



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

REFLEXIONES SOBRE SUPUESTOS RELATIVOS A **DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DEL MENOR DE** **EDAD: Madurez suficiente e Interés superior.**

Impressions about verdicts related to a minor's private rights: sufficient maturity and superior interest.

Autor/es

Sheila Aranda Sanmartín

Director/es

Elena Bellod Fernández de Palencia

Facultad de Derecho de Zaragoza
2016

ÍNDICE.

I.INTRODUCCIÓN.....	4
II.DELIMITACIÓN DEL ESTATUTO JURÍDICO DEL MENOR DE EDAD.....	5
III.CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR DE EDAD.....	7
1.-AUTONOMÍA DEL MENOR EN LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.....	7
2.INTERÉS DEL MENOR O “FAVOR MINORIS”.....	11
IV.DERECHO AL CAMBIO DE NOMBRE. EN CONCRETO EN SUPUESTOS ESPECIALES DE DISFORIA DE GÉNERO. STS, Sala1ª, de 10 de marzo de 2016.....	16
V.DERECHO AL HONOR, LA INTIMIDAD Y LA PROPIA IMAGEN.....	21
1-CONCEPTO.....	21
2- CONSENTIMIENTO Y CONTROL DEL MINISTERIO FISCAL.....	21
3- CONSENTIMIENTO COMO VÍNCULO CONTRACTUAL	23
4- SUPUESTOS CONFLICTIVOS.....	25
VI.CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE MENOR DE EDAD. STC154/2002 de 18 de julio.....	28
VII.SOLUCIONES EN EL CÓDIGO DE DERECHO FORAL ARAGONÉS	30
VIII.CONCLUSIONES.....	32
IX.BIBLIOGRAFÍA.....	34

ABREVIATURAS.

Art: Artículo.

CC: Código Civil.

CCom: Código de Comercio.

CDEA: Código de Derecho Foral de Aragón.

CE: Constitución Española.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

LOPJM: Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

LOTIC: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

LRC: Ley del Registro Civil.

RC: Registro Civil.

RDGRN: Resolución de la Dirección General de Registros y Notarios.

STS: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TC: Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

I. INTRODUCCIÓN.

En este trabajo, queremos indagar en **la protección del menor de edad por su especial vulnerabilidad y más concretamente, en lo que entraña a su esfera personal.** Protección esta, que encuentra su fundamento constitucional en el art.39 CE, el cual establece que corresponde a los poderes públicos asegurar la protección de la infancia. Este precepto, es exigencia de la legislación internacional que obliga a los estados a realizar reformas legislativas en atención a la salvaguarda de los derechos de los menores¹.

Por ello, en el marco jurídico internacional no debemos obviar acuerdos de suma importancia como **La Convención de la ONU sobre derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, y el Convenio del Consejo de Europa sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños de Estrasburgo, de 25 de enero de 1996.** Estas normas internacionales obligan a los estados a abogar por el desarrollo del niño, con la posibilidad de prestar libremente su opinión y con especial miramiento en el derecho de dignidad humana de la infancia, así como la necesidad de garantizar su protección².

De esta manera, los estados, y particularmente España, han debido adoptar medidas para la protección de los menores. Debemos mencionar dos leyes, una orgánica y otra ordinaria, que recientemente han sufrido importantes modificaciones: la **Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia** y la **Ley 26/2015, de 28 de julio**, con el mismo nombre que la anterior.

El objeto de las mismas ha sido introducir cambios jurídicos y procesales en el sistema de protección de los menores. Se ha precisado de Ley Orgánica pues se incidía en derechos fundamentales y libertades públicas. En el preámbulo de la LO 8/2015, de 22 de julio se establece que el objeto de la misma es garantizar *“a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado”* y que sirva *“de referencia a la legislación que las Comunidades Autónomas han ido aprobando de acuerdo con su competencia en materia de asistencia social, servicios sociales y*

¹ Art.39.4 CE: *“Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*.

² Artículo 2 de la Convención de la ONU sobre derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 : *“1.Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.*
2.Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”.

protección pública de menores".

Por todo ello, por la consideración de los menores como personas "vulnerables" necesarias de especial protección y por la importancia que tiene para el derecho internacional y que se refleja en la legislación interna, dedicaremos el trabajo a analizar los actos llevados a cabo por el menor en el desarrollo de su personalidad.

Para proceder al estudio de dichas cuestiones, en primer lugar, haremos una breve distinción entre lo que significa la capacidad de obrar y capacidad natural, para así poder determinar cuál de estas va a condicionar los actos del menor respecto a su esfera personal. Seguidamente, debemos hacer especial mención al principio "favor minoris", que como veremos es éste el que va a regir y predominar en cada uno de los supuestos en conflicto donde puede verse inmerso el menor. De esta forma, dos criterios importantes son los que van a delimitar el ámbito de actuación del menor de edad: **la suficiente madurez y el interés superior del menor**. Criterios éstos, que son los que nos darán una solución concreta, atendiendo a las circunstancias de cada caso en los supuestos que nos vamos a ir planteando: derecho al cambio de nombre, a la imagen, al honor, intimidad, y salud del menor, etc. Todo ello, con el fin de extraer, en último lugar, una serie de conclusiones personales sobre el tema objeto de estudio.

II. DELIMITACIÓN DEL ESTATUTO JURÍDICO DE LA MINORÍA DE EDAD.

Debemos entender el término "edad" como el tiempo que una persona ha vivido, desde el momento que se produce el nacimiento hasta la extinción de la personalidad producida por la muerte. La edad es un concepto jurídico importante en el Derecho pues va a determinar la capacidad de obrar de una persona. La misma puede dar lugar a tres estados civiles: la minoría de edad, la mayoría de edad, y dentro de la primera, la emancipación. El estar dentro de uno de estos tres estados, supone importantes cambios en la evolución de una persona. Ello sitúa al individuo en un punto concreto respecto a la sociedad, con más o menos ámbito de poder y de responsabilidad³.

En primer lugar, debemos aclarar que la minoría de edad no puede equipararse a una situación de incapacidad, sino que debemos de entenderla como un estado en el que las personas van a ir desarrollando su personalidad⁴.

³DIEZ- PICAZO, L y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*, Volumen I, Tecnos, Madrid, 1995.

⁴ BAYOD LÓPEZ, C. "*Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón*", 1ª Edición, Gobierno de Aragón, Departamento de Presidencia y Justicia, Zaragoza, 2016 ISBN_ 978-84-606-9305-5.

El estatuto jurídico de la minoría de edad termina con la adquisición de los dieciocho años tal y como así prevé la propia **Constitución Española en su artículo 12 y Disposición Adicional Segunda**. Estos artículos constitucionales encuentran su concordancia con el **art.4 del Código Foral de Aragón (en adelante CDFA) y el 315 del Código Civil (CC para los siguientes)**. Para el caso del menor de edad con vecindad civil aragonesa hay otra forma de alcanzar la mayoría de edad. Ello se consigue con la celebración del matrimonio (Art.4.1b) CDFA).

Por ello, debemos hacer relevancia a los efectos que derivan del matrimonio celebrado por un menor aragonés. El mismo, y aunque no haya alcanzado los dieciocho años, será mayor de edad. De esta manera, el menor aragonés casado alcanza la plena capacidad de obrar dejando de estar sometido a la autoridad familiar o tutela y pudiendo celebrar todos los actos jurídicos al igual que el mayor de dieciocho años. Pero, a pesar de ello, en el ordenamiento hay algunas leyes que limitan la capacidad para la realización de determinadas actividades donde se exige el cumplimiento de cierta edad, independientemente de estar casado. Por ejemplo, un aragonés casado de catorce años no podrá contratar su propio trabajo, ya que la legislación laboral exige que el trabajador tenga al menos 16 años. De otro lado, tampoco estará sujeto al Código Penal, pero si a la responsabilidad civil que origine por daños causados. Tampoco, podrá presentarse a oposiciones del Ayuntamiento de Zaragoza ya que la normativa exige tener 18 años. Sin embargo, las normas relativas a una determinada edad establecidas en el Código de Comercio, se interpretarán conforme a las normas dispuestas por los Derechos Forales (interpretación del art.5 Ccom en la STS de 28 de junio de 1968)⁵.

Por ello, podemos afirmar que un efecto del matrimonio del menor de edad aragonés es la adquisición de la mayoría de edad. Sin embargo, el Código Civil establece que la mayoría de edad únicamente se alcanza al cumplir los 18 años. Pongamos un ejemplo para diferenciarlo con el caso anterior: un menor de edad de vecindad civil común, que contrae matrimonio con 14 años de edad no será para estos efectos mayor de edad. Sino que el matrimonio producirá otro efecto: la aplicación del art.324CC⁶.

⁵BAYOD LOPEZ, M.C, *Algunas cuestiones prácticas en materia de derecho civil foral aragonés*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2011, p. 13 y ss.

⁶ Art.324CC: “Para que el casado menor de edad pueda enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes, basta si es mayor el otro cónyuge, el consentimiento de los dos; si también es menor, se necesitará, además, el de los padres o curadores de uno y otro”.

III. CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR DE EDAD.

Para determinar la capacidad de aquel que todavía no ha adquirido la mayoría de edad debemos proceder en primer lugar, a examinar las diferencias existentes entre lo que conocemos como capacidad natural y de obrar.

– Como **capacidad jurídica** debemos entender aquella que tiene toda persona por el mero hecho de serlo y que comienza con el nacimiento, otorgándole a la persona una serie de derechos y obligaciones. O como define Carlos Martínez de Aguirre, “*la aptitud genérica para ser titular de derechos y obligaciones*”.

– Frente a la anterior, la **capacidad de obrar** se define como aquella aptitud para realizar actos jurídicos conforme a Derecho⁷. La capacidad de obrar está estrechamente relacionada con la capacidad natural de entender y querer. Es decir, la aptitud de un sujeto para atender correctamente a su persona y bienes.

Martínez de Aguirre diferencia, además, entre una “capacidad de obrar general” la cual viene determinada por criterios objetivos como es la mayoría de edad, y “capacidades especiales” que son exigidas por el Derecho, como es el caso de los mayores de catorce años a los que se les permite otorgar testamento, salvo ológrafo (art. 662 y 663.1CC).

Conforme lo anterior, cabe afirmar que tienen capacidad de obrar plena para realizar actos de la vida civil los mayores de edad no incapacitados legalmente. De tal manera, y basándonos en lo expuesto por parte de la doctrina, como señala Manuel Albaladejo, el menor de edad no emancipado tiene una capacidad de obrar restringida o incompleta. Ello implica que va a necesitar de un complemento de capacidad que será prestado por otra persona. Precisamente esta restricción se debe a la ausencia de conocimiento natural del menor.

Ahora bien, hemos apuntado anteriormente que la minoría de edad es el estado en el que una persona se desarrolla hasta que alcanza la madurez suficiente por lo que no podemos equiparar la situación de un menor de dos años con otro de catorce años, pues obviamente su capacidad de entender y querer es diferente.

Por ello, sería conveniente determinar dicha aptitud dependiendo del caso concreto, pues no tendrá la misma autonomía un menor recién nacido, que un menor de cinco años o que un menor de

⁷MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C, (Coord.), *Curso de Derecho Civil (I) Derecho privado. Derecho de la persona*; Colex, 5ªedición, Madrid, 2015, p.324, afirma que “*ni la capacidad jurídica ni la titularidad son suficientes para que quien las posee pueda ejercitar los derechos o cumplir los deberes del que es titular: esa aptitud concreta de ejercitar los derechos y obligaciones de que una persona es titular constituye la capacidad de obrar*”.

quince años. Ello supone que dentro del estatuto jurídico del menor de edad debemos distinguir “pluralidad de menores”, no existiendo una situación única del menor de edad⁸.

Por otro lado, y a pesar de la limitación de la capacidad de obrar del menor hay algunos supuestos que gozan de plena autonomía, como es efectivamente el ejercicio de los derechos de la personalidad.

En conclusión, y en lo que a la capacidad del menor se refiere, debemos atender a las circunstancias del caso concreto, con especial miramiento en un criterio más bien subjetivo: la madurez o suficiente juicio del menor.

1.-AUTONOMÍA DEL MENOR EN LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

Como hemos señalado, el menor tiene su capacidad de obrar limitada, lo que podríamos denominar falta de autonomía. Ello se debe principalmente a la falta de capacidad natural que le impide entender, por ejemplo, la realización de un contrato. Y de otro lado, a la falta de capacidad legal que impide al menor, salvo excepciones, prestar consentimiento (Art.1263.1CC). De tal manera que, el acto jurídico llevado a cabo por un menor de edad sin la necesaria capacidad será nulo o anulable respectivamente. Por ello, para los casos en los que no goce de plena autonomía va a precisar de unos representantes legales que actúen por él.

Así, debemos delimitar, en primer lugar, los actos que el menor puede realizar por sí solo, ya que hasta el momento en el que una persona sale del estatuto básico de la minoría de edad, la misma, debe estar sometida a determinadas instituciones como son la patria potestad (art.154 C°C).

Los padres, titulares de la patria potestad, ostentarán la representación de sus hijos con filiación determinada (Art.164CC). Representarán así a sus hijos menores no emancipados en lo que respecta tanto a su esfera personal como patrimonial y ello, con la debida diligencia.

Respecto a la esfera patrimonial, corresponderá a los padres la representación tanto en los actos de disposición y administración de los bienes de sus hijos. Si bien es cierto, que se establecen algunas excepciones:

- Actos de disposición: se requiere autorización judicial para actos de especial relevancia (Art.166CC).⁹
- El Art.164CC enumera una serie de casos en los que no van a administrar ni disponer bienes del menor: bienes adquiridos a título gratuito si el disponente así lo ordena y dinero o bienes adquiridos

⁸PARRA LUCÁN, M.A, *La voluntad y el interés de las personas vulnerables. Modelos para la toma de decisión en asuntos personales*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2015.

⁹En Aragón, para estos actos de disposición con cierta relevancia no se precisa de autorización judicial. Ésta es suplida por la autorización dada por la Junta de Parientes.

por el menor mayor de 16 años.

Ello debe distinguirse de las reglas para el menor de edad contenidas en el Código de Derecho Foral de Aragón en los artículos 154 y ss. En derecho aragonés ya no hablamos de patria potestad (pues en Aragón nunca ha habido patria potestad), sino de autoridad familiar. Además, debemos diferenciar entre el menor aragonés menor de catorce años y el mayor de catorce años. En el art.5CDFA se detalla el estatuto básico del menor de edad con vecindad civil aragonesa estableciendo que el menor de edad (bien por no alcanzar los 18 años, bien por no contraer matrimonio) está sometido a un régimen de guarda: autoridad familiar, o/y tutela o curatela.

Para el menor de catorce años, los titulares de la autoridad familiar son sus representantes legales, tanto en lo patrimonial como en lo personal. Por contraposición, para el menor mayor de catorce años, los titulares ya no son sus representantes ya que se considera que el menor mayor de catorce años tiene capacidad. Ello significa que el menor podrá realizar por sí solo actos de disposición y administración con la sola asistencia de uno de sus padres¹⁰.

De esta manera, podemos apreciar una capacidad ampliada o anticipada para el menor aragonés mayor de catorce años (en relación con otros derechos civiles españoles, como el Código civil al que hemos hecho referencia). Esta capacidad es la capacidad de obrar, que debemos distinguir de la capacidad jurídica que tiene toda persona por el mero hecho de serlo desde el nacimiento y por cumplir los requisitos del art.30 CC¹¹. Ello otorga a este menor la posibilidad de realizar por sí solo con la mera asistencia de uno de sus padres todos los actos jurídicos tanto en el ámbito personal como patrimonial (Art.23.1CDFA).

Independientemente del menor aragonés mayor de catorce años, todo menor podrá por sí solo realizar los actos relativos a su personalidad, de acuerdo con su madurez. Además, hay otros supuestos en los que se excluye la representación legal de los hijos menores no emancipados como el caso en el que exista un conflicto de intereses entre los padres e hijos. Ello viene establecido en el art.162 CC que encuentra su correlativo en el art.7 CDFA, donde se establece que además de los derechos de la personalidad, el menor podrá por sí solo otorgar actos y contratos de la vida corriente que de acuerdo con su capacidad natural, sean conformes a los usos sociales, y realizar otros actos que, de acuerdo con las leyes, puedan llevar a cabo sin necesidad de representación o asistencia. En definitiva, y sin atender a la edad del menor, se exceptuará tanto en el Código Civil como en el Foral, de la representación legal los actos relativos a los derechos de la personalidad.

El ejercicio de estos derechos únicamente corresponde al menor, aun cuando pueda requerir la

¹⁰Art.5.3 CDFA: “La representación legal del menor termina al cumplir los catorce años; desde entonces, su capacidad se complementa con la asistencia”.

¹¹LOPEZ AZCONA, A, “La peculiar situación jurídica del menor aragonés mayor de catorce años”, en *Actualidad jurídica Iberoamericana*, nº.2, 2015, pp.453-465.

intervención de terceras personas para prestar válido consentimiento¹². De tal manera que, será únicamente el menor quien decida sobre aspectos como, por ejemplo, si lleva o no un tatuaje, qué ropa lleva, si firma determinados contratos de trabajo, si se casa o no, si procede al cambio de nombre, etc.

Ahora bien, que estos actos no permitan la representación no significa que en ocasiones se precise de autorización o asentimiento para ejercer estos derechos o permitir la intromisión de terceros en éstos (art. 20 y 24 CDFA para el menor aragonés de catorce años y menor mayor de catorce años respectivamente). Esta sujeción más o menos amplia de asistencia, autorización o incluso intervención judicial tiene como objetivo principal abogar por el interés del menor y evitar supuestos problemáticos como fue el polémico caso del menor de Ballobar, que examinaremos posteriormente.

También podemos observar determinados actos que el menor podrá realizar cuando alcance una determinada edad, pues así viene determinado por ley. Algunos ejemplos de ellos son: a partir de los 14 años el menor puede otorgar testamento (art.408 CC), cambiar el orden de los apellidos (art.57.2CDFA), y casarse con previa dispensa o emancipación (Art. 46, 48 CC y 30 CDFA).

En definitiva, e independientemente de que haya actos para los que se establezca una determinada edad, los actos relativos a la personalidad vendrán delimitados por un criterio subjetivo que es el de madurez. Es decir, el Derecho español otorga la capacidad de decisión al menor que tenga una madurez o juicio suficiente. Ello tiene que ver con la capacidad natural de entender y querer¹³, que no depende de cumplir una determinada edad, sino que va a depender del desarrollo evolutivo de cada persona. En particular, en el Código Foral de Derecho Aragonés se presume expresamente la capacidad del menor que cumpla catorce años, y siempre que no esté incapacitado, es decir, se presume que tiene capacidad de entender y querer (Art. 34 CDFA).

Llegamos a la conclusión de que a los menores corresponde el ejercicio de los derechos de la personalidad cuando tienen la madurez suficiente. Pero nos planteamos la pregunta de qué sucede con estos derechos cuando el menor no es lo suficientemente maduro para ejercerlos por sí solo, y por consiguiente, si los padres o tutores tienen algún papel fundamental en estas ocasiones. Es cierto que un desarrollo beneficioso del menor conlleva el ejercicio de un derecho de la personalidad¹⁴, pero también es cierto que para que exista una protección total del mismo, en

¹²BAYOD LÓPEZ, M.C., *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón...* cit.p.116.

¹³SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., *"Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad"*. *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*. Madrid 2003, Tomo I, p.956, donde afirma que *"el menor debe tener voluntad para emitir el consentimiento y conocimiento de los efectos jurídicos derivados del mismo"*.

¹⁴El desarrollo de los derechos de la personalidad encuentra su fundamento constitucional en el art.10 CE: *"La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la*

ocasiones debe verse limitada esa capacidad cuando un acto pudiese ser perjudicial para su persona.

El art.162 CC parece dar la solución para los casos en que el menor de edad carezca de madurez suficiente estableciendo que en estos supuestos, intervendrán los responsables parentales¹⁵. Esta intervención de los padres es una exigencia del deber de velar por sus hijos¹⁶. Este artículo del Código Civil encuentra su concordancia con los arts. 20 y 24 CDFIA.

2.INTERÉS DEL MENOR O “FAVOR MINORIS”.Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 5 de febrero de 2013.

Antes de entrar a valorar supuestos problemáticos sobre la actuación del menor respecto a sus derechos personales, debemos hacer referencia a un criterio jurídico indeterminado en nuestro sistema, como es el interés superior del menor o “favor minoris”. Este concepto es de especial relevancia ya que es requisito necesario velar en todo momento por el libre desarrollo de la personalidad del menor garantizando y protegiendo sus derechos fundamentales.

El mismo (favor minoris) ha sido recogido en multitud de textos legales. Desde la perspectiva internacional, podemos encontrar su mayor expresión en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 que establece en su art.3.1 que *“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”*.

De la misma forma, la Ley 8/2015, de 22 de julio sobre la modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, establece que todo menor tiene el derecho a que su interés sea valorado como primordial en todas aquellas decisiones que le afectan, bien sea tomadas por las instituciones públicas, privadas, bien sean tomadas por los Tribunales, etc. Ello supone que tanto en la aplicación de dicha ley, como en todas las demás, el objetivo fundamental sea proteger el interés del menor tanto en lo que respecta a su ámbito personal como patrimonial.

Ahora bien, ¿cómo valoramos el contenido del interés del menor? En primer lugar, debemos

ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

¹⁵LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pag71: *“Es preciso hacer una interpretación restrictiva de la intervención de los padres en el ámbito de los derechos de la personalidad. Es decir, se prefiere su no intervención y solo cuando sea posible se actuará. Y es que, mientras en el ámbito patrimonial la representación de los padres es una garantía de protección al menor, en el ámbito de la personalidad su actuación indiscriminada puede llegar a ser un ataque a su dignidad y a su personalidad”*.

¹⁶DIEZ PICAZO, L; *La representación en el derecho privado*, Civitas, Madrid, 1979, p.286, donde afirma que esa intervención es *“indudablemente distinta al genuino poder de la representación”*. Frente a ello, hay doctrina minoritaria que establece que la representación legal en este sentido, opera en toda su amplitud.

establecer una definición acerca de lo que este concepto supone, que si bien parece ser un concepto jurídico indeterminado¹⁷, gran parte de la doctrina coincide en afirmar que tanto la actuación paterna como la providente de las instituciones públicas, deben dirigirse a enseñar al menor a tomar conciencia de cómo utilizar sus derechos fundamentales. Por lo tanto, debemos entender el concepto “favor minoris” como un principio inspirador de todas las actuaciones, tanto administrativas como judiciales, y que tienen relación con el menor¹⁸.

El interés del menor va a ser un requisito clave para poder resolver la pluralidad de supuestos que van a ser tratados a lo largo de este estudio (derecho a la imagen, a la intimidad, al nombre, al cambio de sexo, etc.). Ahora bien, uno de los aspectos donde el principio “favor minoris” adquiere en la actualidad mayor importancia por la habitualidad de estos hechos, es sin duda, en procedimientos en los que se discute la guarda y custodia de los hijos menores de edad¹⁹.

Por ello, cabe hacer referencia, a una modificación reciente que influye precisamente en el concepto ahora discutido. Nos estamos refiriendo a la reforma del art.98.2CC, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio y que trae causa por el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

El TC finalmente declaró en la sentencia **17 de octubre de 2012**, nulo el inciso “favorable” del art.92.8 CC. Dicho artículo disponía lo siguiente: “*Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor*”.

Ello significa que el Juez únicamente podría otorgar la guarda y custodia compartida solicitada por un solo progenitor en el caso de existir informe favorable del Ministerio Fiscal para otorgar la misma. Por lo tanto, y, en primer lugar, se entiende que están vulnerando los artículos 24 y 117.3CE, en cuanto que se está lesionando la exclusiva potestad jurisdiccional de Jueces y

¹⁷ NAVAS NAVARRO, S, “El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada”, en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, Madrid, 2003, p.693 donde define el interés del menor como la voluntad del legislador de garantizar el óptimo desarrollo de la personalidad mediante el ejercicio de sus derechos fundamentales. RAVETLLAT BALLESTÉ, I, “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término.”, *Educatio siglo XIX*, vol.30, nº2, 2012, pp.89-108, define el concepto interés del menor desde un punto de vista jurídico-formal y lo identifica con “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad”. A su vez, establece que no puede prescindirse de su análisis, también desde un punto de vista humano. De esta manera, debe estar estrechamente vinculado con la “felicidad y bienestar personal”.

¹⁸ BARTOLOMÉCENZANO, J.C., “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su transcendencia en el Derecho positivo español”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, nº3,2012, pp 46-60.

¹⁹ STS, Sala 1ª de 13 de febrero de 2015: Mantiene el TS la guarda y custodia del menor por su tía paterna, con el régimen de estancia y visitas a favor de sus abuelos maternos. La atribución a personas distintas de los progenitores, por las especiales circunstancias que han rodeado la vida y crecimiento del menor, afectado por la muerte de su padre a manos de su madre, debe regirse por el interés prevalente de este. Y en estas circunstancias no aparece justificado el beneficio que para el menor supondría el cambio de custodia a favor de sus abuelos. El Tribunal establece que el interés del menor es “la suma de distintos factores”, entendiéndose como tal todas aquellas circunstancias que le benefician tanto en el aspecto material, como social, psicológico, moral, etc.

Tribunales al estar condicionado la decisión del Juez al informe del Ministerio Fiscal. En segundo lugar, y en lo que aquí respecta, de la redacción del ex art.98.2CC puede surgir el caso en que no se haga prevalecer el interés del menor o “favor filii”, puesto que el único fundamento de la ruptura del principio de la autonomía de la voluntad de los progenitores, debe ser prevalencia del interés del menor.

De esta manera, advierte el TC en su quinto fundamento de derecho que *“la efectividad de dicho dictamen se sitúa en un momento anterior al ejercicio de la potestad jurisdiccional y sólo dándose las garantías establecidas en la norma, el Juez mantiene sus opciones de decisión. Quiere ello decir que únicamente en el caso de que el dictamen de la Fiscalía sea favorable, podrá acordar la guarda compartida porque es a lo que le faculta el precepto. Sensu contrario, tal como está redactada la norma, si no concurre tal dictamen, el órgano judicial no está legitimado para acordarla o establecerla. Y es en este último supuesto donde quiebra, en términos constitucionales, la razonabilidad de la norma enjuiciada”*.

De tal manera que, a juicio del TC, la custodia sea o no compartida, y exista o no acuerdo entre los progenitores, debe ser adoptado siempre atendiendo a la situación más beneficiosa para el niño. Decisión que solo corresponde al órgano jurisdiccional, con independencia de la facultad de los padres de poder regular la medida mediante acuerdo y de la función del Ministerio Fiscal de velar por las personas vulnerables, en este caso, el menor.

Por lo expuesto anteriormente, cabe destacar la importancia que presenta analizar el interés superior del menor. A pesar de ello, no existen unos criterios específicos que permitan al Juez decidir qué circunstancias han de tomarse en cuenta para justificar el interés de aquél. Algunos criterios han sido expuestos por la jurisprudencia²⁰: las relaciones anteriores de los progenitores con el menor, opinión del menor con la debida madurez, ubicación de domicilios, disponibilidad de progenitores en cuanto a horarios, informes legales, cumplimiento de los padres de sus deberes, etc.

No hay que olvidar hacer una breve referencia a la regulación que sobre custodia compartida ha realizado como pionero el CDFA (art.74-84). El legislador aragonés ha optado, a diferencia del CC, por establecer como norma general y no como una excepción a la misma, la custodia compartida. Ello a falta de acuerdo entre los progenitores. De esta forma, se pretende poner especial atención en el interés de los hijos (matrimoniales o no matrimoniales), entendiéndose que es beneficioso para el desarrollo del menor la convivencia y el cuidado por parte de ambos progenitores.

Ahora bien, y una vez expuesto todo lo anterior, podemos plantearnos el problema de que

²⁰Véase STS de 29 de abril de 2013, STS de 25 de noviembre de 2013, STS de 9 de marzo de 2012, STS de 18 de noviembre de 2011, etc. En el caso de Aragón, la STSJA de 13 de julio de 2011.

qué pasaría si la madurez del menor entra en conflicto con el interés del mismo. Es decir, si el menor con suficiente juicio toma una decisión que es contraria a su propio interés. Traemos en este punto a colación numerosos supuestos en los que la salud del menor puede estar en juego por su decisión “madura”. Así es el caso de una niña de 16 años que rechazó una transfusión de sangre. Entendieron que no tenía la madurez suficiente por lo que, en contra de las indicaciones de la menor, autorizaron el tratamiento salvaguardando, así, el interés superior de la misma.

Por lo tanto, deben tenerse en cuenta las circunstancias del caso concreto valorando los intereses en juego. De tal manera, ante supuestos que supongan un grave peligro para la vida e integridad psíquica, la decisión del menor de edad fundamentada en el derecho a la libertad religiosa debe ceder asegurando el interés superior. Por ello, y como señala SANTOS MORÓN, *“lo que debe tenerse presente, es eso sí, que a la hora de determinarsi el menor tiene suficiente capacidad natural hay que tomar en consideración el tipo de consecuencias que puedan derivarse del acto de que se trate. Es decir, cuanto más graves sean las consecuencias que pueden resultar de un acto de ejercicio de derechos de la personalidad mayor grado de discernimiento y madurez debe exigírsele para adoptar una decisión válida²¹”*. Un mecanismo para la salvaguarda de este principio universal es el art.158CC, según el cual, procederá la intervención del Juez *“a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios”*.

En conclusión, el menor goza de todos derechos que le son inherentes, por lo que es su interés el que ha de prevalecer sobre todos los demás, dado que este interés se comprende en el momento en el que la ley no le va a permitir realizar según qué actuaciones.

Pasamos al análisis de la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 5 de febrero de 2013** que ha marcado un punto de inflexión en lo que a contratos de deportistas menores de edad se refiere. Ello, dado la habitualidad de este tipo de contratos que opera en nuestro entorno llevados a cabo por padres en representación de sus hijos. La jurisprudencia sentada por esta Sentencia puede conllevar importantes efectos.

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha decidido declarar la nulidad del contrato suscrito en el año 2002 por los padres del jugador de fútbol Raúl Baena, cuando éste era menor de edad, con el F.C. Barcelona por un periodo de ocho años. El jugador estuvo durante cinco años como futura promesa en el Barça y al llegar el momento de incorporarse como profesional abandonó el club azulgrana y fichó por otro equipo deportivo. La Sala Primera considera que las contrataciones de jugadores menores de edad deben ser objeto de especial protección por el ordenamiento jurídico,

²¹SANTOS MORÓN, M.J., “Menores y derechos de la personalidad: La autonomía del menor” en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, ISSN 1575-8427, nº15, 2011 (Ejemplar dedicado a: El menor ante el derecho en el siglo XXI; coordinado por Julio Díaz-Maroto y Villarejo, Alma María Rodríguez Guitián).

para garantizar el principio constitucional y supranacional del superior interés del menor.

En este supuesto, se nos plantea hasta dónde llega el poder de representación legal de los padres, ya que ha de atender a ese interés superior del menor y no puede extenderse a ámbitos que el menor puede realizar por sí mismo. Como es el caso de la decisión de su propio futuro profesional que puede materializarse a los 16 años (Art. 162.1, en relación con el art.1255CC).

Y, en segundo lugar, se produce una vulneración de los art. 166 y 1259 CC, ya que al suscribir los padres un contrato en cuyo contenido tenga una “cláusula penal indemnizatoria” tan desmesurada ha supuesto un perjuicio grave en los bienes del hijo. De esta manera, no podemos concluir que la actuación de los progenitores haya sido la más adecuada para el interés del menor, de ahí que proceda tanto la nulidad del contrato como de dicha cláusula. A pesar de ello, es cierto que no hay razones claras que nos lleven a pensar que la actuación de los padres no estaba encaminada a buscar el mejor interés para el hijo. Dicha actuación, no debemos olvidar que no se trata de un deber de los mismos desprendido del ámbito de representación. Sino todo lo contrario, y como establece el TS (en contra de los pronunciamientos de la sentencia dictada en segunda instancia de 6 de abril de 2010), estamos ante uno de los ámbitos que pertenecen al libre desarrollo de la personalidad del menor. Ámbito, donde los padres no pueden representar a los hijos (art.162CC): *“El componente axiológico que anida en la tutela del interés superior del menor viene íntimamente ligado al libre desarrollo de la personalidad (art.10CE), de suerte que el interés del menor en decidir sobre su futuro profesional constituye una clara manifestación o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que no puede verse impedida o menoscabada. En este ámbito no cabe la representación(...). La adecuación del interés superior del menor, por tanto, se sitúa como el punto de partida y llegada en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y protección de los menores, como a su esfera de su futuro profesional”*.

A más abundar, parece lógico declarar la nulidad del contrato en cuanto afecta a un derecho fundamental: el derecho de la imagen. Que, además, y como dispone el Tribunal en su fundamento de derecho tercero, el derecho a la imagen *“está íntimamente ligado a su ámbito personal”* suponiendo ese pacto una cesión futura de los derechos de la imagen del menor para cuando sea jugador profesional. De esta manera se está limitando el ámbito de formación del menor yendo, por lo tanto, en contra del libre desarrollo de la personalidad del menor. Y por ello, infravalorando el interés del mismo.

Con todos los argumentos expuestos, el Tribunal declara la nulidad del precontrato de trabajo y de la cláusula penal en él contenida. Para ello, y como hemos expuesto, basándose en que no cabe, para estos actos, la representación de los padres. Ahora bien, ¿qué pasaría si el contrato hubiese sido celebrado por un menor maduro?, ¿se declararía también la nulidad? En este sentido, y

de acuerdo con PARRA LUCÁN, M.J., cuando el contrato lo celebra un menor maduro, la solución ha de ser la misma. Y ello puesto que el contrato ha sido formulado por el Club en contra de la buena fe, ya que se está imponiendo una cláusula abusiva para así retener al jugador y no dejarle jugar en otro equipo.

En definitiva, el objeto de este tipo de contratación dirigida a menores de edad debe comportar una especial protección y garantía de sus derechos por el Ordenamiento Jurídico. Entiendo que es un tema de capacidad, es decir, el contrato es anulable porque para su validez se requiere el consentimiento del menor maduro, requiriendo por supuesto también el de sus representantes legales, autorización judicial con la intervención del Ministerio Fiscal.

IV. DERECHO AL CAMBIO DE NOMBRE. EN CONCRETO, EN SUPUESTOS ESPECIALES DE DISFORIA DE GÉNERO. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 10 de marzo de 2016.

En este aspecto, de lo que se trata es de analizar supuestos controvertidos en los que el derecho al nombre, y concretamente, la facultad de alterarlo, suponen la consecución de otros derechos fundamentales como son la dignidad y el libre desarrollo de la persona.

Estos derechos son reconocidos en la Carta Magna en el art.10 como valores superiores del ordenamiento jurídico. Ello toma importancia en cuanto que el nombre identifica a la persona garantizando así, su identidad personal. Por todo ello, *“el niño ha de ser inscrito inmediatamente después del nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre (...)”* (Art.7.1 de la Convención de Derechos del Niño de la ONU de 20 de noviembre de 1990). Por lo tanto, en el momento en que hay que otorgar al menor recién nacido un nombre, este es incapaz de ejercer su derecho de la personalidad pues no tiene la madurez suficiente. De esta manera, serán sus progenitores²², quienes, de común acuerdo, deban elegirlo. En conclusión, se está garantizando no el derecho a elegir el nombre, sino a asignarlo pues es indispensable para el desarrollo del menor.

El cambio de nombre ha de resolverse sobre la base de los actos relativos a derechos de la personalidad, como así lo ha entendido **la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 15 de abril de 2000**. Ello, significa, por lo tanto, que la solicitud de cambio del mismo corresponde, en exclusiva, a los menores de edad con suficiente madurez, excluyendo la representación de los padres. Cuando el menor de edad no tenga esa madurez suficiente, será entonces necesaria, la intervención de los representantes legales que deberán actuar en todo momento, en interés del menor (art.162 CC)

²²Véase art. 154 CC.

Conforme a lo anterior, el art.57.3 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil²³ establece que, dicha modificación del nombre, podrá ser requerida por el propio interesado si es mayor de 16 años. Ello debemos de contraponerlo con el CDFA, que disminuye para estos casos la edad a 14 años (art. 25 respecto al cambio del nombre por su equivalente onomástico y art.57.2 en lo que concierne a la alteración de los apellidos).

En este punto, debemos traer a colación dos artículos del Código Civil: el art.55.3 y 109. Ambos establecen que la alteración del orden de los apellidos se podrá solicitar, únicamente, una vez alcanzada la mayoría de edad. Éste es un requisito que no se exige para solicitar el cambio de nombre. La exigencia de la mayoría de edad, se debe fundamentalmente a que en la inversión de los apellidos puede estar implícito un conflicto entre la primacía y conservación del apellido materno y paterno. De tal manera, que la exigencia de la mayoría de edad está encaminada a evitar posibles influencias de los progenitores sobre el menor de edad (influencias que en la modificación del nombre no se plantean)²⁴.

Al principio, hemos hecho referencia a los casos en los que se precisa de la actuación de los representantes legales si el menor no tiene suficiente madurez. Dicha actuación ha de ser conjunta o bien, actuación de uno sólo con el consentimiento del otro, y ello en virtud de los art.156.1 CC. Pero, ahora bien, en este aspecto, nos podemos encontrar ante supuestos problemáticos en los que ambos progenitores no estén de acuerdo para proceder a la modificación del nombre, o incluso, en el momento en que ambos deben imponer un nombre al menor inmediatamente después del nacimiento. Estos supuestos se agravan en situaciones de crisis matrimoniales. La DGRN ha resuelto estos conflictos en diversas resoluciones.

De un lado, y para el caso en que uno de los progenitores haya desatendido sus deberes vinculados a la patria potestad, se pretende que éste no pueda impedir la actuación del otro progenitor manifestando su oposición, ya que ello sería contrario al interés del menor. Es el caso, por ejemplo, de una menor que convivía con la madre la cual se había separado de hecho de su pareja y padre de la primera, tras una convivencia de amenazas y actitudes violentas (**RDGRN de 8 de septiembre de 2001**).

Fuera de estos casos extraordinarios, en que un progenitor desatiende el cuidado de su hijo, y para el caso de desacuerdo entre ambos titulares de la patria potestad, la regla general es acudir al juez. Éste escuchará al hijo menor de edad si el mismo tuviera la suficiente madurez, o en todo caso, cuando tenga más de doce años (arts. 156.2 CC)²⁵. Para el caso del menor aragonés se nos brinda

²³La entrada en vigor de la LRC se pospuso en mayo de 2015 a junio de 2017.

²⁴LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp.351-410.

²⁵En este sentido, RDGRN de 6 de noviembre de 2001.

otra posibilidad en caso de desacuerdo de los progenitores, que será acudir a la Junta de Parientes, en vez de al Juez (art.170 CDFEA).

Una vez, expuestas las reglas generales para la determinación o modificación del nombre en el menor de edad, vamos a proceder a analizar otros supuestos dudosos o de más difícil resolución. Para ello, estudiaremos los casos en los que el cambio del nombre del menor de edad viene motivado por una disforia de género, es decir, un cambio de sexo o transexualidad. Como ya hemos indicado, el nombre identifica a la persona y puede ocurrir que se figure en los Registros y documentos de identidad con un sexo distinto al psicológico. Ello, también implica que el nombre no corresponda con el sexo que externamente se aprecia. De tal manera, se estaría vulnerando la dignidad de las personas transexuales, así como impidiendo el libre desarrollo de la personalidad y, sobre todo, en lo que a menores de edad respecta.

Por todo ello, expondremos una reciente **Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 10 de marzo de 2016:**

La Sala Primera del Tribunal Supremo acordó, con un solo voto particular en contra de uno de sus once miembros, plantear al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad en relación al art. 1 de la Ley 3/2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, en base a los arts. 163 CE, 35 LOTC y 5.2 LOPJ. La ley cuestionada es aplicable al caso concreto y de su validez va a depender el fallo, por lo que concurren los requisitos de pertinencia y relevancia necesarios para plantear una cuestión de inconstitucionalidad. En este supuesto concreto, el TS entiende que se pueden estar vulnerando derechos fundamentales del menor de edad reconocidos por nuestra constitución, concretamente el derecho a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad contenida en el art.10 CE, en relación con otros derechos constitucionales como, la protección de la integridad física y moral (art.15CE), derecho a la intimidad (art.18.1CE), derecho a la salud (art.43.1CE) y a la no discriminación, en este caso, por razón de la edad (art.14CE).

En primer lugar, debemos exponer, antes de analizar el supuesto de hecho, el desarrollo jurisprudencial de la solicitud de rectificación del sexo y cambio el nombre en la inscripción del nacimiento de las personas transexuales.

La jurisprudencia de los ochenta, ya aceptaba el cambio del sexo y nombre en la mención registral “*dando preferencia a los aspectos psíquicos*” frente a “*puramente cromosómicos*”. Ahora bien, esto solo respecto a aquellas personas transexuales que se habían sometido a una operación quirúrgica para el cambio de sexo. En este sentido, numerosas sentencias entre las que podemos destacar la **STS 1ª de 2 de julio de 1987** justificó la estimación del recurso, refiriéndose al

transexual como “*el varón operado transexualmente*”, el cual, “*no pasa a ser hembra, sino que se le ha de tener por tal por haber dejado de ser varón por extirpación y supresión de los caracteres primarios y secundarios y presentar unos órganos sexuales similares a los femeninos y caracterologías psíquica y emocional propias de este sexo(...)*”.

Es a partir de una sentencia de 2007 cuando ya no se exige la operación quirúrgica para admitir la pretensión de rectificación registral. En la misma línea, el TEDH consideraba que supeditar el cambio registral a la operación quirúrgica suponía un quebrantamiento del libre desarrollo de la personalidad²⁶.

Los hechos que han dado lugar a que el Tribunal crea que los requisitos exigidos en el art.1 de la Ley 3/2007 de 15 de marzo, para la rectificación del nombre, pueda ser perjudicial para el interés del menor, son los siguientes:

D. Luis Manuel y Dña. Felicísima, padres de Dña. Rocío presentaron demanda de juicio ordinario contra el MF actuando en representación de la misma y solicitando la rectificación de la inscripción de nacimiento de Rocío en el RC, en el sentido de que ya no figure con sexo femenino sino masculino, y, por consiguiente, rectificación del nombre a otro masculino, Eutimio (en adelante nos referiremos al mismo como el menor). La demanda fue presentada en 2014, contando el menor con 12 años. El Juzgado de primera Instancia e Instrucción desestimó la demanda, como así lo hizo también posteriormente, la Audiencia Provincial. Ante todo lo anterior, los representantes legales del menor interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

La presunta inconstitucionalidad del art.1 de la Ley 3/2007 viene motivado a juicio tanto del demandante, como del Tribunal, por varios aspectos. El mencionado artículo establece que la legitimación para solicitar la rectificación de la mención registral al sexo, corresponde, en exclusiva, a los mayores de edad, excluyendo, por tanto, de dicha posibilidad al menor de edad transexual. El art.26 de la LRC señala que la mención del sexo, contenida en la inscripción del nacimiento, debe corresponder con la mención al nombre. Por lo que ya se nos está planteando el primer problema, en cuanto a que la solicitud de cambio de nombre puede ser solicitada a los 16 años, o 14 en el caso de Aragón. Así, si un menor de 16 años puede cambiar su nombre de Pedro a María, pero no se le permite rectificar el sexo. Ya no existe entonces, esa correlación exigida por el art.26 LRC.

En segundo lugar, y no menos importante, el cuestionado artículo presenta una clara vulneración del principio del interés superior del menor, que exige que la aplicación de las leyes se haga de forma restrictiva y siempre en beneficio del mismo. En este caso, la denegación a la rectificación registral del sexo hace que el menor sienta humillación y un grave perjuicio a la hora de exponer públicamente su condición transexual, pues son numerosas las ocasiones en que los

²⁶Sentencia del TEDH de 25 de marzo de 1992, 11 de septiembre de 2007, 16 de julio de 2014, etc.

niños y adolescentes deben identificarse, por ejemplo, en el ámbito escolar, o cuando deben *“mostrar el documento nacional de identidad, donde se hace patente la diferencia existente entre el sexo que le fue asignado al nacer y el sexo que siente como suyo”*, lo que va a provocar un desarrollo negativo de la personalidad, así como una vulneración del derecho a la intimidad. Por ello, y en base al juicio de proporcionalidad, podemos afirmar que no está justificada una restricción de los derechos fundamentales que le priven al menor de la facultad de pedir el cambio de la mención registral del sexo y del nombre.

Otro aspecto a valorar, es la madurez del menor. La demanda fue planteada cuando el menor tenía 14 años de edad, por lo que podemos entender, y valorando todas las circunstancias del caso concreto, que contaba con la capacidad natural suficiente para tomar, consciente y deliberadamente, tal decisión. Además, debemos recalcar que no hay ningún tipo de trastorno de la personalidad que pueda influir, de manera determinante, en la disonancia entre el sexo psicológico y el genético. A más abundancia, el informe endocrinológico y psicológico manifiestan que el menor ya había asumido el rol masculino desde una temprana edad, con solamente tres años. Todo ello, nos lleva a concluir, que el *“riesgo de remisión”*, tan temido por el Tribunal, sea nulo y que, por lo tanto, no proceda, en el caso concreto, considerarlo como un *“límite proporcionado que justifique una restricción tan importante de los derechos fundamentales del menor de edad”*.

Para concluir, y a juicio del Tribunal, podemos afirmar que *“si el demandante hubiera alcanzado la mayoría de edad, la solución a su pretensión de cambio en la mención del sexo en su inscripción de nacimiento, y correlativo cambio de nombre, no hubiera presentado especiales dificultades”*.

El problema, por tanto, se nos ha planteado por estar el demandante inmerso en el estatuto jurídico de la minoría de edad. Pero éste es también, al igual que el mayor de edad, titular de los derechos fundamentales, y más aún cuando a derechos de la personalidad se refiere, donde goza de la autonomía que su madurez le permite. Por todo lo expuesto, todo apunta a que el Tribunal Constitucional proceda a declarar la inconstitucionalidad del art.1 de la Ley 3/2007²⁷.

²⁷El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 10 de mayo actual, ha acordado admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1595-2016 planteada por la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, en el recurso núm. 1583-2015, en relación con el artículo 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, en cuanto que solo reconoce legitimación a las personas mayores de edad para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo y del nombre, por posible vulneración de los artículos 15, 18.1 y 43.1, en relación con el artículo 10.1 CE., y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1.c) LOTC, reservar para sí el conocimiento de la presente cuestión.

V. DERECHO AL HONOR, LA INTIMIDAD Y LA PROPIA IMAGEN.

1.-CONCEPTO.

En primer lugar, debemos delimitar el significado de lo que estos derechos suponen. Para ello, podemos traer a colación la **STS Sala 1ª, de 18 de febrero de 2013** donde se han definido de la siguiente forma:

-Como derecho a la imagen: la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico de reproducción (sentencias de 11 de abril de 1987, 29 de marzo de 1988 y 13 de noviembre de 1989). De tal manera que, se considera como intromisión ilegítima en la propia imagen toda reproducción injustificada de la figura humana de una persona concreta, teniendo su violación claras concomitancias con el honor y la intimidad.

-Como derecho a la intimidad: el derecho a la intimidad personal y familiar se refiere a la esfera secreta y privada de la persona, sustraída a indagaciones ajenas. Se estará vulnerando este derecho con toda exposición pública realizada por un tercero, de hechos y datos que la persona reserva en el círculo sustraído a indagaciones ajenas

-Como derecho al honor: como el derecho al respeto y al reconocimiento de la dignidad personal que se requiere para el libre desarrollo de la personalidad en la convivencia social, sin que pueda (su titular) ser escarnecido o humillado ante uno mismo o los demás comprendiendo tanto la estimación que cada persona tiene de sí misma como la consideración que le tienen los demás. Así, se considerará intromisión ilegítima en el honor de una persona todo ataque ajeno e injusto que perjudique el prestigio de la misma.

Hay que tener en cuenta, el art.4.3 LOPJM que va a configurar como intromisión ilegítima al derecho al honor, intimidad y propia imagen la utilización de la imagen del menor, así como de su nombre de forma que se perjudique la honra o reputación del menor o que sea contraria a su interés, y eso independientemente de que exista consentimiento de los padres.

2.-CONSENTIMIENTO Y CONTROL DEL MINISTERIO FISCAL.

Estos derechos, además de corresponder a la esfera personal del menor, son considerados como derechos fundamentales, y, por lo tanto, inalienables, irrenunciables, imprescriptibles, y revocables en cualquier momento²⁸. El carácter de revocabilidad adquiere importancia, en cuanto

²⁸En este sentido, SANTOS MORÓN, J.M., "Menores y derechos de la personalidad: la autonomía del menor", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*,(Ejemplar dedicado a : *El menor ante*

asupuestos donde el consentimiento juega un papel fundamental, aceptando así, posibles injerencias de terceros. Pero, además, cuando éstos afectan a menores, el Ordenamiento Jurídico les otorga una relevancia mucho mayor, tal y como se deduce del art.3 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, y en el art.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

En ambos artículos, se puede apreciar la exigencia de la prestación del consentimiento por parte del propio menor con madurez suficiente. El consentimiento del menor sirve, para permitir la intromisión de terceros en estos derechos. De esta forma, si el consentimiento es prestado por los padres, esa intromisión en los derechos de honor, intimidad, e imagen, será ilegítima.

Solo si el menor careciese de esa madurez suficiente, podrán los representantes legales ostentar la legitimación para prestarlo. Ahora bien, en todo caso, deberán informar al Ministerio Fiscal, para que lo apruebe o bien, se oponga, y en ese caso, resolverá el Juez²⁹.

Son numerosas las ocasiones en las que no se cumple con ese requisito de informar al Ministerio Fiscal, bien porque desconocen esta obligación, bien porque no desean que el Fiscal se oponga y pueda impedirlo. Pero tampoco son informados por el medio de comunicación en cuestión, lo que de producirse facilitaría la intervención previa del Ministerio Fiscal que, en caso de estimar que debe actuar, podría hacerlo antes de que se cause un daño. Por ello y en segundo lugar, es imprescindible la implicación de los medios de comunicación, debe exigírseles una mayor intervención activa en defensa de los derechos del menor.

En este sentido, la **Sala de lo Civil, Sección 1, de 19 noviembre de 2005** señala que: *"En el caso de los menores, el artículo 3 de la LO 1/1982 establece que, si tuviesen madurez suficiente conforme a la legislación civil, podrán prestar su consentimiento ellos mismos, siendo atribuido dicho poder de disposición, en el resto de casos, a sus representantes legales asistidos por el Ministerio Fiscal".* Añade que *"tratándose de menores y siendo titulares de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución en el artículo 18, con plena capacidad jurídica, ha de partirse de la base de que siempre que no medie el consentimiento de los padres o representantes legales de los menores con la anuencia del Ministerio Fiscal, la difusión de cualquier imagen de estos ha de ser reputada contraria al ordenamiento jurídico"*.

Lo que se pretende con ello, es conferir al menor y no a sus padres, la facultad de decidir sobre asuntos ligados a su persona, como pueden ser, la aparición en un programa televisivo o en

el derecho del siglo XIX; coordinado por Julio Días-Maroto y Villarrejo, Alma María Rodríguez Guitán) ISSN 1575-8427, nº15,2011: "Lo primero que hade tenerse en cuenta es que el citado precepto se está refiriendo al consentimiento como causa de exclusión de la antijuridicidad y no está pensando en la figura del contrato, si bien es una realidad que, pese a la configuración de estos derechos como extrapatrimoniales, irrenunciables e inalienables, actualmente son susceptibles de comercialización".

²⁹ Art.3.1LO 1/1982, de Protección al honor, intimidad personal y propia imagen.

una revista, la publicación de una fotografía en internet, etc.

El consentimiento ha de ser prestado por el menor con la madurez suficiente de forma clara e inequívoca. Por lo tanto, los problemas para determinar la validez del consentimiento comienzan cuando, debemos determinar en primer lugar, la autonomía del menor. Cuando ésta esté en duda, y el acto que el menor pretende consentir sea contrario a su interés, será el Ministerio Fiscal quien, como solución, establezca las medidas cautelares y de protección necesarias en su beneficio. Ello, también cuando ese consentimiento pudiese ser prestado por sus padres (art.4.3 LOPJM).

La intervención del Ministerio Fiscal se presenta también como una garantía a la posibilidad de que pueda existir un conflicto de intereses entre el menor y los progenitores. En definitiva, se observa un control por parte del Ministerio Fiscal, el cual actuará de oficio, tanto para el caso de que proceda el menor a dar el consentimiento como, cuando el consentimiento ha de ser dado por los padres, y ello con el fin de evitar un perjuicio al menor. Esta actuación del Ministerio Fiscal debe obedecer unas pautas y directrices, las cuales han sido detalladas por la **Instrucción 2/2006**.

En dicha Instrucción se establece el papel primordial del Ministerio Fiscal, pues si bien toda persona tiene derecho a la protección de los derechos de la intimidad, honor y la propia imagen, ésta se atenúa cuando de un menor de edad se trata, y ello, por la nota de desvalimiento que les define y por tratarse de seres en proceso de formación, más vulnerables por tanto ante los ataques a sus derechos.

Esta idea ya ha sido recogida en numerosa jurisprudencia, tal y como recoge la propia Instrucción: **La SAP Madrid, sec. 25ª, nº 90/2004, de 17 de febrero**, califica de “*especial protección*” la que tienen garantizada los menores en relación a su intimidad. **La SAP Madrid, sec. 20ª, nº 227/2005, de 19 de abril**, certeramente 14 declara que “*la libertad de información que asiste a la demandada no justifica la lesión de los derechos de la menor..., que, precisamente por su condición de menor, debe ser especialmente protegida y no tiene la obligación de sacrificarse*”. **La SAP Madrid, sec. 13ª, de 30 de abril de 2003, rec. 621/2002** considera que la LO 1/1996 “*extrema y amplía*” la tutela a los derechos de los menores respecto de la LO 1/1982. En este mismo sentido pueden citarse entre otras las **SSAP Asturias, sec. 7ª, nº 96/2003, de 13 de febrero**, **Madrid, sec. 13ª, nº 83/2003, de 14 de noviembre**, **Álava, sec. 1ª, nº 293/2004, de 25 de noviembre** y **AAP Cádiz, secc. 6ª 18/2001, de 10 de abril**.

3.-CONSENTIMIENTO COMO VÍNCULO CONTRACTUAL.

Por otro lado, debemos distinguir los supuestos en los que el menor está llevando a cabo un acto relativo a un derecho de la personalidad sin más, de aquellos supuestos, en lo que el mismo

otorga su consentimiento quedando vinculado contractualmente a realizar una prestación personal.

En el primer caso, en el que no hay vínculo contractual, ha quedado bien reflejado a lo largo de la exposición, que no cabe la representación (art.162CC y 7.1a CDFa). Sin embargo, el problema aparece cuando el menor se obliga a realizar una prestación personal (art.162.3*in fine* CC y 21CDFa) donde se establece que “*para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158*”.

Por lo tanto, en este punto, el consentimiento sobre los derechos de la personalidad (imagen, intimidad y honor) confluye con el consentimiento contractual. De esta manera, creo al igual que una parte de la doctrina (LAMA AYMÁ, SÁNCHEZ CALERO ARRIBAS, etc.) que es necesario en todo caso, el consentimiento del menor con capacidad suficiente, pues de lo contrario, un contrato celebrado por sus representantes legales sin el previo asentimiento del menor, ha de considerarse nulo. Si bien, es cierto que, cuando ese consentimiento va dirigido a la celebración de un contrato, además del consentimiento del menor (con suficiente juicio), deberán intervenir en la celebración del mismo, los padres o tutor. Y esto es así, pues no debemos olvidarnos de la función encomendada a los representantes legales que es la de defender los intereses del menor, personales y sobre todo, patrimoniales. De esta forma, los representantes legales actúan aquí no sustituyendo la voluntad del menor sino completándola.

En este contexto, parece oportuno traer a colación la sentencia, ya anteriormente comentada, del **TS de 5 de febrero de 2013**, donde puede apreciarse que el derecho a la imagen tiene aquí, un ámbito patrimonial. Ese carácter patrimonial viene determinado por el contrato del menor con el Club deportivo en el que se estipulaba la cesión futura de la imagen del menor en el caso de que llegue a ser un jugador profesional. El TS, como ya hemos apuntado en su momento, declaró la nulidad basándose en que se trataba de un ámbito de la personalidad del menor. Ahora bien, y en atención a lo ahora expuesto respecto al consentimiento contractual y en virtud del art.162.3*in fine*, parece oportuna la solución que SANTOS MORÓN ofrece. Según la cual, podría haberse basado para declarar la nulidad, en la falta del previo consentimiento del menor, y ello, por tratarse de un contrato que llevaba implícito una prestación personal. Es decir, el acto podría haber sido tratado de la misma manera que el realizado por un representante sin poder. A esta solución llegamos por aplicación del art.1259.2CC.

4-. SUPUESTOS CONFLICTIVOS.

En este epígrafe de lo que se trata es de abordar supuestos en los que es más difícil determinar si hay una verdadera lesión en los derechos por ahora discutidos del menor de edad. Para ello, tomaremos en consideración algunas conclusiones de la Instrucción 2/2006, que nos servirán de guía para establecer una solución al respecto.

En primer lugar, dicha Instrucción establece que no supone una infracción en los derechos del menor cuando se capten y reproduzcan imágenes del mismo que se relacionen con información del mundo infantil, y siempre que la imagen aparezca como accesoria de la información principal.

En segundo lugar, 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, reza la **SAP Valencia, sec. 7ª nº 86/2002, de 13 de febrero**: *“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 (...)”*.

Ahora bien, aquí debemos apreciar un matiz. Y es que, esta conducta no debe prestar aspectos negativos que puedan vincular así al menor a estas conductas y provocarle un perjuicio. De esta forma, y si la imagen causal o accesoria del menor se vinculase a esas actuaciones negativas, se deben utilizar técnicas de distorsión de la imagen (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).

Y, por último, en el caso de 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).

Siguiendo esta línea, en la **STSa la 1ª, de 22 de octubre de 2008**, se resuelve un recurso de casación interpuesto por una cadena televisiva y los periodistas de los servicios informativos, quienes difundieron la información relativa al asesinato de un abogado madrileño por un ciudadano moldavo haciendo referencia a hechos ocurridos a las hijas menores de edad del abogado. La información que se suministró en relación con las menores (nombre, apellidos y profesión del padre,

como el nombre de la madre, calle y número del domicilio con imágenes del mismo, además de imágenes de la abuela y del padre) se consideró por la sentencia recurrida atentatoria de la intimidad de las menores de edad, pues no sólo permitían su identificación sino además relevaban datos que pertenecen a su esfera más íntima, como son los relativos a haber sufrido delitos contra su integridad física y libertad sexual.

Finalmente, y en base a los pronunciamientos del Ministerio Fiscal, que encuentran apoyo en la doctrina constitucional y del TS, así como en la normativa internacional, se desestimó el recurso planteado y se confirmó la sentencia recurrida afirmando que en los supuestos en los que están implicados menores de edad, se debe otorgar un ámbito de superprotección que obligue a ser sumamente cautelosos en cuanto a la información que de los mismos se suministra, aunque ésta tenga interés público.

Sin embargo, y en la otra línea, la **SAP de Vizcaya de 17 de junio de 1998**, entendió que en el caso de la aparición de menores de edad que sufrieron un accidente de circulación no vulneró su derecho a la imagen y a la intimidad, ya que en este caso no se mostraba el rostro de los menores. Simplemente se daba una visión general de la situación sin poder, en ningún momento, identificar a los menores.

En estas dos sentencias, se afirma lo expuesto por la Instrucción, en cuanto a que cualquier uso de la imagen de un menor no tiene por qué suponer una vulneración al mismo, pues para que exista la imagen del menor ha de ser reconocible, pudiendo identificarlo.

Cabe plantearnos también, cual es el tratamiento en los casos en los que el menor se convierte en un personaje público y, recae sobre el mismo una presión mediática que puede influir en el desarrollo de su personalidad. En supuestos como este, puede entrar en conflicto dos derechos fundamentales, como es el de expresión y el derecho a la imagen e intimidad del menor de edad. Precisamente, es el art.8 de la LO 1/1996 el que establece que el derecho de expresión (en este caso, ejercido por los medios de comunicación) encuentra su límite en esos derechos del menor. Y se añade además, en el art.4, que en relación al menor que tiene una proyección pública por su profesión o actividad artística, se podrán publicar imágenes del mismo desarrollando dicha actividad, pero no imágenes que capten aspectos de la vida privada.

Además, otro criterio que nos va a determinar la licitud o ilicitud de la publicación de una imagen de un menor va a ser la existencia de un “interés público”. En este aspecto, debemos examinar las circunstancias del caso concreto. Así, cuando la finalidad sea dar publicidad, tenga un fin comercial, no habrá ningún interés público que valga, si con ello se está vulnerando algún derecho del menor.

Pongamos los siguientes ejemplos para entenderlo. Por un lado, fotografías de menores

pertenecientes a una asociación contra el cáncer, o algún otro tipo de enfermedad. El fin de esa fotografía es dar a conocer la asociación para así, recabar la ayuda de la gente. No podemos por ello, observar un fin comercial, sino todo lo contrario, ese acto busca el beneficio del menor de edad, por lo tanto, dicha imagen está justificada. Pero, sin embargo, si aparece en la televisión las imágenes de menores las cuales han sido detectadas de una red de pornografía infantil, obviamente atenta contra el interés del menor pudiéndoles causar un desequilibrio emocional al ser reconocido socialmente. Es obvio, que es una noticia de especial interés, pero que en ningún caso es necesario mostrar los rostros de los menores, pues ello no da ninguna información adicional. O, así como ejemplo en relación con el interés informativo, la **STS de 7 de julio de 2004** que confirmó la condena a una cadena televisiva por incluir en un programa imágenes de una menor ingresada en un centro hospitalario por maltrato, cuyo interés se consideró primordial, aunque en la información no existiera ánimo de lucro y fuera socialmente relevante.

Igualmente, se enmarcan en el art.8 LOPJM los supuestos en los que aparecen reiteradamente menores junto a sus padres en la prensa del corazón. Como argumenta LAMA AYMA, los representantes legales están explotando la imagen del menor para lucrarse de un beneficio económico. Ello justificaría una vez más la intervención del Ministerio Fiscal.

Hoy en día, vivimos en una sociedad donde la tecnología es una pieza fundamental. Los menores de edad cada vez están más actualizados respecto a las nuevas tecnologías, por lo que no podemos acabar este punto sin referirnos a las consecuencias que puede acarrear un mal uso de Internet por parte de un menor de edad. En este contexto, el registro por parte de los menores en páginas web supone en ocasiones un verdadero riesgo.

Pensemos, por ejemplo, en una red social muy conocida en la actualidad, Facebook. Cuando intentas crear un perfil en Facebook esta te obliga a aceptar su política, entre la cual hay una cláusula que establece que estas otorgándole la posibilidad de utilizar todas tus fotos mientras no sean borradas. Entonces, ante estas situaciones qué ocurre con el menor de edad. Es decir, necesita el consentimiento de sus representantes para realizar este tipo de prácticas, pues podría estar, el propio menor poniendo en juego su derecho a la intimidad. La respuesta es que no es exigible. Es cierto que ciertas redes sociales requieren tener más de 18 años, ahora bien, es una práctica común en los menores mentir sobre la edad³⁰.

Por ello, se nos plantea la cuestión de si los menores de edad tienen la capacidad suficiente para consistir por sí mismos el tratamiento y cesión de datos personales (desde dar su nombre y apellidos, colgar una fotografía, revelar su identidad sexual, su ideología, etc.). La Agencia

³⁰Por ejemplo, Tuenti implantó un protocolo de borrado de menores de 14 años, por el que desactivaban durante 15 días aquellos menores que pudieran detectar que mintieron sobre su edad, posteriormente la cuenta era eliminada.

Española de Protección de Datos consideró en el **Informe 466/2004** que los menores mayores de 14 años y de acuerdo con lo establecido en el Código Civil, contaban con la madurez suficiente para prestar su consentimiento al tratamiento de datos de carácter personal en Internet. Y respecto a los menores de esa edad, dependerá de si tienen la suficiente madurez. Pero éste es un aspecto que en ocasiones plantea un conflicto entre esa autonomía del menor con la función de guarda y protección de los padres. Nos preguntamos en numerosas ocasiones si es posible el acceso de los padres a datos personales de sus hijos. Por ejemplo, si están legitimados para controlar los perfiles de sus hijos en Internet (Facebook, Tuenti, controlar su móvil). Podemos afirmar que no, pues se trata, una vez más de un ámbito personal del menor.

VI. CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE MENOR DE EDAD.STC 154/2002, de 18 de julio.

En este apartado analizaremos al menor de edad como paciente en el ámbito sanitario. El paciente es la persona destinataria de la información previa para otorgar el consentimiento (por ejemplo, para una transfusión de sangre, una donación de órganos, una operación, un determinado tratamiento, etc.). Entonces, ante situaciones como las descritas donde lo primordial es la salud del menor, ¿debemos entender que es el propio menor de edad quien debe dar ese consentimiento, o deben ser sus representantes legales?

Éste es otro de los supuestos de los que debemos considerar dentro del ámbito personal del menor y que por lo tanto se excluye de representación. Por ello, podemos concluir que corresponde al menor otorgar el consentimiento. Ahora bien, desde mi punto de vista, creo que es posiblemente uno de los aspectos, dentro de la esfera de la personalidad, que mayor relevancia tiene y ello, dado a que en esta ocasión lo que está en juego es la salud del paciente, del menor. Por ello, la respuesta a la pregunta a quién corresponde dar el consentimiento, no puede ser tan fácil. De ahí, que debamos, en primer lugar, analizar las leyes que en el ámbito sanitario rigen.

En primer lugar, el Convenio de Oviedo³¹, en el art.6 establece que la opinión del menor ha de ser tomada en consideración. Ahora bien, esta opinión será más o menos tomada en consideración atendiendo a su edad, y, sobre todo, al grado de madurez.

³¹ Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997: art.6.2:“*Cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley. La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez*”.

En segundo lugar, debemos atender a lo establecido por la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, concretamente su art.9.3. Según esto, podemos distinguir dos situaciones del menor de edad³².

Por un lado, los menores mayores de 16 años o emancipados, no incapaces ni incapacitados, en cuyo caso será el propio menor quien deba prestar el consentimiento. Por tanto, el consentimiento en ningún caso será dado por los representantes legales.

De otro lado, los menores de edad que sean incapaces de reconocer el alcance de la intervención, en cuyo caso, el consentimiento lo dará el representante legal. Pero, necesariamente se ha de haber escuchado previamente la opinión del menor si éste tiene 12 años o más³³. En este caso en que el consentimiento ha de ser otorgado por los representantes legales, debe darse atendiendo a dos criterios: en primer lugar, en virtud del deber de velar por el menor, y en segundo lugar, a favor siempre, del interés del niño.

Todo ello, a excepción de que no se trate de una actuación que pueda entrañar “grave riesgo” para la salud del menor, pues en ese caso, los padres serán informados, pero se atenderá primordialmente al criterio facultativo.

Por ello, cabe preguntarse qué sucede en el caso del menor cuyas edades no han sido recogidas en lo descrito anteriormente, es decir, cuando oscila entre los 12 y los 16 años. En este caso, y al tratarse de una toma de decisión personal, la normativa le reconoce autonomía siempre que tenga la capacidad suficiente. Capacidad ésta, que corresponderá determinar al facultativo. De esta forma, parece que se está dando solución a problemas algo comunes, donde entran en conflicto la salud del paciente con otros derechos fundamentales como la libertad religiosa, u otras creencias.

Recordemos en este sentido, una Sentencia muy polémica, la **STC 154/2002, de 18 de julio**. En la misma el TC admitió el recurso de amparo de unos padres a los cuales se les acusó de homicidio imprudente por no ser garantes de sus deberes como padres y no actuar en beneficio del interés del menor. El hijo menor, de 13 años sufrió fuertes hemorragias a causa de una caída en bicicleta tras las cuales necesitaba transfusiones de sangre. El personal sanitario no pudo proceder al tratamiento dado que el menor se negaba en todo momento a ello con motivo de sus creencias (era Testigo de Jehová). En este caso, el TC no entró a valorar la autonomía del menor pues no constaba que no tuviese la suficiente madurez.

Ahora bien, y atendiendo a lo expuesto anteriormente ¿podríamos decir que ese menor no

³²GERMÁN URDIONAL, M^ºJ., *Tratamientos involuntarios y enfermedad mental*, Aranzadi, Pamplona, 2012.

³³Si bien es cierto, que se presupone que un niño menor de 12 años no tiene la madurez suficiente, tiene reconocido el ejercicio de su derecho a dar su opinión y ser escuchado, y, por lo tanto, ser informado sobre su situación médica.

era lo suficiente maduro? Entiendo que no, que tenía la capacidad natural suficiente como para entender las graves consecuencias que derivarían de su decisión. Además, al tener más de 12 años, su opinión debía ser especialmente escuchada. De esta forma, los médicos no podían proceder al tratamiento en contra de la voluntad del menor, pues se estaría violando su autonomía. La única opción posible y dado que es un supuesto de especial gravedad, sería recabar el auxilio judicial.

De la misma forma, creo que los padres no tenían la obligación de hacer entender al menor que debía someterse a la transfusión. En primer lugar, pues estaríamos atentando así contra el derecho a la libertad religiosa. Y, en segundo lugar, pensemos en el caso de que el menor hubiera consentido y el facultativo procediera al tratamiento en contra de la voluntad de los padres, ¿podría hacerlo? Entendemos que sí, puesto que es el menor el que ha de prestar el consentimiento ya que tiene la madurez suficiente. Los padres en caso de desacuerdo, deberán acudir al juez, ahora bien, éste dará una solución al conflicto atendiendo al interés superior del menor. Por lo que suponemos, que el Juez en ese caso habría optado en todo momento, por la salud del menor, dejando en un segundo plano la libertad religiosa de los padres.

Con todo ello, podemos concluir que la capacidad para otorgar el consentimiento informado no depende tanto de la edad como del suficiente grado de madurez, es decir, de la capacidad natural de entender y querer. El consentimiento que ha de ser prestado de forma libre y consciente, debe provenir de una información previa y suficiente que haga entender al menor todas las circunstancias que rodean al acto concreto, así como los efectos y consecuencias que se desprendan de la actuación concreta.

Por lo tanto, la norma sanitaria en lo que al consentimiento respecta, pone de manifiesto un criterio que recoge los aspectos de edad, madurez e importancia del acto³⁴.

VII.SOLUCIONES EN EL CÓDIGO DE DERECHO FORAL ARAGONÉS.

No debemos acabar la exposición, sin antes hacer hincapié en lo que a nuestro derecho foral se refiere, a pesar de las breves pinceladas que hemos ido aportando.

Merece especial importancia, pues a diferencia del CC, nos ofrece soluciones, que podemos decir, son algo más precisas. Ya que, por un lado, y, en primer lugar, diferencia, para dar respuesta a los supuestos anteriores, entre el menor de 14 años y el menor mayor de 14 años³⁵. De esta forma,

³⁴ CLARA BLASCO IGUAL, M., “El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria”, *Revista Bioética y Derecho*, 2015, ISSN1886-5887.

³⁵En este sentido, véase BAYOD LÓPEZ, C. “Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón”, 1ªEdición, Zaragoza, 2016, Gobierno de Aragón, Departamento de Presidencia y Justicia, ISBN_ 978-84-606-9305-5, pgs125-131.

se establecen una serie de reglas respecto a la intromisión de terceros en los derechos de la personalidad en los art.20 (para el menor de 14 años) y 24 (para el menor mayor de 14 años).

Así, respecto al primero, **el menor de 14 años**, el legislador aragonés exige, que para que la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión en los derechos de la personalidad, y siempre de acuerdo a las leyes (estatales, y en la mayoría de los casos Leyes Orgánicas), las siguientes reglas:

a) Si el menor tiene suficiente juicio, su consentimiento y autorización conjunta de los titulares de la autoridad familiar (en caso de desacuerdo, autorización del Juez).

b) Contra la voluntad del menor, solo es posible dicha intromisión mediante autorización judicial que velará por el interés del mismo (solución aplicable al caso anterior del menor testigo de Jehová que se niega a someterse al tratamiento médico).

c) En caso de no tener suficiente juicio, únicamente será posible la intromisión en interés del mismo, apreciado por los titulares de la autoridad familiar o tutor, y subsidiariamente por el Juez. Y en caso, de internar al menor en un establecimiento de salud mental, formación especial, etc., en contra de su voluntad, se precisa autorización judicial.

Apoyamos la argumentación expuesta por BAYOD LÓPEZ, para los casos en los que exista conflicto de intereses entre los titulares de la autoridad familiar y los hijos menores de edad. Así, no procede aplicar el art.13 CDFA (reglas específicas para supuesto de conflictos de intereses) y ello, puesto que el mismo art.20 prevé específicamente la intervención del Juez quien valorará los intereses de cada una de las partes y dará una solución en beneficio exclusivo del menor, aun cuando lo dispuesto por los progenitores sea otra cosa.

Respecto **el menor mayor de 14 años**, el art.24 establece que la intromisión de terceros en sus derechos de la personalidad depende en exclusiva de su voluntad. Por lo tanto, entiende el legislador que una vez alcanzada dicha edad, el menor goza de una madurez suficiente que le dota de mayor autonomía. Ahora bien, establece una serie de excepciones:

a) Si la decisión del menor entraña grave riesgo para la vida, necesitará asistencia de uno de los titulares de la autoridad familiar o tutor (art.23CDFA). (Ejemplo, una menor que quiera someterse a una operación estética y que suponga un riesgo para su salud).

b) Y contra su voluntad, la intromisión solo podrá darse mediando autorización judicial y en beneficio suyo.

Ahora bien, no debemos olvidarnos que hay leyes que van a exigirnos, con independencia de lo anterior, tener una determinada edad para la realización de determinadas prácticas (18 años para ser donante vivo de órganos, determinadas técnicas de reproducción asistida, 16 años para trabajar o interrumpir el embarazo voluntariamente, etc).

VIII. CONCLUSIONES.

Los menores de edad con madurez suficiente pueden ejercer por sí solos sus derechos de la personalidad. Esta madurez está incardinada en la capacidad natural de entender y querer, por ello, para determinarla habrán de tenerse en cuenta las posibles consecuencias que puedan derivarse del acto del que se trate. Así, cuanto mayores sean esas consecuencias, mayor madurez debemos exigirle a ese menor.

Para los casos en que los menores carezcan de dicha madurez habrán de intervenir los responsables parentales, quienes siempre velarán por el interés del menor o “favor minoris”.

Concepto éste del “favor minoris” encuadrado como un concepto jurídico indeterminado y que, por lo tanto, habrá de estar a las circunstancias del caso concreto. Es decir, no podemos establecer una lista cerrada de supuestos que salvaguarden ese principio “favor minoris”, sino que caso por caso, debemos determinar ese interés superior de menor dándole la importancia que se merece. En casos donde este principio pudiera verse vulnerado, el art.158CC establece que procederá la intervención del Juez con el fin de apartar al menor de un posible peligro.

Mención especial merece la cuestión de inconstitucionalidad recientemente planteada entorno al art.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, que vulnera todo lo expuesto hasta el momento restringiendo la autonomía del menor e impidiéndole desarrollar su personalidad. Esto es así, pues se excluye al menor de edad de la posibilidad de solicitar la rectificación registral de la mención al sexo, correspondiendo únicamente esta práctica, al mayor de edad transexual.

El Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor son derechos fundamentales y por lo tanto recogen las características de inalienables, irrenunciables, imprescriptibles, y revocables en cualquier momento. Para una intromisión legítima en estos derechos, ha de ser el propio menor con madurez suficiente, quien dé el consentimiento. Pero para los casos en que el mismo no tenga esa madurez, serán los representantes legales quienes lo presten por él poniéndolo siempre en conocimiento del Ministerio Fiscal. Se observa así una especial protección del menor.

Respecto al derecho a la salud en los pacientes menores de edad, la norma sanitaria en lo

que al consentimiento respecta pone de manifiesto un criterio que recoge los aspectos de edad, madurez e importancia del acto. La capacidad para otorgar el consentimiento informado no depende tanto de la edad sino como en los demás supuestos, del suficiente grado de madurez, es decir, de la capacidad natural de entender y querer. El consentimiento que ha de ser prestado de forma libre y consciente, debe provenir de una información previa y suficiente que haga entender al menor todas las circunstancias que rodean al acto concreto, así como los efectos y consecuencias que se desprendan de la actuación concreta.

Con todo ello, hemos podido observar que el papel de la representación toma más o menos relevancia contra mayor sea el acto al que se enfrenta el menor, o de otro modo, cuando del acto se desprendan circunstancias que afecten considerablemente al futuro del menor. Ahora bien, permitiendo en todo momento al menor que desarrolle su personalidad, pues de lo contrario, estaríamos atentando, incluso, contra la dignidad del mismo.

En este contexto, podemos afirmar, que la regulación autonómica de Aragón para los casos que nos ocupan, es mucho más precisa que la ofrecida en el Código Civil. Un argumento para poder afirmar lo anterior, es, por ejemplo, que el CDFA nos da ya una respuesta a la cuestión de cómo determinar la madurez necesaria del menor que le permita entender las consecuencias derivadas del posible acto, y decidir así, sobre determinados aspectos de su personalidad. De esta forma, el legislador aragonés establece que es a partir de los 14 años cuando el menor tiene la madurez suficiente. Solución ésta que no ofrece el Código Civil, dejando a interpretación este concepto y debiendo determinarlo en relación a las circunstancias de cada caso. De tal forma, que es a partir de los 14 años cuando se presume la capacidad del menor pudiendo ejercer por sí mismo, sus derechos de la personalidad y legitimando las injerencias de los terceros sobre esos. Siendo, solamente necesaria la intervención de los titulares de la autoridad familiar, tutor, o Juez en el caso de que sus decisiones contravengan el interés del mismo suponiendo un grave riesgo para su vida.

En definitiva, lo que podemos destacar de los números supuestos que hemos ido exponiendo a lo largo del trabajo es que el problema, tal vez más habitual en lo que a derechos de la personalidad del menor respecta, sea que exista un posible conflicto entre lo que consideramos lo más beneficioso para el menor (interés superior) y la autonomía del mismo (por su capacidad natural suficiente). Entonces, en casos así ¿Qué prevalece más? Entiendo que el interés superior del menor, pues debemos evitarle posibles injerencias en sus derechos (en ocasiones fundamentales) que puedan causarle graves consecuencias las cuales puedan impedir un desarrollo natural y adecuado del propio menor.

IX. BIBLIOGRAFÍA.

BARTOLOMÉCENZANO, J.C., “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su transcendencia en el Derecho positivo español”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, nº3,2012.

BAYOD LÓPEZ, C., *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón*, 1ªEdición, Gobierno de Aragón, Departamento de Presidencia y Justicia, Zaragoza, 2016.

BAYOD LOPEZ, M.C., *Algunas cuestiones prácticas en materia de derecho civil foral aragonés*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2011.

CLARA BLASCO IGUAL, M., “El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria”, *Revista Bioética y Derecho*, nº35, 2015.

DIEZ PICAZO, L y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Instituciones de Derecho Civil*, Volumen I, Tecnos, Madrid,1995.

DIEZ PICAZO, L; *La representación en el derecho privado*, Civitas, Madrid, 1992.

GERMÁN URDIONAL, M^aJ., *Tratamientos involuntarios y enfermedad mental*, Aranzadi, Pamplona, 2012.

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

LOPEZ AZCONA, A., “La peculiar situación jurídica del menor aragonés mayor de catorce años”, en *Actualidad jurídica Iberoamericana*, nº.2, 2015.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., (Coord.) *Curso de Derecho Civil I. Derecho privado. Derecho de la persona*; Colex, 5ªedic., Madrid, 2015.

NAVAS NAVARRO, S., “El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada”, en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, Madrid, 2003.

PARRA LUCÁN, M.A, *La voluntad y el interés de las personas vulnerables. Modelos para la toma de decisión en asuntos personales*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2015.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I, “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término.”, en *Educatio siglo XIX*, vol.30, nº2, 2012.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., ”Capacidad natural e interés del menor maduro como Fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*.Tomo I, Madrid, 2003,

SANTOS MORÓN, M.J., “Menores y derechos de la personalidad: La autonomía del menor” en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, ISSN 1575-8427, nº15, 2011 (Ejemplar dedicado a: El menor ante el derecho en el siglo XXI; coordinado por Julio Díaz-Maroto y Villarejo, Alma María Rodríguez Guitián).

RECOPIACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS:

STEDH de 25 de marzo de 1992

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

STC de 18 de julio de 2002

STC de 17 de 29 de octubre de 2012

TRIBUNAL SUPREMO:

STS de 2 de julio de 1987

STS de 22 de octubre de 2008

STS de 10 de marzo de 2010

STS de 18 de noviembre de 2011

STS de 18 de febrero de 2012

STS de 9 de marzo de 2012

STS de 5 de febrero de 2013

STS de 29 de abril de 2013

STS de 25 de noviembre de 2013

STS de 7 de julio de 2014

STS de 10 de marzo de 2016

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN:

STSJA de 13 de julio de 2011

AUDIENCIAS PROVINCIALES:

SAP Asturias, sec. 7ª, nº 96/2003, de 13 de febrero,

SAP Madrid, sec. 13ª, nº 83/2003, de 14 de noviembre,

SAP Madrid sec. 25ª, nº90/2004 17 de febrero

SAP Álava, sec. 1ª, nº 293/2004, de 25 de noviembre

SAP Madrid sec. 20ª, nº 227/2005, 19 de abril

BASE DE DATOS:

www.elderecho.com

Sheila Aranda Sanmartín.

Curso 2016.