencias para regular estas cuestiones de capacidad y que haciéndolo ayudamos a los profesionales de la medicina al rellenar un vacío legal existente. (Acta 172 págs. 3 y 4)

El 15 septiembre y el 6 de octubre de 2004 (Actas 175 y 178) se sigue debatiendo sobre regulación de la intromisión de los terceros en los derechos de la personalidad, postergando la regulación que haya de darse al aborto cuando la mujer aún no ha cumplido los 14 años. Pasará casi un año hasta que se vuelva a tratar sobre este asunto.

El 26 de octubre de 2005 (Acta 217) se incorpora a la Comisión Dña. María Ángeles Parra Lucán que presenta una enmienda de supresión de los arts. 17 y 21.

El 2 de noviembre de 2005 (Acta 218) se formula el debate sobre la enmienda de supresión de los arts. 17 y 21. En una primera intervención Dña. María Ángeles Parra defiende su enmienda alegando la falta de competencia de la Comunidad autónoma de Aragón, por entender que estamos tratando de cuestiones que afectan al Derecho a la salud, y que su regulación corresponde en exclusiva al Estado español (art. 149.1.1ª CE)²⁸. Seguidamente, toma la palabra el Presidente de la Comisión, D. Jesús Delgado Echeverría, respondiendo a los argumentos ofrecidos por la Sra. Parra y justificando la existencia de competencias para regular la materia. A los argumentos del Presidente se suman expresamente los vocales: García Almanzor, David Arbues, Serrano García, Calatuyd Sierra. La enmienda de supresión es ampliamente rechazada (cinco votos contra dos)²⁹.

El 9 de noviembre de 2005 (Acta 219) se comienza debatiendo sobre el aborto, tomando como punto de partida el texto que propuso el Ponente:

2. La interrupción voluntaria del embarazo de la mujer menor de catorce años que tenga suficiente juicio sólo será posible con su consentimiento. Si no tiene suficiente juicio requiere autorización judicial.

Don David Arbués Aísa incorpora una enmienda en los siguientes términos:

2. La interrupción voluntaria del embarazo no podrá llevarse a cabo contra la voluntad de la menor. Si no tiene suficiente juicio requiere autorización judicial.

Por otro lado, se toma en consideración también la enmienda formulada en su día por Don Jesús Martínez Cortés, que decía:

Artículo... Decisión sobre interrupción del embarazo.

La decisión de interrumpir el embarazo corresponde a la menor.

Si su voluntad es favorable, será precisa, además, la autorización conjunta de los titulares de la autoridad familiar o del tutor; en caso de oposición de cualquiera de éstos, su autorización podrá ser suplida por el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal.

Si la voluntad de la menor es contraria, no podrá llevarse a cabo la interrupción voluntaria del embarazo en ningún caso.

A continuación se somete a votación la propuesta que defiende que la decisión sobre la interrupción voluntaria del embarazo corresponde en exclusiva a la menor; el resultado fue de cuatro votos a favor, dos en contra y una abstención. Se aprueba, por tanto, la proposición primera del apartado segundo del artículo 17 en los términos siguientes:

2. La interrupción voluntaria del embarazo de la mujer menor de catorce años que tenga suficiente juicio sólo requiere su consentimiento.

²⁸ Sus argumentos y el debate, pueden verse en las págs. 5 a 10 del Acta 218. También en PARRA LUCÁN, María Ángeles (2006): "Voluntades anticipadas (autonomía personal: voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos)", en *Actas de los Decimoquintos Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, págs. 89 a 91.

²⁹ Acta 218 págs. 5 a 10.

La Comisión, seguidamente, aborda la cuestión de la menor que no tenga suficiente juicio. Se somete a votación y el resultado es: cuatro votos a favor, uno en contra y dos abstenciones. Queda, en consecuencia, aprobado el inciso segundo del apartado segundo del artículo 17, como sigue:

Si la menor no tiene suficiente juicio, sólo será posible la interrupción del embarazo cuando lo exija el interés de la menor apreciado conjuntamente por los titulares de la autoridad familiar o el tutor y, subsidiariamente, por el Juez.

El 23 de noviembre de 2005 (Acta 221) se aprueba por la comisión el art. 4 bis que pasará al texto del anteproyecto presentado a las Cortes como artículo 5 con el siguiente texto:

“Artículo 4 bis. Interrupción voluntaria del embarazo

1. En los casos permitidos por la ley, la interrupción voluntaria del embarazo de la menor que tenga suficiente juicio sólo requiere su consentimiento.

2. Si no tiene suficiente juicio, dicha interrupción sólo será posible cuando lo exija el interés de la menor, apreciado conjuntamente por los titulares de la autoridad familiar o el tutor y, subsidiariamente, por el Juez.

3. Si la embarazada es una persona mayor de edad no incapacitada que no está en condiciones de decidir por sí misma, dicha interrupción requiere siempre autorización judicial.”

Como afirma SERRANO GARCÍA, “la Comisión estaba dividida sólo en lo relativo al consentimiento necesario para el aborto de la menor que no ha cumplido catorce años pero tiene suficiente juicio: para unos esta menor no puede tomar la decisión de abortar por sí sola contra la voluntad de sus padres o el tutor, aunque el supuesto sea legal y se sigan todos los trámites necesarios, a menos que consiga la autorización judicial; para otros, sí puede siempre que tenga suficiente juicio, porque la negativa de los padres o del tutor no debe impedir a la madre poder abortar si es lo que desea, dado que el hijo es suyo y a ella le corresponde la decisión; pero había acuerdo en que en ningún caso sería posible el aborto contra la voluntad de dicha menor. También había acuerdo en que si la menor es mayor de catorce años y tiene suficiente juicio la decisión de interrumpir voluntariamente el embarazo le corresponde en exclusiva a ella.”³⁰

Ahora bien, este artículo fue suprimido por las Cortes, ¿cuál es, entonces, la solución la problema?

3. LA SITUACIÓN ACTUAL EN LO QUE ATAÑE A LA CAPACIDAD PARA ABORTAR DE LAS MENORES DE EDAD ARAGONESAS

A. La solución a través de la Ley de Derecho de la persona

La Ley aragonesa de Derecho de la persona no regula de forma expresa la capacidad de las menores aragonesas para interrumpir voluntariamente su embarazo en los supuestos indicados por la legislación competente.

La Ley aragonesa de Salud, en lo que atañe al aborto se remite a la legislación civil (art. 14.1. c, párrafo segundo).

Pues bien, así las cosas, y sabiendo que tanto el art. 417 bis Cpen, únicamente requiere el consentimiento expreso de la mujer sin expresar una edad determinada, y teniendo en cuenta que el TC (S. 53/1985) se remite al estatuto personal de la mujer, debemos

³⁰ SERRANO GARCÍA, J. Antonio (2008): “Mayoría y minoría de edad. La persona menor de catorce años”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, vol. II, Valencia, pág. 1.072.

concluir que tratándose de una mujer aragonesa, su capacidad vendrá determinada por el Derecho civil aragonés (art. 16.1 en relación con el art. 9.1 Cc.).

Por lo tanto, la solución al caso la han de proporcionar los arts. 4, 17 y 21 LDp. a los que ya me he referido.

B. Los argumentos: art. 1 Comp.

El profesor SERRANO señala que al suprimirse del proyecto de Ley el art. 5, que de forma expresa regulaba la capacidad para abortar: “La duda es si ahora, suprimido dicho artículo del Proyecto de ley, lo lógico es interpretar que la cuestión sigue sin regular o es preferible aplicar las reglas sobre intromisiones en los derechos de la personalidad. Me inclino por lo primero”³¹.

No le falta razón, la cuestión no está regulada; pero, si una menor aragonesa decide abortar, encontrándose en una de las indicaciones legales: ¿qué capacidad necesita y cómo puede hacerlo?, ¿hay una laguna legal en nuestro ordenamiento?

Ciertamente, el legislador aragonés pudiendo regular esta cuestión no quiso hacerlo, lo que ciertamente nos introduce un caso de falta de legislación voluntaria.

Ahora bien, esta falta de previsión voluntaria del legislador deberá ser colmada a través del sistema de fuentes previsto en la ley, esto es, debemos recurrir al art.1 Comp.

La falta de previsión expresa del supuesto no impide encontrar una respuesta a través de la legislación que proporciona la Ley de Derecho de la persona, al ser la interrupción voluntaria del embarazo una decisión personal de la mujer y por lo tanto, regulada genéricamente en aquélla.

Otra cosa será, si el resultado es el más adecuado, recordemos que en la Comisión se parte de dos ideas esenciales: i) la mujer puede consentir por sí misma, si tiene suficiente juicio y, en particular, si ha cumplido 14 años y ii) en contra de su voluntad, los titulares de la autoridad familiar no deben poder imponerle la interrupción del embarazo³².

Por lo demás, hallándose la respuesta en el sistema aragonés no es posible el recurso al Derecho supletorio estatal³³.

C. La solución al caso: arts. 17 y 21 en relación con el art. 4 LDp.

a) El art. 4 LDp. El fundamento del sistema. Tenemos que partir de la premisa de que la decisión de interrumpir voluntariamente el embarazo es una decisión que le corresponde a la mujer, cuyo consentimiento es insustituible, y a caso incontradecible, por tratarse de un derecho de la personalidad de la mujer íntimamente ligado a otros dos derechos fundamentales: el libre desarrollo de su personalidad y el derecho a la intimidad.

Tratándose de mujeres menores aragonesas, la respuesta a si tienen o no capacidad para interrumpir voluntariamente su embarazo en los casos permitidos por la ley ven-

³¹ SERRANO GARCÍA, J. Antonio (2008): “Mayoría y minoría de edad. La persona menor de catorce años”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, vol. II, Valencia, pág. 1.072

³² Esta propuesta fue la rechazada por las Cortes aragonesas y era la que se prodigaba a través del art. 5 del Proyecto. En el momento presente la solución del art. 5 del Proyecto podríamos deducirla del art. 4 LDp.: si la mujer tiene suficiente juicio, decide ella; si acaso pusiera en peligro su vida, cabría la intervención judicial a través del art. 7 LDp. Pero para llegar a esta conclusión, deberíamos obviar el rechazo de las Cortes al art. 5 y los arts. 17 y 21 LDp. vigentes.

A mi juicio el sistema vigente deducible de la LDp. exige aplicar los arts. 17 y 21 también a los casos de aborto, aún cuando en el seno de la Comisión técnica fueran las normas que se quisieron evitar.

³³ Sobre esta cuestiones me remito a mi trabajo: “El art. 149.3 CE: La supletoriedad del Código civil como Derecho estatal de los Derechos civiles autonómicos. (En particular el Derecho civil aragonés)”, *RDVA*, V, núm. 2, 1999, págs. 116 a 125.

drá determinada a través de lo previsto en los arts. 17 y 21 LDp., al tratarse de un supuesto de intromisión en los derechos de la personalidad: el acto médico de práctica del aborto.

Ahora bien, creo que hemos de diferenciar el acto médico en sí, inevitable para conseguir la interrupción de la gestación, de la decisión misma que corresponde únicamente a la mujer ponderando su situación personal y el alumbramiento; esta decisión debe estar presidida e informada, en todo caso, por la previsión del art. 4 LDp.

En efecto, si la mujer menor de edad tiene suficiente juicio para decidir y valorar lo que supone poner término a su estado de gravidez, conociendo los riesgos quirúrgicos y psíquicos que para ella conlleva la intervención médica; así como que dicho acto médico tiene como objeto el impedir el nacimiento de su descendencia, su voluntad debe primar, en todo caso, de manera que los titulares de la autoridad familiar, el tutor o el Juez, deben actuar en consideración a este parecer, creo que esto es lo que impone la actuación en interés del menor, proclamado en el art. 2.4 LDp.

Y ello, porque la decisión de interrumpir el embarazo deriva directamente del derecho a la dignidad de la persona, a su libre desarrollo personal y su derecho a la intimidad. Este principio, entiendo, debe informar el resto de la regulación (tanto para el aborto como para cualquier acto de intromisión de terceros en los derechos de la personalidad de los menores).

b) ¿A partir de qué edad y en qué condiciones la mujer es plenamente capaz para llevar a cabo esta decisión válidamente? Mayores de edad y menores emancipadas

a' mayores de edad. Ciertamente, no hay ninguna duda si la mujer es mayor de edad y no está incapacitada.

En Aragón estará en esta situación la mujer que haya cumplido los 18 años o esté casada: art. 1 LDp.

Ello significa que una mujer aragonesa casada y con 14 años (arts. 46 y 48 Cc.) puede abortar manifestando por sí sola su consentimiento; podrá también no abortar, aun cuando ponga en riesgo su vida, si su convicción religiosa o deseo maternal la llevan a tomar dicha solución de forma consciente. Sólo en casos extremos, podrá el facultativo intervenir a través del deber que le impone su profesión: art. 13. 1 b) Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón y 417.1 bis Cpen.

b'. Menor emancipada. En Aragón, la emancipación puede tener lugar a partir de los 14 años, en los casos que previenen los arts. 27 y 29 LDp. Los efectos de la emancipación son los que dispone el art. 30 LDp. y, desde luego, en lo que atañe a la esfera personal, puede regir su persona como si fuera mayor, sin necesidad de ninguna asistencia que sólo la exige la ley para actos patrimoniales.

c) Menores de edad que no han cumplido 14 años. A falta de una norma expresa que regule la cuestión, habrá que aplicar el art. 17 de la ley para decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo de la mujer. Si bien, informado por las previsiones del art. 4 LDp.

La cuestión quedaría como sigue:

a'. Mujeres menores de 14 años que sí tienen suficiente juicio. La solución vendría de la mano del art. 17 LDp.

La decisión de abortar o no la tomará la menor de 14 años aragonesa (art. 4 LDp.), pero no será bastante con su sola voluntad. Las autorizaciones varían en función de que decida o no interrumpir legalmente su embarazo.

a". Para el caso de que decida interrumpir su embarazo en alguna de las indicaciones reguladas en la ley será, además, necesaria la autorización conjunta de los titulares de la autoridad familiar o del tutor.

Si por parte de alguno de estos sujetos hubiera negativa a la autorización, sería el Juez quién prestaría, en su caso, aquélla atendiendo al interés del menor: arts. 4, 17 y 7 LDp. Si tiene suficiente juicio y no pone en peligro su vida, se debe autorizar la interrupción.

b". Si la menor no quiere interrumpir su embarazo, en contra de su voluntad, sólo será posible con autorización judicial y en interés del menor.

El interés del menor, a estos efectos, tal vez quedase limitado, a lo que creo, al supuesto de la indicación terapéutica: garantizar la vida o la salud mental de la menor embarazada, ya que en el resto de los supuestos, y tomando como premisa que la menor tiene suficiente juicio, no debe contradecirse su decisión, salvo que las indicaciones éticas y eugenésicas, puedan reconducirse también a la modalidad terapéutica³⁴.

b". Mujer menor de 14 años que no tiene suficiente juicio. En este caso, la decisión de interrumpir voluntariamente el embarazo, no puede ser apreciada por la menor, por no tener suficiente juicio para entender las consecuencias del acto (la menor tiene 10 años o teniendo 13 años no es capaz de valorar la situación).

La interrupción del embarazo, sólo puede adoptarse en interés de la menor y conjuntamente por los titulares de la autoridad familiar, del tutor o subsidiariamente por el Juez.

En los casos en los que el aborto de la menor venga indicado por razones terapéuticas, parece claro que el interés del menor aconsejará, en todo caso, la interrupción del embarazo.

La negativa de los padres (por convicciones religiosas o de cualquier otro género), podría permitir al médico, bien llevar a cabo su actuación, si hubiera grave riesgo para la vida de la embarazada (art. 13.1.b Ley 6/2002, de 15 de abril, de la Salud de Aragón y 417.1. bis Cpen.) bien requerir el auxilio judicial, si hubiera tiempo para actuar sin que peligre la vida de la menor (art. 7 Ldp).

En los casos de indicaciones ética y eugenésica, la decisión corresponden también a quienes ejerzan la autoridad familiar, al tutor, o subsidiariamente el Juez, y deberán valorarlas en atención la interés del menor (no al suyo personal), esto es, si el proseguir el embarazo, en supuestos en que la menor haya sido violada o su descendencia pueda padecer graves taras físicas o psíquicas, protege y garantiza el libre desarrollo de la personalidad de la menor; creo que deben justificar que la prosecución del embarazo no es un perjuicio para ella.

d) Menor mayor de 14 años. Si la menor aragonesa ha cumplido 14 años, la decisión de interrumpir voluntariamente el embarazo en cualquiera de las indicaciones en que es legal depende de su exclusiva voluntad: arts. 4 y 21 LDp. Es más, los médicos, salvo que estuviera en peligro su vida, no pueden ni deben comunicar a los padres la decisión de la menor en contra de su voluntad (arts. 3 LO 1/1982 de 5 de mayo de protección civil

³⁴ El interés del menor consiste básicamente en proteger y garantizar sus derechos fundamentales como persona y fomentar el libre desarrollo de su personalidad. Se proyecta, por tanto, sobre los derechos y valores reconocidos en el art. 10.1 CE. (Crf. ; LALAMA AYMÁ, Alejandra (2006): *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 95 y ss.)

al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en relación con el art. 11 Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón).

a'. Si la menor decide no abortar, en contra de su voluntad sólo será posible la interrupción del embarazo con autorización judicial y en interés del menor. Entiendo que en este caso, el interés del menor quedaría circunscrito al supuesto de indicación terapéutica, aplicando los mismos argumentos que en el caso de que la menor no hubiera cumplido 14 años.

b'. Si la menor no está en condiciones de decidir, sólo será posible la intromisión cuando lo exija el interés del menor apreciado por uno de los titulares de la autoridad familiar, el tutor o subsidiariamente el juez. Las apreciaciones serían las que ya he hecho en estas circunstancias, para el caso de que la menor no hubiera cumplido los 14 años.

II. ALGUNAS CUESTIONES DE COMPETENCIA: RELACIONES ENTRE NORMAS DE DISTINTOS CONJUNTOS NORMATIVOS (ESTATALES Y AUTONÓMICAS) Y ENTRE NORMAS DEL MISMO CONJUNTO NORMATIVO. LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO A TRAVÉS DE LA LEGISLACIÓN SANITARIA Y LA CAPACIDAD CIVIL PARA CONSENTIR LOS ACTOS MÉDICOS

§ 3. CUESTIÓN PREVIA: ¿TIENE ARAGÓN COMPETENCIA PARA REGULAR LA CAPACIDAD RELACIONADA CON LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y EN ESPECIAL EL CONSENTIMIENTO PARA LAS INTERVENCIONES EN EL ÁMBITO DE LA SALUD?

1. ¿EXISTE UN DERECHO A LA SALUD ATRIBUIDO EN EXCLUSIVA AL ESTADO EN BASE A LO PREVISTO EN EL ART. 149.1. 1ª Y 16ª CE?

A. Las dudas en el seno de la CADC

La Comisión Aragonesa de Derecho civil no había mantenido duda alguna sobre la competencia de la Comunidad autónoma aragonesa para regular la capacidad de los menores de edad, tanto en lo que atañe a cuestiones patrimoniales como personales.

La capacidad por razón de la edad en Aragón se remonta a los Fueros de 1247 y su regulación no sólo ha atendido a cuestiones patrimoniales, sino también personales en las que la capacidad natural era relevante³⁵.

³⁵ La capacidad para realizar actos personalísimos desde que los sujetos tengan suficiente juicio se pone de manifiesto en el Derecho aragonés a través de la regla de la mayor edad por matrimonio. Ciertamente, una vez celebrado el matrimonio, los esposos ya serán mayores de edad, pero la posibilidad de tener capacidad para matrimoniar era anterior a la celebración del vínculo y les permitía a los esposos otorgar con anticipación a las nupcias cualesquiera actos (también patrimoniales) relacionados con el matrimonio, posibilidad que alcanzaba la esposa aunque sólo tuviera 12 años o menos, si tenía capacidad sexual. Los actos personalísimos se sometían a la capacidad natural y al suficiente juicio de los sujetos, y la edad (la mayor edad) se probaba a través del aspecto y la aptitud que presentaran en el plano personal: portar lar armas, yacer con mujeres, etc. (Sobre estas cuestiones vid. BAYOD LÓPEZ, Carmen (1995): *Sujetos de las Capitulaciones matrimoniales aragonesas*, IFC, Zaragoza, págs. 97 a 123; trato de esta cuestión referida a los capítulos matrimoniales y hay abundante bibliografía de autores regnicolas; si bien me parecen relevantes a estos efectos: MOLINO, Miguel, (1585), *Repertorium fororum et observatorium regni aragonum*, Zaragoza, voces *Aetas, Minor* y *vel parter vel mater pro filio tenatur*; PORTOLÉS, Hieronymo, (1587): *Scholia sive adnotationes ad repertorium Michaelis Molini, super foris et observantiis Regni Aragonum*, Zaragoza, voces *Aetas, Minor* y *vel pater vel mater pro filio tenatur*.

En un primer momento sólo la vocal Samanes Ara alegó falta de competencia autonómica afirmando que estos preceptos (los arts. 17 y 21 LDp.) atienden más bien a materias médicas; en Aragón hay una Ley de Salud, y considera que regular estas cuestiones a través del Derecho civil provocaría inseguridad jurídica a los facultativos³⁶.

En el año 2005 se incorpora a las sesiones de la Comisión la profesora Parra Lucán, quien inmediatamente formula una enmienda de supresión de los arts. 17 y 21, llamados a regular los supuestos de intromisiones ilegítimas en los derechos de la personalidad del menor; es evidente, por lo demás, que si la enmienda prosperaba, desaparecería, necesariamente el incómodo y controvertido tema del aborto.

El problema que planteaba la profesora Parra era la falta de competencia para regular la capacidad para prestar el debido consentimiento informado, por entender que el mismo es un derecho constitucional (Derecho a la salud) y, por lo tanto, su regulación es competencia exclusiva del Estado, a través de la competencia prevista en el art. 149.1.1ª CE³⁷.

A lo que creo, y manifestando por mi parte una opinión distinta de la que defiende la profesora Parra, entiendo que sí hay competencia para regular esta materia y que no hay ningún conflicto entre la norma estatal 41/2002 y la Ley aragonesa de Derecho de la persona.

La solución al caso, según entiendo, se explica, por un lado, a través de los mecanismos que articulan las relaciones entre los diversos conjuntos normativos: competencia, preferencia y supletoriedad y, por otro, averiguando en qué consiste la competencia estatal prevista en el art. 149.1.1ª CE, y si en ella se ha de incluir la capacidad para consentir actos médicos. Veamos cada una de estas cuestiones.

B. Los principios de competencia, preferencia y supletoriedad. Relaciones entre ordenamientos³⁸

Las relaciones entre la normativa estatal y las autonómicas vienen determinadas a través de los principios de preferencia y supletoriedad, que impone el sistema de competencias (exclusivas, compartidas y básicas) diseñado por el texto constitucional en el art. 149 CE.

Relaciones complejas, que se articulan a través del principio de competencia, de manera que la normativa estatal, si sobre determinada materia tiene atribuida el Estado la competencia exclusiva o básica, se aplicará de forma directa en todo el territorio nacional.

No hay colisión entre la normativa Estatal y autonómica puesto que no hay coincidencia en la materia objeto de regulación en los supuestos de competencia exclusiva, bien le corresponda ésta al Estado o bien le corresponda a las Comunidades autónomas.

³⁶ Cfr. Acta 172, págs. 3-4

³⁷ Cfr. Acta 218, págs. 5 y 6 en las que la profesora Parra defiende su enmienda, ésta aparece también sumada a las actas en toda su integridad. Con el rigor que acostumbra, la profesora Parra Lucán ofrece hasta doce argumentos para señalar la incompetencia legislativa aragonesa, da cuenta de opiniones doctrinales en los que funda sus tesis; de los problemas de constitucionalidad, que las normas aragonesas podrían plantear. La misma postura defendió en su intervención en los Decimoquintos encuentros de Foro de Derecho aragonés, vid. PARRA LUCÁN, María Ángeles (2006): "Voluntades anticipadas (autonomía personal: voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos)", en *Actas de los Decimoquintos Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, págs. 86 a 91.

³⁸ Sobre estas cuestiones me remito a mi trabajo y a la abundante bibliografía allí citada: "El art. 149.3 CE: La supletoriedad del Código civil como Derecho estatal de los Derechos civiles autonómicos. (En particular el Derecho civil aragonés)", en *RDCV*, V, núm. 2, Zaragoza, 1999, págs. 75 a 125.

Lo mismo puede afirmarse en el caso de competencias básicas: las bases solo competen al Estado, su desarrollo a las Comunidades autónomas, si éstas incidieran en aspectos básicos, al carecer de competencia, su legislación quedaría desplazada por la básica estatal en función de la cláusula de prevalencia del Derecho del Estado (art. 149.3 CE), en todas las materias en las que las Comunidades autónomas no tengan competencia exclusiva.³⁹

Por el contrario, si el Estado no tiene atribuida dicha competencia o teniéndola la misma también le corresponde a las Comunidades autónomas (vgr. materia civil), la regulación autonómica, en el ámbito de sus competencias (vgr. *conservación, modificación y desarrollo de su Derecho civil foral o especial*) será preferente a la estatal, que quedará desplazada, siendo, en su caso, aplicable como Derecho supletorio, mientras la Comunidad autónoma competente no legisle sobre dicha materia.

Pues bien, para que Aragón no tuviera competencia para regular la capacidad necesaria en lo que atañe a los derechos de la personalidad de los sujetos y a la capacidad para consentir actos médicos a través del llamado consentimiento informado; esta materia tendría que venir atribuida en exclusiva al Estado, bien por no ser una materia civil (vgr. Derecho fundamental, regulable a través de Ley orgánica) bien por ser materia que corresponde a un pretendido Derecho a la Salud y le corresponde al Estado la competencia exclusiva sobre el ejercicio de este derecho.

De cualquier manera, parece que los criterios de atribución a favor del Estado vendrían de la mano de las materias contempladas en los puntos 1ª y 16ª del art. 149.1. CE.

En consecuencia, el análisis que procede será averiguar: i) Si el consentimiento informado es un Derecho fundamental; ii) qué significa, hasta dónde llega y cómo se ha de interpretar la competencia estatal sobre “condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales” y, por último, iii) si existe un Derecho a la salud cuya regulación en materia de capacidad y ejercicio del mismo corresponde también al Estado a través de la competencia sobre bases y coordinación general de la sanidad.

Sólo si la respuesta a estas cuestiones es positiva, Aragón (y el resto de las Comunidades autónomas con Derecho civil propio) carecerían de competencia para regular esta materia: los derechos de la personalidad y el consentimiento necesario para legitimar las intromisiones de terceros en los mismos.

Ahora bien, todavía nos queda una cuestión previa: Los derechos de la personalidad: ¿Son una cuestión civil?

C. Derechos de la personalidad: ¿Derecho civil o Derecho público?

Los llamados derechos de la personalidad pueden definirse⁴⁰ como derechos subjetivos derivados de la propia naturaleza humana y de la dignidad inherente a la persona, dirigidos a proteger la esfera más inmediatamente personal del ser humano, tanto en su vertiente física (derechos a la vida a la integridad física) como espiritual (derechos al honor, a la intimidad y a la imagen).

³⁹ En este sentido vid. PEMÁN GAVÍN, Juan (2004): “Reflexiones en torno a la regulación básica de los derechos de los pacientes contenida en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre” en *Revista Poder Judicial*, núm. 74, págs. 129-130

⁴⁰ Por todos, DELGADO ECHEVERRÍA, en Lacruz Berdejo, José Luis (2008): *Elementos de Derecho civil I.*, vol. 2º (Personas), Dykinson, Madrid, págs.51 y ss., MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos (2001): *Curso de Derecho civil I. Derecho de la persona*, Colex, Madrid, págs. 531 y ss.

Ciertamente estamos ante una categoría de derechos de reciente creación (no se habla de ellos hasta la mitad del siglo XIX), que surgen en el ámbito del Derecho constitucional e internacional y cuya primera defensa y garantía la encuentran a través del Derecho penal.

No obstante, ni la respuesta penal ni constitucional es efectiva cuando nos encontramos ante pequeñas agresiones a estos derechos que no pueden ser tipificadas como delitos (vgr. la publicación de mi fotografía en un periódico sin mi consentimiento anunciando unas medias), ni tampoco cuando se trata de saber cómo y a quién le corresponde el ejercicio de tales derechos (vgr. si mis hijos de 6 y de 14 años deben ser operados y necesita una transfusión de sangre: ¿quién debe consentir?).

En estos casos, y en lo que atañe a la capacidad, es el Derecho civil quien tiene atribuida la competencia para establecer las condiciones de ejercicio de los derechos inherentes al ser humano (art. 3 LO 5/1982, que en materia de capacidad se remite a la legislación civil), también es el Derecho civil quién proporciona una defensa más inmediata ante las agresiones a los mismos (vgr. acciones de indemnización y cesación).

Los derechos de la personalidad debido a su inherencia al ser humano y a su carácter originario (corresponden a todos los sujetos por el hecho de ser persona) son objeto de un tratamiento jurídico multidisciplinar, ya que cada uno de estos derechos puede ser contemplado desde diversos parámetros: i) Internacional y Constitucional, para elevar a muchos de ellos a la categoría de derechos fundamentales, que deben ser respetados y mantenidos en todo el planeta; ii) Penal, cuando la violación de los mismos sea calificada de delito o falta; iii) administrativa, si la lesión procede de alguna Administración pública; y iv) civil, para proteger aquellas intromisiones no calificadas de delictuales, pero sobre todo, y acaso, para establecer y regular cómo se ejercita el derecho cuando el mismo no requiera sólo ser titular (persona sin más); así la dignidad humana, el honor, corresponden a los sujetos desde su nacimiento, pero, ¿qué requisitos o capacidades son necesarias para defenderlos o, a pesar de ser derechos absolutos, para disponer de ellos?

La respuesta sólo la puede ofrecer el Derecho civil a través de las reglas de capacidad que rigen el estatuto personal de los sujetos.

Esto es lo que advirtió ya el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/85, cuando en lo referente a la capacidad de la mujer menor de edad para consentir el aborto en las indicaciones legales, somete la cuestión al *Derecho privado*; eso es también lo que afirma la sentencia 152/2002 del Tribunal Constitucional al remitir la conducta del menor que no quiere someterse a una trasfusión de sangre por ser testigo de Jehová, al *Derecho civil*, considerando relevante el consentimiento del menor a través de lo indicado en el art. 162.1 Cc.(FJ 9 y 10).

A lo que creo, el ejercicio de los derechos de la personalidad, en lo que atañe a su disposición y defensa es materia que, al menos en la configuración actual de nuestro ordenamiento, corresponde al Derecho privado; sin perjuicio de que, las condiciones del delito, incluso para fijar una determinada edad al objeto de excluir el tipo de lo injusto, sean competencia del Derecho penal (vgr. art. 156 Cpen.); e incluso es legítimo y necesario que en situaciones de desamparo o necesidad en las que se encuentren menores o incapacitados, o por razones de orden público, se apliquen, en defensa de los derechos de estos sujetos, leyes territoriales, que excluyan la aplicación de su estatuto personal (art. 9.6 C.c.).

2. LA COMPETENCIA DEL ESTADO PARA REGLAR LAS CONDICIONES BÁSICAS DE EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Los argumentos que llevarían a eliminar la competencia de la Comunidad autónoma aragonesa para regular las intromisiones ilegítimas en los derechos de la personalidad, en lo que atañe a los actos médicos, serían los siguientes: i) el consentimiento informado puede ser considerado como un derecho fundamental; ii) el derecho a la salud es un derecho constitucional que tiene que ser igual para todos los españoles debido a que las condiciones básicas del ejercicio de los derechos y deberes constitucionales es competencia exclusiva del Estado.

A. El consentimiento informado: ¿un derecho fundamental?

a) *Argumentos doctrinales y jurisprudenciales. Tendencias:* Carta de los Derechos fundamentales de la U.E. Cierta sector doctrinal afirma que el consentimiento informado es manifestación de un derecho fundamental, medio de respeto a la autonomía de los pacientes y medida de la legitimidad de la conducta del profesional médico sanitario.

La competencia del Estado en materia de derechos fundamentales no es sólo la que resulta del art. 81.1 CE (exigencia de Ley Orgánica para las relativas a los derechos fundamentales, y la Ley Orgánica sólo puede proceder del Estado) sino también, como explica De Otto, la que resulta de la aplicación del art. 149.1.1 CE, que atribuye competencia exclusiva al Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

En consecuencia, y puesto que el derecho a la salud que el art. 43 reconoce pertenece a todos los españoles, a todos se les garantiza por el Estado la igualdad en las condiciones básicas para su ejercicio.

El ejercicio de esta competencia lo habría ejecutado el Estado a través de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y deberes en materia de información y documentación clínica, ley promulgada por el legislador estatal fundando su competencia en los arts. 149.1.1 y 16 CE

En atención a estos argumentos, concluyen estos autores, que las Comunidades Autónomas con un Derecho civil propio podrán solo adaptar su derecho al régimen que resulta de la ley estatal, por ejemplo cuando se dice quién debe otorgar el consentimiento por parte del interesado incapaz.

Además, añaden, puesto que la validez del consentimiento puede tener consecuencias en el terreno de la responsabilidad, incluso penal, del tercero, parece razonable que el legislador haya establecido de manera expresa el carácter exclusivo de su regulación como criterio para determinar la validez de un consentimiento informado, de modo que este no pudiera depender de las condiciones de edad o de capacidad más o menos variables del paciente en función de su ley personal⁴¹.

⁴¹ Cfr. PARRA LUCÁN, María Ángeles (2006): "Voluntades anticipadas (autonomía personal: voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos)", en *Actas de los Decimoquintos Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, págs. 89 y 91; DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, (2003): ¿Inconstitucionalidad de la Ley 1/2002, de 28 de enero, de la Generalitat, de derechos e información del paciente de la Comunidad Valenciana en relación con los menores de edad?, en *Diario Le Ley*, nº 5744, págs. 1495 a 1501, D-67); CORBELLA I DUCH, (2001): "Sobre la Constitucionalidad de las leyes autonómicas reguladoras de las voluntades anticipadas", en *VIII Congreso nacional de Derecho sanitario. I Reunión*

El TS, por su parte, ha afirmado que el consentimiento informado es un derecho humano fundamental⁴².

Estas tendencias pueden verse también reflejadas en la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, en cuyo art. 3 se regula el consentimiento informado, como uno de esos derechos⁴³.

Así las cosas, ¿es el consentimiento informado un derecho fundamental?, aún cuando no lo sea, ¿su regulación debe estar excluida de la competencia autonómica, y en particular en lo que atañe a la capacidad de los sujetos para prestarlo?

b) La respuesta a través de las Sentencias del TC. El consentimiento informado no es un derecho fundamental, no está en la nómina de los derechos fundamentales que recoge la Constitución española en la Sección 1ª (*De los Derechos fundamentales y de las libertades públicas*) del Capítulo Segundo (*Derechos y libertades*) del Título I (*De los derechos y deberes fundamentales*) que regula la Constitución de 1978.

Como ha advertido el TC desde sus primeras sentencias la reserva material de Ley Orgánica debe interpretarse de forma restrictiva, solo a los referidos derechos fundamentales de la sección 1ª, sin añadir siquiera la inclusión de los derechos de igualdad ante la ley (art. 14 CE) y la objeción de conciencia (art. 30.2 CE), susceptibles ambos de recurso de amparo. (STC 5/1981, de 13 de febrero; 6/1982, de 22 de febrero; 160/1987, de 27 de octubre).

El Tribunal Constitucional, desde la STC 5/1981, ha ido estableciendo una serie de criterios o pautas con los que llevar a cabo esta tarea delimitadora.

Para lo que aquí interesa, ha destacado, en primer lugar y de forma ininterrumpida desde la citada STC 5/1981, la necesidad de aplicar un criterio estricto o “restrictivo” para determinar el alcance de la reserva y ello tanto en lo referente al término “desarrollar”, como en lo que atañe a “la materia” objeto de reserva.

Se trata, según afirma el Tribunal Constitucional en reiteradas resoluciones, de evitar petrificaciones del ordenamiento y de preservar la regla de las mayorías parlamentarias no cualificadas

⁴¹ *Iberoamericana del Derecho sanitario*, Ilustre Colegio oficial de médicos de Madrid (Madrid, 18, 19 y 20 de octubre de 2001), en <http://www.aeds.org./congreso8/>, afirma, refiriéndose a las voluntades anticipadas y a la historia clínica, que al estar esta materia regulada por diversas CCAA de forma diferente, los derechos de los ciudadanos españoles ya no son los mismos en el ámbito sanitario, por ello algunas de estas leyes deberían ser inconstitucionales por ser contrarias al principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE; OTTO, Ignacio, (1984): “Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 10 vol. II, Oñati, págs. 53-72.

⁴² Entre otras Sentencias del TS de 12 de enero de 2001 (RJ 2001/3) y 21 de mayo de 2001 (RJ 2001/6197).

⁴³ Artículo 3. Derecho a la integridad de la persona.

1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica.

2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular:

- el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley,
- la prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas,
- la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro,
- la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos.

Es más, como expresamente se afirmó en la STC 6/1982, de 22 de febrero, el art. 81 CE, sólo se refiere al desarrollo directo de los derechos fundamentales y no, en cambio, a las normas que tengan conexión con ello, afirmado expresamente, y en esta línea la STC 127/1994, de 5 de mayo que no procede aprobar mediante Ley Orgánica:

“cualquier disciplina legal que ‘afecte’ a los derechos fundamentales, sino tan solo cuando desarrollen la Constitución de una manera directa en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, ya sea en una regulación directa, general y global del mismo o en una parcial y sectorial, pero igualmente relativa a los aspectos esenciales del derecho y no, por parcial, menos directa o encaminada a contribuir a la delimitación y definición legal del derecho”.

Por lo tanto, el consentimiento informado, no es un derecho fundamental y no requiere su aprobación mediante Ley Orgánica.

Como afirma PEMÁN GAVÍN, en opinión que comparto, “es obvio que en nuestro sistema constitucional no tienen la condición de derecho fundamental el derecho a la información sanitaria en sus diversas manifestaciones, ni el derecho a prestar consentimiento informado –con la consiguiente posibilidad de negarse a los tratamientos sanitarios– y a suscribir un documento de instrucciones previas, ni los diversos derechos que se atribuyen a los pacientes en relación con las historias clínicas y otros aspectos de documentación sanitaria. Por lo que se refiere en particular al derecho informado –añade– se observa una tendencia a considéralos como un derecho fundamental autónomo, pero es claro que no es así en nuestro ordenamiento constitucional pese a las declaraciones jurisprudenciales y doctrinales que se mueven en esta dirección”⁴⁴.

B. El consentimiento informado: ¿un derecho constitucional de competencia exclusiva del Estado ex art. 149.1.1ª CE?

a) Planteamiento de la cuestión. El consentimiento informado no es un derecho fundamental, no requiere ser regulado a través de Ley Orgánica y de hecho la atención al mismo se ha llevado a cabo a través de leyes ordinarias: la estatal 41/2002 y otras tantas autonómicas promulgadas a través de la competencia que en materia de sanidad tienen adscritas las mismas⁴⁵.

Ahora bien, es evidente, por un lado, que se vincula estrechamente con derechos fundamentales como son la dignidad, la intimidad, el honor, la integridad corporal, la vida y, desde luego, con el libre desarrollo de la personalidad.

Por otro lado, el consentimiento informado, en cuanto manifestación de la voluntad libre y consciente para ser o no sometido a actuaciones médicas, tiene especial importancia en orden a legitimar la actuación de un tercero en la medida en que aquélla puede afectar a bienes penalmente protegidos respecto a los cuales se reconoce la facultad de disposición por parte de su titular (integridad corporal, aborto, etc.) o la libertad de movimiento y desplazamiento (ingresos hospitalarios)⁴⁶.

⁴⁴ PEMÁN GAVÍN, Juan (2004): “Reflexiones en torno a la regulación básica de los derechos de los pacientes contenida en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre” en *Revista Poder Judicial*, núm. 74, págs.115 y 116.

⁴⁵ En Aragón, la Ley 6/2002, de 16 de abril de la Salud de Aragón.

⁴⁶ En relación al consentimiento informado, la bibliografía sobre el mismo es abundante al hilo de comentar las leyes que regulan los derechos del paciente. De cualquier manera me siguen pareciendo interesantes las reflexiones de ROMEO CASABONA, Carlos María, y otros, (2000): *Información y documentación clínica. Su tratamiento jurisprudencial (1990-1999)*, Ministerio de Sanidad y consumo, Madrid; LORENZO Y MONTERO, Ricardo y SÁNCHEZ CARO, Javier, (2000): “El consentimiento informado”, en *Responsabilidad legal del profesional sanitario*, Asociación española de Derecho sanitario, Madrid, 2000, págs. 94 y ss.

En atención a lo anterior, el consentimiento informado, a lo que creo, cumple un doble papel:

- i) garantizar la integridad y demás derechos y libertades fundamentales del ser humano en relación con las aplicaciones de la biología y la medicina⁴⁷;
- ii) legitimar las intromisiones de los terceros en los derechos de la personalidad.

En razón de ello, cabría pensar si su regulación debe corresponder al Estado a través de la competencia prevista en el art. 149.1.1ª CE, en cuanto que el mismo es una manifestación de los derechos y deberes constitucionales, si es así habrá que preguntarse también hasta dónde llega esta regulación: ¿a todas las condiciones de ejercicio incluida la regulación de la capacidad para prestarlo?

b) El contenido del art. 149.1.1 CE a través de las sentencias del TC y de la doctrina

a'. Doctrina en relación al art. 149.1.1ª CE. Siguiendo a TUDELA ARANDA⁴⁸, podemos afirmar que la incertidumbre fue la nota esencial que acompañó la interpretación de este precepto constitucional en sus primeros años de vigencia. La doctrina dedicó esfuerzos a su comprensión, proponiendo interpretaciones divergentes y aún cuando fue profusamente utilizado por el TC en ningún caso, hasta las sentencias de la última década del siglo XX, se llega a tener un cuerpo de jurisprudencia que vaya esclareciendo su contenido.

En un primer momento, el art. 149.1.1 CE fue interpretado más que como un auténtico título competencial como un precepto a añadir al largo listado que el legislador constituyente había destinado a la igualdad. El precepto se interpretaba por la doctrina como un instrumento del poder estatal para la consecución de unos mínimos de homogeneidad social que habrían de imponerse a las posibles divergencias resultantes del principio de autonomía.

En definitiva, el art. 149.1.1. CE aparecía como una expresión del principio de igualdad y más que como un título competencial a favor del Estado era concebido como un límite a las competencias autonómicas.

b'. Las sentencias del TC. En un primer momento, como advierte TUDELA ARANDA, el TC tampoco establece una clara pauta acerca de cómo deba interpretarse el art. 149.1.1 CE; en concreto, no explica qué deba entenderse por “condiciones básicas para el ejercicio de los derechos y deberes de los ciudadanos”; si estos derechos y deberes son únicamente los derechos fundamentales o son todos los contenidos en el Título I de la CE.; tampoco si es o no una auténtica competencia normativa a favor del Estado.

⁴⁶ Más recientes, vid. ALONSO OLEA, Manuel y FANEGO CASTILLO, Fernando (2003): *Comentarios a la ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, (101 págs.); GUERRERO ZAPLANA, José, (2004): *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia. Ley básica 41/2002 y leyes autonómicas*, ed. Defensor del paciente. Comunidad de Madrid y Lex Nova, Madrid, (283 págs.).

Para la Ley salud de Aragón en relación con el consentimiento informado, puede consultarse: ROMEO CASABONA, Carlos María, (2004): “Los derechos de los pacientes (I): información clínica y autonomía del paciente”, en *Derecho sanitario aragonés. Estudios sobre el marco jurídico de la sanidad en Aragón*, vol. I, ed. Cortes de Aragón, Zaragoza, págs. 141 a 192.

⁴⁷ Este es el objeto y finalidad que señala el Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997, ratificado por España el 20 de octubre de 1999, y que es norma de referencia para regular los derechos del paciente.

⁴⁸ Cfr. TUDELA ARANDA, José (2003): “A vueltas con el art. 149.1.1ª de la Constitución. Un precepto para dos visiones del Estado”, en *Estudios de Derecho público económico. Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, ed. Civitas, Endesa e IberCaja, págs. 253 y 254.

El TC a partir de la sentencia 61/1997, de 20 de marzo, que tuvo por objeto el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del suelo de 1992, ha ido respondiendo estas cuestiones.

A esta importante sentencia le han seguido otras posteriores (STC 173/1998, de 23 de julio; STC 138/2001, de 20 de septiembre y STC, 37/2002, de 14 de febrero), que han ido perfilando su contenido, reproduciendo siempre y asentando con firmeza la doctrina que la sentencia 61/1997 estableció.

Con todo, todavía hay controversia en algunos puntos, ya que a estas últimas sentencias las han acompañado sendos votos particulares⁴⁹.

De cualquier manera, y en el momento actual, creo que podemos extraer la siguiente doctrina de las referidas sentencias del TC, en lo que atañe a la interpretación del art. 149.1.1ª CE:

1. El art. 149.1.1ª CE contiene una competencia normativa a favor del Estado en aquellos aspectos de los derechos y deberes constitucionales no contenidos en ningún otro título competencial del art. 149.1 CE.

Así se deduce del FJ 7ª de la STC 61/1997:

“el art. 149.1.1º CE no debe ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica, ni tampoco como un título residual, aunque la normación del derecho por virtud de esta competencia sea limitada, no ya sólo porque no se inscriba en la dinámica de las bases-desarrollo, en la que siempre ha de restar un espacio normativo para las Comunidades Autónomas, sino, más exactamente, como ha quedado razonado, porque las condiciones básicas que garanticen la igualdad, por definición, no pueden consistir en un régimen jurídico acabado y completo de los derechos y deberes constitucionales afectados. La regulación de esas condiciones básicas sí corresponde por entero y en exclusiva al Estado, pero con tal normación, como es evidente, no se determina ni se agota su entero régimen jurídico. En tal contexto, no debe olvidarse que la “igualdad de todos los españoles” representa el elemento teleológico o finalista del título competencial que aquí se considera, el único que justifica y ampara el ejercicio de la competencia estatal.

2. El contenido de la competencia consagrada en el art. 149.1.1ª habilita al Estado para regular el contenido primario, las facultades elementales y los límites esenciales en aquello que sea necesario para asegurar la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho.

Así se deduce del FJ 9 de la STC 173/98:

“se trata de un título competencial con contenido propio, no residual, que habilita al Estado para regular «el contenido primario del derecho, las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos ...). En todo caso, las condiciones básicas han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad, que no puede consistir en una igualdad formal absoluta» (fundamento jurídico 8º STC 61/1997) y siempre teniendo presente que «la “materia” sobre la que recae o se proyecta son los derechos constitucionales, en sentido estricto, así como los deberes básicos ...» [fundamento jurídico 7.º, b)] y que «las condiciones básicas que garanticen la igualdad se predicen de los derechos y deberes constitucionales en sí mismos considerados, no de los sectores materiales en los que éstos se insertan y, en con-

⁴⁹ Sobre el análisis de estos votos particulares me remito a TUDELA ARANDA, José (2003): “A vueltas con el art. 149.1ª de la Constitución. Un precepto para dos visiones del Estado, en *Estudios de Derecho público económico. Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, ed. Civitas, Endesa e IberCaja, págs. 259 y 272.

secuencia, el art. 149.1.1 CE sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce. (...)

El art. 149.1.1 CE habilita, pues, al Estado para regular el contenido primario, las facultades elementales y los límites esenciales en aquello que sea necesario para asegurar una igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de asociación. La legislación que con base en este precepto constitucional pueda dictar el Estado deberá sin duda ser respetada por el legislador autonómico titular de la competencia sobre determinadas asociaciones”.

Por su parte el FJ 7 STC 61/1997 añade lo siguiente:

“En cualquier caso, la «regulación» que corresponde al Estado ex art. 149.1.1 CE queda «limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico (...). Las condiciones básicas que garanticen la igualdad, por definición, no pueden consistir en un régimen jurídico acabado y completo de los derechos y deberes constitucionales afectados. La regulación de esas condiciones básicas sí corresponde por entero y en exclusiva al Estado, pero con tal normación, como es evidente, no se determina ni se agota su entero régimen jurídico»

3. El contenido de la competencia normativa del Estado en lo que atañe a las condiciones básicas del ejercicio de los derechos y deberes constitucionales tiene un doble contenido positivo y negativo que no sustrae la materia a la competencia autonómica cuando la tenga atribuida.

En este sentido el FJ 7º de la STC 61/1997.

“Al objeto de situar el art. 149.1.1º CE en su debido contexto, deben hacerse algunas precisiones acerca de la naturaleza y alcance de la competencia estatal (...)

a) En primer lugar, importa delimitar por vía negativa el título competencial residenciado en el art. 149.1.1º CE. De una parte, no se puede identificar con el contenido derivado de otros preceptos constitucionales, tales como los arts. 138.2 y 139.1, que son presupuestos o límites, pero no títulos competenciales; o el art. 139.2, en cuanto expresión de la unidad de mercado y del derecho a la libre circulación. De otra, el art. 149.1.1º CE no viene a ser un trasunto, en el plano competencial, del art. 14 CE, que, por lo demás, vincula a todos los poderes públicos. Este título estatal no representa, pues, una suerte de prohibición para el legislador autonómico de un trato divergente y desproporcionado respecto de la legislación estatal. (...)

b) En segundo lugar, conviene recordar algunas notas que delimitan positivamente la competencia estatal “ex” art. 149.1.1º CE. Así, en lo que hace a su ámbito material o alcance horizontal, es de advertir que la “materia” sobre la que recae o proyecta son los derechos constitucionales en sentido estricto, así como los deberes básicos. Ahora bien, las condiciones básicas que garanticen la igualdad se predicen de los derechos y deberes constitucionales en sí mismos considerados, no de los sectores materiales en los que éstos se insertan y, en consecuencia, el art. 149.1.1º CE sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce. De lo contrario, dada la fuerza expansiva de los derechos y la función fundadora de todo el ordenamiento jurídico que éstos tienen atribuida (art. 10.1 CE), quedaría desbordado el ámbito y sentido del art. 149.1.1º CE, que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera sea remotamente, hacia un derecho o deber constitucional.

Por otra parte, tal como se ha indicado, constituye un título competencial autónomo, positivo o habilitante, constreñido al ámbito normativo, lo que permite al Estado una “regulación”,

aunque limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico.

4. Las “condiciones básicas de ejercicio de los derechos y deberes fundamentales”, no son legislación básica, sino tan sólo la fijación de condiciones esenciales que tienden a garantizar la igualdad, pero no regulan (no tiene competencia el Estado) cómo deba de ser el ejercicio del derecho.

Las define la STC 61/1997, en su FJ 7º:

“condiciones básicas” no es sinónimo de “legislación básica”, “bases” o “normas básicas”. El art. 149.1.1º CE, en efecto, no ha atribuido al Estado la fijación de las condiciones básicas para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento -eso sí, entero- de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad. Y si bien es cierto que su regulación no puede suponer una normación completa y acabada del derecho y deber de que se trate y, en consecuencia, es claro que las Comunidades Autónomas, en la medida en que tengan competencias sobre la materia, podrán siempre aprobar normas atinentes al régimen jurídico de ese derecho - como en el caso de la propiedad del suelo-, no lo es menos, sin embargo, que la competencia “ex” art. 149.1.1º CE no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo. En otras palabras, el Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la de la garantía de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara; será luego el legislador competente, estatal y autonómico, el que respetando tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias.

Sobre ellas añade, con cita de otras, el FJ 12 de la STC 37 /2002, de 14 de febrero que:

“La expresión «condiciones básicas» no es sinónima de las locuciones «legislación básica», «bases» o «normas básicas», por lo que «la competencia “ex” art. 149.1.1ª CE no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo», (...) Por lo tanto, el título competencial del art. 149.1.1ª CE «lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione -mediante, precisamente, el establecimiento de unas condiciones básicas uniformes- el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales» (STC 173/1998, de 23 de julio, F. 9)”

5. Las previsiones del art. 149.1.1ª no tienen como objeto el principio de igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes fundamentales, su finalidad es garantizar la unidad de la nación española a través del reconocimiento de unos mismos derechos para todos los ciudadanos españoles.

En la STC 37/2002, de 14 de febrero, en la que se resuelve la cuestión previa de inconstitucionalidad contra la Ley de Cataluña 17/1985, de 23 de julio, sobre la Función pública, alegando que la misma contradecía las previsiones del art. 149.1.1., porque los funcionarios no tendrían los mismos derechos según la Comunidad en la que ejercieran su función, el TC afirma, al igual que lo hiciera en las anteriores sentencias, lo siguiente en el FJ 14:

“Aunque el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad se presenta huérfano de toda argumentación respecto a la posible contradicción del art. 93 n) de la Ley de Cataluña 17/1985, de 23 de julio, con el art. 149.1.1 CE, tampoco puede prosperar la conclusión a la que llega el Fiscal General del Estado sobre su inconstitucionalidad por infringir el citado

precepto constitucional al suponer una quiebra del principio de igualdad de los funcionarios, sea cual sea la parte del territorio nacional en el que desempeñen sus funciones. Como ya hemos visto, la ausencia de una monolítica uniformidad jurídica no infringe necesariamente el art. 149.1.1 CE, ya que este precepto no exige «un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado», lo que, por otra parte, sería incompatible con la opción por un Estado organizado en la forma establecida en el Título VIII de la Constitución, «sino que, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de derechos y al cumplimiento de los deberes se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales» (STC 120/1998, FJ 4), sin que la misma pueda entenderse quebrada en este caso como consecuencia de la tipificación como falta muy grave de la conducta descrita en el art. 93 n) de la Ley de Cataluña 17/1985, de 23 de julio, que, al no establecer una diferencia que afecte a las posiciones jurídicas fundamentales de los ciudadanos, ni implique privilegios económicos o sociales (STC 97/2001, FJ 8ª) ni suponga una infundada o irrazonable diferencia de trato (STC 87/1985, F. 8) tampoco vulnera las exigencias del principio de igualdad”.

En el FJ 15 de la STC 37/2002 se añade:

“La conclusión no puede ser sino desestimatoria, dado que los preceptos invocados por la Sala no son básicos como dijimos en el fundamento jurídico 11. Por otra parte, como hemos señalado en el fundamento jurídico 12, con cita de la STC 61/1997, de 20 de marzo, F. 7 a), al referirnos al contenido y alcance del art. 149.1.1ª CE, este precepto, ni representa una suerte de prohibición para el legislador autonómico de un trato divergente respecto de la legislación estatal, ni, en conexión con los arts. 14 y 138.2 CE, implica más que una exigencia de una igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, resultando evidente que el contenido de los arts. 74.4, 97.1 d) de la Ley de Cataluña 17/1985, de 23 de julio, en los concretos extremos cuestionados, no afecta en sí mismo considerado a las condiciones básicas, entendidas como contenido primario, facultades elementales y límites esenciales, para asegurar una igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”.

6. Los derechos y deberes son todos los contenidos en el Título primero de la Constitución española.

No lo ha afirmado así de rotundamente el TC, pero la aplicación de este precepto ha tenido que ver no sólo con derechos fundamentales, como el de asociación (STC. 173/1998), sino con derechos y deberes contenidos en el Título I: propiedad (STC. 156/1995 y STC. 61/1997), educación (STC. 188/2001), función pública (STC. 37/2002), etc.

c) Las condiciones básicas de ejercicio y las competencias autonómicas. Conclusiones. Teniendo en cuenta las Sentencias del TC a las que hemos hecho referencia, podemos afirmar que el art. 149.1.1 CE fija una competencia normativa, la resultante de atribuir al Estado la competencia exclusiva sobre las condiciones básicas para garantizar la igualdad en el ejercicio de derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Su objeto son los derechos y deberes contenidos el Título I y su contenido, delimitado de forma positiva y negativa, no es otro que garantizar la existencia de estos derechos en todo el territorio nacional.

La competencia estatal alcanza tan solo a regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, lo que se traduce en la regulación del contenido

primario, las facultades elementales y los límites esenciales en aquello que sea necesario para asegurar una igualdad de los españoles.

El régimen jurídico de los mismos competirá a las Comunidades Autónomas si sobre dicha materia tienen competencia.

Las previsiones del art. 149.1.1ª no se relaciona con la igualdad, no tiene por objeto el desarrollo del art. 14 CE, su relación lo es con el principio de unidad de la nación española, principio al que responden también el resto de los títulos competenciales del art. 149.1 CE.

En razón de ello, las condiciones de ejercicio de los derechos constitucionales y la regulación de cada uno de estos derechos, que deberán respetar el contenido básico si lo ha diseñado el Estado, será competencia del Estado o de las Comunidades autónomas en función de sus títulos competenciales⁵⁰.

d) Consentimiento informado y art. 149.1.1ª CE. El consentimiento informado no es un derecho fundamental aunque esté directamente vinculado a alguno de ellos, y ciertamente puede relacionarse también con las previsiones que hace el párrafo segundo del art. 43 CE, al establecer éste que:

Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

En consecuencia se establece una reserva de ley para regular los derechos y deberes de los pacientes y facultativos, pero ¿quién tiene atribuida esta competencia?

En materia de sanidad, la competencia no es exclusiva del Estado, puesto que su competencia (a salvo la exclusiva en materia de sanidad exterior) se reduce a las “bases y coordinación general de la sanidad”, que más tiene que ver con la organización del sistema sanitario que con los derechos de los pacientes, a estos no se refieren las “bases” ni la “coordinación general”.

Son las Comunidades autónomas, las que respetando las bases organizativas de competencia estatal (vgr. Ley general de Sanidad) tienen atribuida la competencia de desarrollo en esta materia.

Por lo que respecta a Aragón el art. 71. 55ª del Estatuto de Autonomía es el que contiene con el carácter de exclusiva la competencia en materia de sanidad:

Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en las siguientes materias: 55ª. Sanidad y salud pública, en especial, la organización, el funcionamiento, la evaluación, la inspección y el control de los centros, servicios y establecimientos sanitarios. La comunidad autónoma participará, de acuerdo con el Estado, en la planificación y la coordinación estatal en lo relativo a la sanidad y salud pública.

Por consiguiente, no parece que las Comunidades Autónomas sean ajenas a la regulación de los derechos y deberes de los ciudadanos que usen el servicio sanitario para el que ellas son competentes.

En su ámbito de competencias está, a mi juicio, la regulación de “los derechos y deberes de todos al respecto”: derechos y deberes de los pacientes y del personal sanitario; en definitiva, eso que se ha venido en llamar Derecho a la salud.

⁵⁰ Vid. en el mismo sentido, TUDELA ARANDA, José (2003): “A vueltas con el art. 149.1.1ª de la Constitución. Un precepto para dos visiones del Estado, en *Estudios de Derecho público económico. Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, ed. Civitas, Endesa e IberCaja, págs. 251 a 272.

Ahora bien, si la competencia prevista en el art. 149.1.1ª CE es en verdad una competencia normativa que corresponde al ente estatal sólo cuando la misma no esté atribuida a las Comunidades Autónomas, y teniendo en cuenta su competencia para regular las condiciones básicas en la materia: ¿qué alcance debe tener la regulación estatal en lo que atañe al llamado Derecho a la salud?

Por un lado, es evidente que el Estado en el ámbito de sus competencias promulgó la Ley general de Sanidad, que apenas regulaba derechos del paciente con excepción del art. 10. Esta Ley se enmarca dentro de la competencia prevista en el núm. 16 art. 149.1 CE.

Por otro, y respecto de los derechos de los pacientes y obligaciones de los facultativos, **la competencia estatal es limitada**, sólo puede regular las condiciones básicas de los derechos y deberes constitucionales de los españoles, pero no el ejercicio de los mismos tal y como se ha expresado el TC en diversos fallos.

En materia de derechos del paciente, el Estado establece el objeto: los derechos y deberes que corresponden a cada español: el derecho a ser informado, a ser oído, a la confidencialidad, a tener una historia clínica, a poder manifestar sus voluntades anticipadas, y debe hacerlo en la forma semejante a las previsiones de un Convenio internacional, como por ejemplo el Convenio de Oviedo de 1997, que habla de derechos, acaso de límites y prohibiciones en función de la dignidad humana, pero no regula ninguno, dejando los mismos a la regulación de cada Estado firmante.

Lo mismo debe hacer el Estado. Así entiendo que debe ser interpretada la competencia estatal en esta materia.

En el fondo, el pretendido derecho a la salud no es diferente del derecho de todos los españoles a la propiedad privada y a la herencia, o el de los ciudadanos a ejercer la función pública, o el de los menores a poder conocer su filiación biológica.

Pues bien, estos derechos constitucionales presentan diversa regulación en función de la competencia legislativa de cada Comunidad autónoma: en Navarra hay libertad de testar, no la hay en el resto de España, y nadie alega que la norma navarra sea inconstitucional porque no respeta las condiciones básicas para la igualdad de todos los españoles en lo que atañe a este derecho.

C. 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. ¿Qué es lo básico en lo que atañe al consentimiento informado?

a) Objeto y fines de la Ley. La Ley 41/2002, tal y como expresa su Exposición de Motivos, atiende a la importancia que en el ámbito internacional tienen los derechos de los pacientes como eje básico de las relaciones clínico-asistenciales; en especial se trae a colación el Convenio sobre los derechos del hombre y biomedicina suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997, que entró en vigor en España el 1 de enero del 2000.

Esta normativa internacional impone que en el ámbito de la salud se garantice la dignidad de la persona en las aplicaciones de la biología y de la medicina; y para ello es imprescindible, al menos: i) contar con el consentimiento del paciente, que debe estar debidamente informado, ii) guardar la confidencialidad en esta materia (vgr. genoma humano y actuaciones médicas); iii) garantizar la información necesaria sobre todas las actuaciones médico-sanitarias.

La Ley 41/2002 pretende dar respuesta a estas trascendentes cuestiones que no se hayan más que insinuadas en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, ya que la misma atendía fundamentalmente a aspectos organizativos.

En razón de ello, como afirma el art. 1 de la Ley 41/2002 referido a su *Ámbito de aplicación*:

La presente Ley tiene por objeto la regulación de los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente y de información y de documentación clínica.

b) El carácter básico de la Ley. Esta regulación se califica de básica, así lo afirma la Disposición Adicional primera:

Esta Ley tiene la condición de básica, de conformidad con lo establecido en el art. 149.1^a y 16^a de la Constitución.

El Estado y las Comunidades Autónomas adoptarán, en el ámbito de sus respectivas competencias, las medidas necesarias para la efectividad de esta Ley.

Además, la Disposición Adicional segunda, la atribuye también el carácter de norma supletoria:

Las normas de esta Ley relativas a la información asistencial, la información para el ejercicio de la libertad de elección de médico y de centro, el consentimiento informado del paciente y documentación clínica, serán de aplicación supletoria en posproyectos de investigación médica, en los procesos de extracción y trasplantes de órganos, en los de aplicación de técnicas de reproducción asistida y en los que carezcan de regulación especial.

Y todo ello, porque, la ley tiene como objetivo, según expresa la E.M: “la situación jurídica y los derechos y obligaciones de los profesionales sanitarios, de los ciudadanos y de las instituciones sanitarias. Se trata, -añade- de ofrecer en el terreno de la información y la documentación clínica las mismas garantías a todos los ciudadanos del estado, fortaleciendo con ello el derecho a la protección de la salud que reconoce la Constitución”.

La Ley contiene seis capítulos destinados a regular los derechos y obligaciones de los ciudadanos y de los profesionales sanitarios.

La regulación más amplia, artículos 8 a 13, tienen que ver con la autonomía del paciente: el consentimiento informado y voluntades previas.

Toda la Ley se califica así misma de básica, pero en lo que atañe al consentimiento informado, ¿lo es en verdad el punto 3 del art. 8 que regula la capacidad?

c) Lo básico y lo no básico en la regulación del consentimiento informado: art. 8 de la ley 41/2002

a'. Lo básico. La competencia del Estado en lo que atañe a la regulación de las condiciones básicas para la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, se circunscribe, como ha dicho el TC, a la regulación de los aspectos esenciales del derecho que garanticen el ejercicio uniforme del mismo.

En consecuencia, y a lo que creo, la ley es básica en lo que atañe a los siguientes aspectos del consentimiento informado:

1. Su definición genérica, que podría ser modulada para algunas otras intervenciones médicas concretas.

A estos efectos el art. 3, *Las definiciones legales*, dispone:

A los efectos de esta Ley se entiende por: Consentimiento informado: La conformidad, libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades mentales después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.

2. La ineludible exigencia de que el paciente, debidamente informado, consienta personalmente el acto médico (art. 8.1 Ley 41/2002).

3. La forma. Es básica la necesidad de forma, pero nada impide que cada Comunidad autónoma lo module en función del tipo de intervención.

4. La revocación del consentimiento en cualquier momento por parte del paciente (art. 8.5 Ley 41/2002).

5. El derecho del paciente a renunciar a la información (art. 9.1 Ley 41/2002).

6. Los supuestos en los que se puede obviar el consentimiento del paciente (art. 9.2 a y b)

7. Capacidad. Debe consentir el paciente por sí, sea cual sea su edad, si tiene suficiente juicio.

8. A partir de los 12 años los pacientes deben ser oídos

9. Si el menor ha cumplido 16 años o está emancipado, y no está incapacitado o imposibilitado para consentir, consiente por sí mismo.

10. Si el paciente está incapacitado, sea menor o mayor, o tiene disminuidas por cualquier causa sus facultades volitivas, se atenderá a los mecanismos de suplencia del consentimiento que establezca su ley personal.

b'. Especial referencia a la capacidad y al llamado consentimiento por representación. Lo no básico. La capacidad para el ejercicio de los derechos de la personalidad es una cuestión civil, que en el ámbito del Código regula el art. 162, reconociendo al menor capacidad para el ejercicio de estos derechos, si tiene suficiente juicio.

De esta premisa, parte el art. 8.3 de la Ley 41/2002, al establecer que *“Cuando se trate de menores no incapaces, ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación”, solo cuando el “paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención”, “el consentimiento del menor lo dará su representante legal, que deberá oír al menor si ha cumplido doce años”.*

Al margen de las críticas que esta norma ha suscitado en la doctrina la hablar impropia-mente de consentimiento por representación, que evidentemente no es posible en lo que atañe al ejercicio de los derechos de la personalidad (art. 162.1. 1ª Cc. y art. 4 LDp.), la misma debe ser interpretada en sus justos términos.

Respecto del consentimiento informado y la capacidad para emitirlo, la ley, a lo que creo, establece unas condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho.

Estas son tan solo:

1. *Prestación personal del consentimiento.* La necesidad de que el paciente debe consentir personalmente, si tiene suficiente juicio.

2. *Consentimiento por sí solo de menores de 16 años o emancipados.* La norma se refiere a menores de edad, a menores emancipados, a incapacitados mayores o menores de edad,

y ciertamente no define quién y a partir de qué edad se es mayor o menor, se está o no emancipado o quién está incapacitado.

Estos conceptos son competencia del Derecho civil y respeto del sujeto que se vaya a someter a la actuación médica, la respuesta la proporcionará su ley personal: a ella llama la Ley 41/2002.

Eso sí, la Ley 41/2002 establece expresamente una edad: 16 años, y un estado civil: emancipación, en los que se permite al menor, si tiene suficiente juicio y no está incapacitado, consentir por sí sólo.

Estas dos situaciones (16 años y emancipación) podrán ser consideradas como condiciones básicas que permiten prestar personalmente y sin intervención de ningún otro sujeto el consentimiento, de manera que las Comunidades Autónomas con competencia en esta materia no podrían establecer una edad superior a tal menester: desde ese momento hay competencia personal del sujeto para prestar el consentimiento.

Ahora bien, nada impediría establecer una edad inferior que permita lo mismo, como pasa en Aragón, donde ya la emancipación puede tener lugar a partir de los 14 años.

3. *El consentimiento "por representación" en casos de incapacidad o incapacitación.* No se trata de una representación en sentido jurídico. Se trata, más bien, de una autorización (eso dice el Convenio de Oviedo, art. 6), que legitima la intervención del facultativo, que corresponderá, en su caso, a los padres, al tutor a algunos parientes o al juez que actuarán no como representantes sino en cumplimiento de los deberes de guarda que la ley encomiende a cada uno de ellos.

Su intervención será posible, desde luego, cuando el acto médico deba realizarse a un menor que carezca de suficiente juicio, a un menor o mayor incapacitados o incluso a un mayor de edad, que acaso no pueda consentir por sí (vgr. está inconsciente).

El quién, cómo y en qué condiciones se actúa, lo dirá el Derecho civil competente, sin perjuicio de que las leyes sanitarias se remitan a él (esto es lo que creo que deben hacer) o reproduzcan la norma civil, que para las Comunidades autónomas que carecen de competencia civil quedará fijado por lo que dice esta Ley 41/2002 y lo dispuesto en el Código civil.

§ 4. LAS RELACIONES ENTRE DIVERSOS CONJUNTOS NORMATIVOS

1. LAS LEY 41/2002 Y SU RELACIÓN CON LAS LEYES AUTONÓMICAS

Desde que Cataluña promulgara la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y a la autonomía del paciente y la documentación clínica, han sido muchas otras Comunidades Autónomas las que se han sumado a la regulación del consentimiento informado (además de otras materias), en función de su competencia autonómica en materia de Sanidad⁵¹.

⁵¹ La Catalana fue la primera ley en el territorio nacional que expresamente reguló estas cuestiones, sin perjuicio, claro está, de que normas autonómicas en materia de sanidad ya hicieran referencia a la necesidad de prestar consentimiento para las actuaciones médicas a que se sometería el paciente (vgr. art. 6 Ley andaluza 2/1998, de 15, de junio de Salud). La ley catalana fue el texto inspirador de la ley estatal 41/2002, también en lo que se refiere al consentimiento informado.

Tras estas leyes han seguido otras: Ley 7/2002, de 2 de diciembre, de ordenación sanitaria de Cantabria, arts. 30 a 33; Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de ordenación de la sanidad de Castilla-La Mancha, art. 4; Ley 8/2002, de 8 de abril

Ciertamente, si tenemos en cuenta la Ley básica estatal 41/2002 y todas estas otras que coexisten junto a ella en el territorio nacional, en verdad se puede calificar a la situación de confuso panorama legislativo, como así se ha hecho por la doctrina⁵².

En materia de consentimiento informado todas dicen algo parecido pero no igual, y eso ha llevado a algunos autores a proclamar que estas leyes autonómicas son inconstitucionales⁵³ e incluso han afirmado que estas normas podrían ser declaradas nulas por el TC al contradecir la regulación estatal⁵⁴.

Para abordar estas cuestiones de forma correcta debemos atender a dos aspectos diferentes: i) quién y para qué tiene competencia en materia de consentimiento informado; ii) qué consecuencias se derivan de la falta de competencia.

A. La competencia estatal y autonómica en materia de consentimiento informado. La capacidad para consentir

Como ya he señalado, la reserva de ley para regular los derechos y deberes de los pacientes y del personal sanitario no escapa a las competencias de las Comunidades Autónomas, a ellas les corresponde la legislación sobre esta materia. Y ello, sin perjuicio de que el Estado pueda, como lo ha hecho, promulgar una norma que contenga las condiciones básicas de estos derechos y deberes.

En consecuencia, y como ya he dicho, el régimen jurídico del consentimiento informado podrán establecerlo las Comunidades autónomas.

Ahora bien, esta cuestión tiene un problema añadido, la regulación de la capacidad para consentir respetando las condiciones básicas que ha establecido la norma estatal.

Para regular la capacidad, en cuanto que esta es un materia civil, sólo tendrán competencia aquéllas Comunidades Autónomas del art. 149.1.8ª CE, esto es, Galicia, País Vasco, Navarra, Cataluña, Aragón y Baleares, quienes podrán regular esta materia a través de sus leyes civiles o sanitarias; el resto de las Comunidades autónomas que no tengan competencia en materia civil, deben regirse por el Código civil (art. 162) y, desde luego, por la previsiones que en materia de capacidad establece la Ley 41/2002, que por ser estatal, su regulación permite el ejercicio y desarrollo de la competencia civil, que se aplicará en función de las reglas ya examinadas de preferencia y supletoriedad.

sobre derechos y deberes de los personas en relación con la salud, art. 18; Ley 10/2001, de 28 de junio, de salud de Extremadura, art. 11; Ley 8/2008, de 10 de julio de salud de Galicia, art. 8; Ley 2/2002, de 17 de abril, Normas reguladoras de la salud de La Rioja, art. 6; Ley 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos de los pacientes y voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica, modificada por Ley foral 29/2003 de 4 de abril, arts. 7 y 8; Ley 1/2003, de 28 de enero, derechos e información al paciente de la Comunidad valenciana, arts. 8 a 10; y la Ley 6/2001, de 15 de abril de Salud de Aragón, art. 14.

⁵² En este sentido vid. PARRA LUCÁN, María Ángeles (2003): "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama español", en *Aranzadi civil*, págs. 1901-1930

⁵³ DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, (2003): "Inconstitucionalidad de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de los derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana en relación con los menores de edad?", en *Diario La Ley*, nº 5744; CORBELLA I DUCH (2001): "Sobre la Constitucionalidad de las leyes autonómicas reguladoras de las voluntades anticipadas", en *VIII Congreso nacional de Derecho sanitario. I Reunión iberoamericana del Derecho sanitario*, Ilustre Colegio oficial de médicos de Madrid (Madrid, 18, 19 y 20 de octubre de 2001), en <http://www.aeds.org./congreso08/>,

⁵⁴ PARRA LUCÁN, María Ángeles (2006): "Voluntades anticipadas (autonomía personal: voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos)", en *Actas de los Decimoquintos Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, págs. 89 y 91.

B. Consecuencias que se derivan de la falta de competencia o de la extralimitación

Una vez promulgada la Ley 41/2002 con el carácter de básica es claro que quedan afectadas todas las normas anteriores a su entrada en vigor y que afectará también a todas las posteriores que no respeten el contenido básico de la misma.

Siguiendo a PEMÁN GAVÍN⁵⁵, las consecuencias de esta falta de coordinación entre unas y otras normas autonómicas, no será la inconstitucionalidad de las mismas sino, lo que me parece mucho más eficaz, el desplazamiento de la normativa autonómica por la Ley 41/2002 en aquello que sea incompatible con ésta, y cuando la legislación autonómica se hubiera promulgado antes de entrar en vigor la ley estatal.

De seguirse esta teoría, que de momento ha acogido el TC (STC 1/2003, de 16 de enero), la eficacia radica en que los Tribunales ordinarios pueden apreciar el desplazamiento de la norma autonómica por aplicación del art. 149.3 CE., sin interponer cuestión de inconstitucionalidad: resuelven ellos mismos, aplicando la norma estatal sin necesidad de recurrir ante el Tribunal Constitucional.

La legislación autonómica posterior a la Ley 41/2002 deberá adaptarse a ella so pena de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad.

La Ley de Salud aragonesa no presenta ninguna incompatibilidad con la Ley estatal básica 41/2002, y no está desplaza por ella.

En Aragón debe aplicarse la Ley aragonesa de Salud, que es la competente en la materia y respeta las condiciones básicas que establece la Ley estatal 41/2002.

2. LA LEY DE LA SALUD ARAGONESA Y LA LEY ARAGONESA DE DERECHO DE LA PERSONA

A. Relaciones de normas de un mismo conjunto normativo. Jerarquía y posterioridad

Las relaciones entre normas del mismo conjunto normativo vienen presididas por los criterios de jerarquía y posterioridad, por lo tanto, la ley posterior deroga a la anterior en todo aquello que sea incompatible con la misma.

Esta posibilidad de derogación le puede corresponder a la Ley aragonesa de Derecho de la persona, que es posterior, a la Ley aragonesa de Salud.

Ahora bien, no es esto necesario ni es lo más eficaz.

B. La capacidad para consentir actos médicos: funcionalidad entre la Ley de Derecho de la persona y la Ley aragonesa de Salud

a) El art. 14 de la Ley de Salud: Otorgamiento del consentimiento por sustitución. El art. 14 de la Ley aragonesa de Salud a través de lo que denomina el consentimiento por sustitución, regula entre otras, la situación del menor de edad, en los siguientes términos:

En el caso de los menores, si estos no se encuentran preparados, ni intelectual ni emocionalmente, para poder comprender el alcance de la intervención sobre su salud, el consentimiento debe darlo el representante del menor, después de haber escuchado, en todo caso, su opinión si es mayor

⁵⁵ PEMÁN GAVÍN, Juan (2004): "Reflexiones en torno a la regulación básica de los derechos de los pacientes contenida en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre" en *Revista Poder Judicial*, núm. 74, págs.129 y 130.; también GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ (2004): *Curso de derecho Administrativo*, vol. 1, págs. 310 a 312.

de doce años. En el caso de menores emancipados y adolescentes mayores de dieciséis años, el menor dará personalmente su consentimiento

b) Los arts 17 y 21 de la Ley del Derecho de la persona. *El desplazamiento de la normativa aragonesa de Salud cuando afecte a menores de vecindad civil aragonesa.*

La capacidad para consentir actos médicos, en cuanto que es un supuesto de intromisión en los derechos de la personalidad del menor, está regulada por la vigente Ley aragonesa de Derecho de la persona.

En razón de ello, y cuando el menor sea aragonés, la capacidad para consentir el acto médico se ajustará a las previsiones de la ley aragonesa de Derecho de la persona.

En concreto, a partir de los 14 años, esté o no emancipado, el menor podrá consentir los actos médicos que le afecten, y será de aplicación el art. 21, que regula, en el ámbito de las competencias autonómicas aragonesas, el ejercicio del derecho, sin vulnerar en su regulación las condiciones básicas impuestas por la ley 41/2002: el ejercicio del derecho es de competencia autonómica, sólo las condiciones básicas, son de competencia estatal.

Si el aragonés de catorce años está casado, será mayor de edad y no necesitará para consentir el acto médico de ningún tipo de asistencia o autorización.

Ciertamente, como he dicho, la ley de Derecho de la persona, por ser posterior podría derogar las previsiones de la ley aragonesa de Salud en lo que atañe a la capacidad.

Ahora bien, dado el ámbito de aplicación de de la ley de Salud (territorial), creo que podemos utilizar la técnica del desplazamiento, de manera que el art. 14 de la Ley de la Salud, simplemente debe interpretarse en función de la norma aragonesa (u otra civil) competente para regular la capacidad.

Entonces, ¿cuál es el campo de aplicación del art. 14 de la Ley aragonesa de Salud?

C. La ley de salud. Su aplicación territorial

La Ley aragonesa de Salud en su art. 3, *Titulares*, dispone:

1. Son titulares de los derechos y deberes contemplados en la presente ley aquéllas personas que tenga su residencia en los municipios de la comunidad Autónoma de Aragón. Las personas que no residan en ella gozaran de los mencionados derechos en la forma y condiciones previstas en la legislación estatal y en los convenios nacionales e internacionales que les sean de aplicación.

2. Todas las personas tendrá garantizada la atención en situación de urgencia y de emergencia.

La ley se aplica a cualesquiera sujetos que tenga su residencia en Aragón, tanto nacionales como extranjeros, y sean aquéllos aragoneses o no.

En el fondo, esta generosidad, que se repite en todas las leyes autonómicas, no es otra cosa que el principio del derecho universal a la asistencia sanitaria que establece la Constitución (art. 43).

La Ley tiene competencia para establecer a quién se presta el servicio (a todos los residentes) y qué derechos y obligaciones tienen si lo usan, así como los derechos y obligaciones que corresponden a los facultativos que desarrollen su profesión en la Comunidad Autónoma aragonesa; la Ley de Salud establece las reglas del servicio tanto para usuarios como para facultativos.

Ahora bien, lo que no puede imponer esta ley ni ninguna otra, al menos en sistema ahora vigente en el ordenamiento español, es quién tiene o no capacidad para realizar

ciertos actos, esto vendrá de la mano del estatuto personal de cada sujeto, y a él habrá que estar: ¿Cómo saber si no quién es menor y quién mayor de edad o quién está emancipado?; pero todo ello, desde luego, sin perjuicio de ciertos mecanismos correctores: el orden público nacional.

Creo que no me equivoco, ¿cómo se resolvería el caso si una menor musulmana (o francesa) quiere abortar, tomar anticonceptivos o ser hacerse una mamoplastia de aumento?

Creo que a ninguno se nos escapa, que atenderemos a lo que en materia de capacidad disponga su ley personal, pues solo ella dirá si es menor o mayor, si está o no emancipada y como, acaso, puede ejercer sus derechos de la personalidad.

Otra cosa es, que a veces, fundamentalmente por proteger al menor, se excluya la aplicación de su ley personal (pensamos en la menor musulmana)

El art. 14 Ley de la Ley de Salud de aragonesa se aplicará cuando se desconozca el estatuto personal de lo sujetos, o cuando corresponda su aplicación territorial porque así lo impone la ley a través del reenvío, del orden público o en lo casos que prevé el art. 9.6 Cc. en materia de menores e incapacitados al remitirse al estatuto real.

Este creo que es el campo de aplicación de la ley de Salud, que queda desplaza, desde luego, por el estatuto personal de los sujetos, pero que en caso de urgencia o desconocimiento del mismo, o de otras previsiones de no aplicación establece un protocolo dirigido al facultativo que, llevándolo a cabo, le eximiera de responsabilidad y le legitima para llevar a cabo válidamente el acto médico. Si el médico actúa conforme a la Ley de Salud (reglas del servicio) actúa de forma legítima, pero no cabe duda, que la capacidad para consentir es materia civil, y el paciente puede (no sé si debe) exigir su aplicación (vgr. una aragonesa casada de 14 años que decide abortar u operarse).

III. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

1. El art. 4 LDp. es la norma que con carácter general regula la capacidad de los menores de edad en Aragón:

- A. Preside e informa el sistema de capacidad de los menores de edad aragoneses.
- B. En lo que atañe a los Derechos de la personalidad, la regla general es la capacidad natural del menor: si tiene suficiente juicio es a él a quien le corresponde tomar las decisiones que los demás, titulares de la autoridad familiar y poderes públicos, deben respetar.
- C. La regla tiene aplicaciones también en el ámbito patrimonial, puesto que se reconoce al menor la posibilidad de celebrar actos y contratos de la vida corriente, si tiene capacidad natural para ello y dichas actuaciones se acomodan a los usos sociales.
- D. Podrá también el menor actuar por sí solo y sin la intervención de sus representantes legales, cuando así se lo permitan las leyes.
- E. La capacidad es la regla y sus limitaciones la excepción, esto es lo que proclama el párrafo 2 del art. 4 LDp.
- F. Los límites a la capacidad de obrar del menor, siempre que tenga suficiente juicio, y en particular, en lo que atañe al ejercicio de sus derechos de la personalidad,

se establecen en interés del menor, para salvaguardar su integridad física y psíquica.

G. La capacidad para contratar de los menores así como para disponer y administrar sus bienes, se regula expresamente en la Ley aragonesa de Derecho de la persona, sujetando al menor a representación, si no ha cumplido 14 años o a asistencia, si el menor es mayor de 14 años o está emancipado.

2. En el ámbito de los derechos de la personalidad se excluye la representación de los menores de edad (art. 9.2 LDp.). Ello que implica:

A. La actuación de los titulares de la autoridad familiar o del tutor no es representativa, sino en cumplimiento del deber que conlleva la educación y crianza de los menores.

B. Sólo en interés del menor podrán intervenir.

3. Al menor le corresponde ejercer sus derechos de la personalidad siempre que tenga capacidad de entender la actuación que va a realizar. Este ejercicio lo llevará a cabo el menor de acuerdo con las leyes que, en su caso, los regulen.

• *Consecuencias ejemplificadas:*

1. En el sistema aragonés y en relación con los derechos de la personalidad, será el menor quien decida; así, por ejemplo, a él le corresponde decidir qué ropa lleva, su corte de pelo, si pertenece o no a una asociación infantil; si publica o no su obra musical, recabar información sexual y utilizar anticonceptivos;
2. En el ámbito patrimonial, no se le reconoce plena capacidad contractual (está sujeto a representación o asistencia), pero sí podrá efectuar por sí sólo actos de la vida corriente o aquéllos que le permitan las leyes; por ejemplo, será el menor quien válidamente pueda comprar con sus propinas juegos para la Play Station 3, tebeos, tomar un autobús, adquirir libros y chucherías, etc.

4. A partir de los 14 años, se presume siempre la capacidad natural del menor no incapacitado (art. 31 LDp.)

5. El menor emancipado tiene plena capacidad para ejercer por sí sólo sus derechos de la personalidad (art. 31 LDp.)

6. La legitimación de la intervención de un tercero en los derechos de la personalidad de los menores de edad aragoneses se regula en función de que haya cumplido o no 14 años y tenga o no suficiente juicio, estableciéndose las siguientes reglas:

A. *Menor con suficiente juicio:*

a) *Si no ha cumplido 14 años*, él tomará la decisión, pero necesita además, la autorización conjunta de los titulares de la autoridad familiar o del tutor; en caso de negativa de alguno de ellos, su autorización podrá ser suplida por el Juez. (art. 17 LDp.)

b) *Si ha cumplido 14 años*, decide él, salvo que su decisión entrañe un grave riesgo para su vida o integridad física o psíquica, que se exigirá la asistencia de uno cualquiera de sus padres que esté en el ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, del tutor. (art. 21 LDp.)

c) *En contra la voluntad del menor*, sólo es posible la intromisión en sus derechos de la personalidad con autorización judicial. (arts. 17 y 21 LDp.)

B. Si el menor no tiene suficiente juicio o no está en condiciones de decidir:

a) Si no ha cumplido 14 años, sólo será posible la intromisión cuando lo exija el interés del menor, apreciado conjuntamente por los titulares de la autoridad familiar o el tutor y, subsidiariamente, por el Juez.

b) Si ha cumplido 14 años, Sólo será posible la intromisión cuando lo exija el interés del menor apreciado por uno de los titulares de la autoridad familiar o por el tutor y, subsidiariamente, por el Juez.

7. La capacidad para llevar a cabo la interrupción legal del embarazo en los casos indicados por la ley corresponde a las menores de edad aragonesas, si tienen suficiente juicio, y su práctica se halla sujeta a las previsiones de los arts. 17 y 21 LDp.

• *Consecuencias ejemplificadas:*

1. A partir de los 14 años se presume la capacidad del menor, por lo tanto, se le presume el suficiente juicio para ejercer, de acuerdo con las leyes, sus derechos de la personalidad e igualmente consentir y legitimar las injerencias de los terceros sobre los mismos.
2. El menor mayor de 14 años es quien decide, por ejemplo, si presta su consentimiento para tatuarse, ponerse un piercing, tomar la píldora postcoital, publicar su foto en una revista deportiva, someterse a un tratamiento dental, prestar el consentimiento informado para las actuaciones médicas que así lo precisen y también es el menor mayor de 14 años quien puede no consentir determinadas actuaciones: no someterse a quimioterapia, no permitir el uso de un corrector dental, no aceptar el ser transfundido usando hemoderivados, etc.
3. Sólo será necesaria la intervención de otros sujetos si las decisiones del menor mayor de 14 años entrañan riesgo para su vida o integridad física o psíquica.
4. En contra de la voluntad de los menores solo podrá actuarse con intervención judicial.

8. Aragón tiene competencia para regular los derechos de la personalidad, la capacidad para el ejercicio de los mismos es una cuestión civil, sometida en el momento presente al estatuto personal: art. 9.1 Cc. y STC 53/1985 y 152/2002.

9. Aragón tiene competencia para regular las intromisiones ilegítimas en los derechos de la personalidad en lo que atañe también al consentimiento para someterse a los actos médicos, puesto que:

A. El consentimiento informado no es un derecho fundamental, cuya regulación corresponda al Estado a través de Ley orgánica. Así se deduce de las Sentencias de TC 5/1981, 6/1982, 1277/1994.

B. La regulación del consentimiento informado corresponde al Estado tan sólo en lo que sean condiciones básicas para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales *ex art. 149.1.1ª CE*.

C. La competencia estatal en esta materia alcanza tan solo a regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, lo que se traduce en la regulación del contenido primario, las facultades elementales y los límites esenciales en aquello que sea necesario para asegurar una igualdad de los españoles. Así se deduce de las Sentencias del TC 61/1997, 173/1998, 138/2001 y 37/2002.

D. Las previsiones del art. 149.1.1ª CE no se relaciona con la igualdad, no tiene por objeto el desarrollo del art. 14 CE, su relación lo es con el principio de unidad de la nación española y, por lo tanto, el mismo tratamiento jurídico de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, sería incompatible con la opción por un Estado organizado en la forma establecida en el Título VIII de la Constitución: la Constitución garantiza la diversidad.

10. En materia de derechos del paciente, la competencia estatal sólo existe, y de forma limitada, respecto a las condiciones básicas de ejercicio de los derechos y deberes que corresponden a cada español: el derecho a ser informado, a ser oído, a la confidencialidad, a tener una historia clínica, a poder manifestar sus voluntades anticipadas.

11. La anterior competencia debe ejercerla el Estado en forma semejante a las previsiones de un Convenio internacional: hablan de derechos, acaso de límites y prohibiciones en función de la dignidad humana, pero no regulan ninguno, dejando los mismos a la regulación de cada Estado firmante.

Lo mismo debe hacer el Estado. Así entiendo que debe ser interpretada la competencia estatal en esta materia según se deduce de la interpretación que el TC hace del art. 149.1.1CE; ya que el régimen jurídico de estos derechos, será competencia de las CCAA, y en especial, la regulación de la capacidad.

12. El estado, en lo que atañe a los derechos del paciente, ha ejercido su competencia a través de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. En razón de ello corresponde establecer qué es lo básico en materia de consentimiento informado y cómo relacionar la Ley estatal con el resto de leyes autonómicas que regulan la materia.

13. En lo que atañe al consentimiento informado regulado en la Ley 41/2002 considero básico: (arts. 8 y 9 Ley 41/2002):

A. *La Prestación personal del consentimiento.* El paciente debe consentir personalmente y por sí mismo, si tiene suficiente juicio.

B. *A partir de los 12 años los pacientes deben ser oídos.*

C. *Deben consentir por sí solos los menores de 16 años o emancipados.* Esta regulación es competencia del Derecho civil, a él se remite la Ley 41/2002: la respuesta la proporcionará la ley personal del paciente. Esta Ley, y supletoriamente el Código civil, regula la capacidad para consentir actos médicos en todas aquéllas Comunidades autónomas que en materia civil no tienen competencia propia.

D. *La ley establece expresamente una edad: 16 años, y un estado civil: emancipación, en los que se permite al menor, si tiene suficiente juicio y no está incapacitado, consentir por sí sólo.*

Estas dos situaciones, podrán ser consideradas como condiciones básicas que permiten prestar personalmente y sin intervención de ningún otro sujeto el consentimiento, de manera que las Comunidades autónomas con competencia en esta materia no podrían establecer una edad superior para tal actuación: desde ese momento hay competencia personal del sujeto para prestar el consentimiento.

Ahora bien, nada impediría establecer una edad inferior que permita lo mismo, como pasa en Aragón, donde ya la emancipación puede tener lugar a partir de los 14 años. Es el estatuto personal el que establece estas condiciones.

Los aragoneses podrán prestar por si solos el consentimiento a partir de los 14 años y con las condiciones que prevé el art. 21 LDp.

E. El consentimiento "por representación" en casos de incapacidad o incapacitación (art. 8 Ley 41/2002) es materia civil. El quién, cómo y en qué condiciones se actúa, lo dirá el Derecho civil competente, sin perjuicio de que las leyes sanitarias se remitan a él (esto es lo que creo que deben hacer) o reproduzcan la norma civil, que para las Comunidades autónomas que carecen de competencia civil será lo que dice esta Ley 41/2002 y los dispuesto en el Código civil, pero no así para las CCAA que tienen competencia en materia civil. En Aragón habrá que aplicar la Ley de Derecho de la persona.

14. Relaciones entre la norma estatal 41/2002 y la Leyes autonómicas en materia de sanidad y derechos del paciente se deben articular a través de los principios de competencia, preferencia y supletoriedad. Ello significa:

A. La reserva de ley del art. 43 CE para regular los derechos y deberes de los pacientes y del personal sanitario no escapa a las competencias de las CCAA, a ellas les corresponde la legislación sobre esta materia, sin perjuicio de que el Estado pueda, como lo ha hecho, promulgar una norma que contenga las condiciones básicas de estos derechos.

B. El régimen jurídico del consentimiento informado podrán establecerlo las Comunidades autónomas, respetando las condiciones básicas de ejercicio que señala la Ley estatal.

C. Las consecuencias de esta falta de coordinación entre unas y otras normas autonómicas, no será la inconstitucionalidad de las mismas sino, el desplazamiento de la normativa autonómica por la ley 41/2002 en aquello que sea incompatible con ella, y cuando la legislación autonómica se haya promulgó antes de entrar en vigor la Ley estatal.

D. Los Tribunales ordinarios pueden apreciar el desplazamiento de la norma autonómica por aplicación del art. 149.3 CE.: preferencia del derecho estatal, sin interponer cuestión de inconstitucionalidad: resuelven ellos mismos, aplicando la norma estatal sin necesidad de recurrir ante el Tribunal Constitucional.

E. La legislación autonómica posterior a la Ley 41/2002 deberá adaptarse a ella so pena de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad.

15. La ley de Salud aragonesa, anterior a la estatal, no está desplazada por ella, en lo que atañe al consentimiento informado, ya que respeta las condiciones básicas que garantizan la igualdad del derecho a la salud.

En Aragón se aplica la Ley aragonesa de Salud con preferencia a la Ley estatal 41/2002. Si bien, en materia de capacidad habrá que tener en cuenta la Ley de Derecho de la persona.

16. Las relaciones entre dos normas del mismo conjunto normativo vienen presididas por los criterios de jerarquía y posterioridad, por lo tanto, la ley posterior deroga a la anterior en todo aquello que sea incompatible con la misma.

Esta posibilidad de derogación le puede corresponder a la Ley aragonesa de Derecho de la persona sobre la Ley aragonesa de Salud en todo lo que fuera incompatible con ella.

Con todo, no es necesario optar por una posible derogación si utilizamos le técnicas del desplazamiento de la norma en función del principio de competencia.

De manera que:

A. La capacidad para consentir actos médicos, en cuanto que es un supuesto de intromisión en los derechos de la personalidad del menor, está regulada por la vigente Ley aragonesa de Derecho de la persona.

En razón de ello, y cuando el menor sea aragonés, la capacidad para consentir el acto médico se ajustará a las previsiones de esta ley.

B. El ámbito de aplicación de de la ley de Salud (territorial) permite utilizar la técnica del desplazamiento, de manera que el art. 14 de la Ley de la Salud, simplemente debe interpretarse en función de la norma aragonesa (u otra norma civil española o extranjera) competente para regular la capacidad.

C. La Ley aragonesa de Salud se aplica a cualesquiera sujetos que tengan su residencia en Aragón, tanto si son nacionales como extranjeros, y sean aquéllos aragoneses o no.

D. La Ley aragonesa de salud tiene competencia para establecer a quién se presta el servicio (a todos los residentes) y qué derechos y obligaciones tienen si lo usan, así como los derechos y obligaciones que corresponden a los facultativos que desarrollen su profesión en la Comunidad Autónoma aragonesa: la Ley de Salud establece las reglas del servicio.

E. El art. 14 Ley aragonesa de la Ley de Salud (capacidad para prestar el consentimiento informado, y que es copia del art. 8 Ley estatal 41/2002) se aplicará cuando se desconozca el estatuto personal de lo sujetos (o no haya tiempo para averiguarlo) o cuando corresponda la aplicación territorial de la Ley aragonesa porque así lo impone la ley a través del reenvío, del orden público o en los casos que prevé el art. 9.6 Cc. en materia de menores e incapacitados al remitirse al estatuto real.

F. El art. 14 de la ley de Salud queda desplazado por el estatuto personal de los sujetos, pero en caso de urgencia o desconocimiento del mismo, establece un protocolo dirigido al facultativo que, llevándolo a cabo, le eximirá de responsabilidad y le legitimará para llevar a cabo válidamente el acto médico.

• *Conclusiones ejemplificadas:*

1. La Ley estatal 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones básica en materia de información y documentación clínica, queda desplaza por la Ley aragonesa de Salud, puesto que ésta respeta las condiciones básicas previstas en la Ley estatal competente y, a su vez, es competente la aragonesa para regular las condiciones del servicio: art. 43, 149.1.1ª y 16ª CE en relación con el art. 71. 55 del Estatuto de autonomía de Aragón.
2. La capacidad para consentir actos médicos es competencia de la legislación civil, al menos en el sistema vigente en España. Esta competencia corresponde al Estado, que la ha ejercicio a través del de lo previsto en la Ley 41/2002 y el Código civil; sus previsiones se aplican a todas las Comunidades Autónomas que carezcan de competencia civil en la materia, y a las Comunidades autónomas con Derecho civil propio.