



## Revisión

# Reflexiones sobre el acceso a las historias clínicas por parte de los pacientes menores de edad

Emilio Lizarraga Bonelli<sup>a,\*</sup>, Pedro Javier Cañones Garzón<sup>b</sup>

<sup>a</sup>Abogado, especialista en Derecho Sanitario. <sup>b</sup>Centro de Salud Isla de Oza. Madrid

## Introducción

Se ha tenido acceso al documento denominado "Procedimiento de acceso a la documentación clínica en Atención Primaria y demás derechos Arco (Rectificación, Cancelación y Oposición)", elaborado el 4 de diciembre de 2015 por un interesante y competente grupo de trabajo. Es un documento, sin duda, de gran importancia y utilidad para el personal sanitario de atención primaria en tanto en cuanto comenta, compendia y ofrece un importante abanico de soluciones para cuando los pacientes quieren ejercer su derecho de acceso a sus historiales clínicos y, cuando proceda, a sus derechos de rectificación, oposición y cancelación. Tales derechos, como todo el mundo sabe, vienen especialmente reconocidos en la vigente Ley Orgánica de Protección de datos de Carácter Personal y disposiciones reglamentarias que la han desarrollado.

Partiendo de lo anterior, en este breve ensayo fijamos nuestra atención en el derecho de acceso al historial clínico.

De sobra es sabido que la ley 41/2002, de Autonomía del Paciente, en armonía con lo establecido en la Ley Orgánica de Protección de Datos, reconoce al paciente o usuario su derecho de acceso a este tipo de documentación. Concretamente, el artículo 18 de la mencionada Ley, en su estricta literalidad, viene a señalar:

«1. El paciente tiene el derecho de acceso, con las reservas señaladas en el apartado 3 de este artículo, a la documentación de la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella. Los centros sanitarios regularán el procedimiento que garantice la observancia de estos derechos.

2. El derecho de acceso del paciente a la historia clínica puede ejercerse también por representación debidamente acreditada.

3. El derecho al acceso del paciente a la documentación de la historia clínica no puede ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente, ni en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en su elaboración, los cuales pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas.

4. Los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual sólo facilitarán el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. En cualquier caso, el acceso de un tercero a la historia clínica motivado por un riesgo para su salud se limitará a los datos pertinentes. No se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudique a terceros».

Reconocido el derecho de acceso, a los efectos de procedimiento y consiguientemente acceso (que, entendemos, son de aplicación al resto de derechos), la Consejería de Sanidad ha distinguido dos condiciones de pacientes o usuarios: los de mayor edad y los que no la tienen.

Pues bien esa regulación, de entrada, se nos antoja superflua y generadora de incertidumbre:

- Superflua por cuanto cuando la Ley de Autonomía del paciente regula con tal rango la posibilidad de acceso por representación, supuesto amplio que contempla no solo los casos de representación voluntaria, sino aquellos otros en los que la representación es exigida por la ley por tratarse de personas con limitaciones en cuanto a su capacidad, o que por razón de su minoría de edad están sometidas a la

\* Autor para correspondencia.

Correo electrónico: [emiliolizarragabonelli@gmail.com](mailto:emiliolizarragabonelli@gmail.com) (E. Lizarraga Bonelli).  
<http://dx.doi.org/10.24038/mgyf.2017.062>

institución de la patria potestad que ostentan sus progenitores, en tanto en cuanto responsables de su guarda y cuidado.

- Generadora de incertidumbre por cuanto, como se verá al final de estas reflexiones, no queda claro si el acceso por el menor puede entorpecer o no el ejercicio de la patria potestad por parte de sus padres.

## **Análisis del procedimiento contemplado en el documento**

### **Acceso en caso de menores de edad**

Respecto a los mayores de edad, el procedimiento instaurado es claro, mientras que para los solicitantes menores de 18 años se viene a significar:

*«Condición del derecho de acceso como personalísimo. Los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición son personalísimos y serán ejercidos por el afectado. Cuando el afectado se encuentre en situación de minoría de edad que le imposibilite el ejercicio personal de estos derechos, podrá ejercitarse por su representante legal, en cuyo caso será necesario que acredite tal condición».*

*«Acceso por parte de quienes ostenten la patria potestad en armonía con lo establecido en el artículo 18 de la ley de Autonomía del Paciente. La patria potestad comprende toda una regulación sistemática de derechos y correlativos deberes, tanto para quienes la ostentan (progenitores) como para los que están sujetos a su ejercicio (hijos no emancipados). El Código Civil, en su artículo 154 dispone que “los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores”. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo a su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende, entre otros deberes y facultades, la de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, procurarles una formación integral, obligaciones que permanecen durante toda la minoría de edad del afectado».*

Este criterio, que no es más que un simple desarrollo e interpretación de lo que dispone nuestra legislación civil, se dice que es tomado en consideración por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) al señalar en sus informes que el Código Civil habilita la cesión de la información sanitaria a quienes ostentan la patria potestad, ya que disponer de información sanitaria de los hijos menores de edad es *«fundamental para poder velar adecuadamente por la salud de los mismos»*. Y en este sentido se alude a un dictamen de la AEPD, en el que se resuelve que *«estando obligados los titulares de la patria potestad en los términos que se han descrito no sería oponible a este acceso la mera voluntad del menor sometido a patria potestad»* (informe jurídico nº ref.349768/2015). Por tanto, no puede negarse a los padres que ostentan la patria potestad el acceso a los datos sanitarios de sus hijos menores de 18 años.

Y a tales efectos, y con objeto de que tanto las Unidades de Atención al Usuario de los centros de salud como la Unidad de Atención al Paciente (UAP) de la Dirección Asistencial correspondiente requieran a los interesados únicamente los datos que resulten pertinentes y estrictamente necesarios para acreditar que los progenitores ostentan la patria potestad, se dice que se ha analizado la normativa relacionada con este concreto aspecto, determinando que el Libro de Familia o la Certificación del Registro Civil constituyen documentos

idóneos y suficientes de acreditación de la representación de los padres, sin perjuicio de que esta pueda documentarse por cualquier otro medio admitido en derecho, como pudiera ser la sentencia de separación de los padres, donde conste la decisión judicial sobre la Patria Potestad.

### **Acceso en caso de emancipación**

Se dice que es un estado civil que faculta al menor emancipado para regir su persona y sus bienes como si fuera mayor de edad, con algunas excepciones previstas en la ley en el ámbito patrimonial. Tiene carácter permanente e irrevocable. Los supuestos de emancipación en nuestro ordenamiento son: por matrimonio del menor, por concesión judicial (recogida en un Auto judicial), y por concesión de quienes ejerzan la Patria Potestad (escritura pública).

Para que produzca efectos frente a terceros, debe ser inscrita en el Registro Civil, por lo que, a efectos de acreditarse frente a los servicios sanitarios, el emancipado deberá aportar copia de dicha inscripción o libro de familia (en caso de emancipación por matrimonio).

Y para todos los casos, y a efectos de gestión de la solicitud, se aplicará el procedimiento correspondiente a mayores de 18 años. El derecho de acceso comprenderá la posibilidad de obtener copia de la documentación, en cualquier formato, contenida en la historia clínica, así como la información sobre si los datos sanitarios están siendo objeto de tratamiento, la finalidad del tratamiento, la información disponible sobre el origen de dichos datos y las comunicaciones realizadas o previstas de los mismos; si bien, no comprenderá la información de los profesionales concretos que han accedido a los datos personales.

## **¿Dónde está el problema? Criterios de la Agencia de Protección de Datos en dos informes y “presunción de madurez” atribuida a una norma de rango reglamentario**

El problema estriba en que al comentar el acceso por menores de edad se introduce un “criterio de la Agencia Española de Protección de Datos” que, a nuestro juicio, se torna cuando menos perturbador. Así se indica que, *«como regla general, los pacientes a partir de los catorce años podrán ejercitar por sí solos el derecho de acceso a los datos de su historia clínica, sin perjuicio de que también los padres que ostentan la patria potestad podrán acceder a estos datos en el ejercicio de los deberes inherentes de la patria potestad»*.

El criterio referenciado responde a lo que se deduce de una serie de informes jurídicos de la Agencia que podemos extraer en las siguientes consideraciones:

### **Informe 409/2004**

La consulta planteaba si sería posible que el titular de la patria potestad de un menor pudiera, en todo caso, recabar datos de su hijo contenidos en la historia clínica mantenida por un centro sanitario considerando, de acuerdo a la norma civil, “representación debidamente acreditada”.

Se dijo que el acceso a los datos de la historia clínica constituye una modalidad de ejercicio del derecho de

acceso, siendo, como consagra la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, «parte del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos y, en consecuencia, parte esencial de un derecho de la personalidad del afectado cuyos datos son contenidos, en este caso, en la historia clínica».

Se señaló que el artículo 162.1º del Código Civil exceptúa de la representación legal del titular de la patria potestad «los actos referidos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo».

Y a tal efecto la Agencia entendió que debían diferenciarse «dos supuestos básicos»: el primero referido a los mayores de 14 años, a los que la Ley atribuye capacidad para la realización «de determinados negocios jurídicos»; el segundo, a los menores de dicha edad.

Respecto de los mayores de catorce años, y teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 162.1º del Código Civil, se planteó si había de considerarse que el menor tiene condiciones suficientes de madurez para ejercer el derecho de acceso. Se concluyó que «la respuesta debía ser afirmativa cuando el ordenamiento jurídico viene, en diversos casos, a reconocer a los mayores de catorce años la suficiente capacidad de discernimiento y madurez para adoptar por sí solos determinados actos de la vida civil». De la misma forma, se señaló que la Dirección General de Registros y del Notariado, en una Resolución de 3 de marzo de 1989, ya había señalado: «no existe una norma que, de modo expreso, declare su incapacidad (la del mayor de 14 años) para actuar válidamente en el orden civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse como excepcionales todas las hipótesis en que se autorizase a aquel para obrar por sí; y no cabe derivar esa incapacidad ni del artículo 322 del Código Civil, en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil, ni tampoco de la representación legal que corresponde a los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados».

Por tanto, se dijo que la minoría de edad no suponía una causa de incapacitación (de las reguladas en el artículo 200 del Código Civil), y en consecuencia «debería ser analizada en cada caso concreto a los efectos de calificar la suficiencia en la prestación del consentimiento en atención a la trascendencia del acto de disposición y a la madurez del disponente».

Y se concluyó: «cabe considerar que los mayores de catorce años disponen de las condiciones de madurez precisas para ejercitar, por sí mismos, el derecho de acceso a sus datos de carácter personal, sin que pueda admitirse la existencia de una representación legal del titular de la patria potestad, dado que precisamente estos actos se encuentran excluidos de la mencionada representación por el tan citado artículo 162.1º del Código Civil». «De este modo, si el padre o madre de un mayor de catorce años acude a un centro sanitario solicitando un informe de analítica o cualquier dato incorporado a la historia clínica de su hijo, sin constar autorización alguna de éste, no sería aplicable lo establecido en el artículo 18.2 de la Ley 41/2002, por lo que no debería procederse a la entrega de la información en tanto no conste la autorización fehaciente del hijo».

Respecto de los restantes menores de edad, se declaró que «no podía ofrecerse una solución claramente favorable a la posibilidad de que por los mismos pueda prestarse el consentimiento al tratamiento, por lo que la referencia debería buscarse en el artículo 162 1º del Código Civil, tomando en cuenta, fundamentalmente, sus condiciones de madurez».

### Informe de 15 de abril de 2008

Se resuelve la posibilidad de entrega de los informes médicos a los padres o tutores. Partiendo del hecho de que el acceso será sobre datos especialmente sensibles a los efectos de protección, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 154 del Código Civil, se llegó a la conclusión de que «disponer de la información sanitaria de los hijos es fundamental para poder velar adecuadamente por la salud de los mismos; por ello, entendemos que el Código Civil habilita la cesión de la información sanitaria a quienes ostenten la patria potestad».

Se entendió, por exigencia legal, que las obligaciones establecidas en el Código Civil, «en tanto el menor no sea emancipado, permanecen durante toda la minoría de edad del afectado». De este modo (y a nuestro juicio en clara contradicción con el informe anterior), estando obligados los titulares de la patria potestad en los términos descritos, «no sería oponible a este acceso la mera voluntad del menor sometido a patria potestad, con la única excepción de que una norma con rango de Ley hiciese expresamente primar la voluntad del menor sobre la de los titulares que pretenden el acceso».

También dictaminó sobre el ejercicio del derecho por el propio menor, atendiendo al artículo 9.3 c) de la Ley 41/2002, entendiendo que la norma prevé que el menor «tendrá conocimiento del acto médico respecto del que sus padres prestan el consentimiento para su realización».

Ahora bien, salvando la contradicción apuntada, lo realmente interesante del dictamen estriba en el hecho de reconocer que el Reglamento de desarrollo de la ley Orgánica de Protección de datos estableció «una presunción legal de que el menor cuenta con condiciones suficientes de madurez para el ejercicio de sus derechos relacionados con la protección de datos a partir de los catorce años».

Así que sería posible diferenciar entre el derecho a prestar el consentimiento y los vinculados al acceso a la historia clínica, de manera que «si bien será precisa la prestación del consentimiento por los padres o tutores en el primer caso, sí cabría considerar que el menor de edad podría ejercer el derecho de acceso a partir de los catorce años, si bien este ejercicio no puede entenderse como limitación al derecho de los titulares de la patria potestad del menor no emancipado a acceder a su historia clínica en los términos que acaban de indicarse en el presente informe».

Por lo demás, las consideraciones efectuadas estaban en armonía con la necesaria «ponderación del grado de madurez del menor de edad», teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 6.2 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, 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, realizado en Oviedo el 4 de abril de 1997, y vigente en España desde el primero de enero de 2000.

---

### Lo contemplado sobre el particular en dos normas autonómicas

Antes de reflexionar sobre el problema, hemos detectado que dos comunidades autónomas han regulado este supuesto de acceso, con norma de rango reglamentario. Así:

#### Comunidad de Castilla y León

El Decreto 101/2005 prevé que los menores que no hayan cumplido dieciséis años, «con madurez suficiente a criterio del médico

responsable de la asistencia, podrán dejar constancia en la historia clínica de la prohibición del acceso de su representante legal a los datos que constan en ella. En este caso, el representante legal sólo podrá acceder a la información relativa a los procesos asistenciales en los que tenga que completar o sustituir su capacidad».

### País Vasco

Decreto Vasco nº 38/2012, de 13 de marzo, sobre historia clínica y derechos y obligaciones de pacientes y profesionales de la salud en materia de documentación clínica. Señala en su artículo 12.4: «En caso de pacientes menores de 16 años de edad, sin emancipación, el ejercicio del derecho de acceso a su historia clínica requerirá contar en todo caso con la autorización expresa de sus progenitores o de sus representantes legales. En caso de duda entre los intereses del o de la menor y los motivos de la persona solicitante, se actuará priorizando los intereses del o de la menor».

## Las “capacidades” del artículo 9.3 de la Ley de Autonomía del paciente

Como quiera que los informes de la Agencia de Protección de Datos (al ser dato sanitario), al igual que la normas autonómicas anteriormente mencionadas, se han apoyado, o han tenido en cuenta, el artículo 9.3 de la Ley de Autonomía del paciente, creemos que resulta conveniente para poder llegar a conclusiones razonables tener en cuenta los acertadísimos comentarios de Doña María Ángeles Parra Lucán que extractamos a continuación:

- «La Ley 41/2002, en cambio, sí se ocupa expresamente del consentimiento cuando el paciente es un menor o un incapacitado. Pero lo hace de forma que, cabe pensar, no va a resolver todos los problemas que pueden plantearse en un ámbito en el que los profesionales necesitan criterios seguros para tomar decisiones sin incurrir en responsabilidad. Fundamentalmente porque la Ley se presenta como una regulación autónoma, desconociendo el contenido y el funcionamiento en nuestro Ordenamiento de la representación legal, de las funciones de guarda y protección previstas para la defensa de menores e incapaces, así como de los posibles mecanismos para el control de su ejercicio».
- «Conviene advertir sobre las dificultades para conciliar el deber de cuidar y velar que incumbe a los padres, tutores o guardadores de menores e incapaces con el respeto a la dignidad del paciente y a su propia personalidad. El respeto a su dignidad exige reconocer, tanto a menores como incapaces, la posibilidad de prestar consentimiento cuando su capacidad natural lo permita, sin que en tal caso puedan prestar por ellos el consentimiento sus representantes legales. Pero, excluida la representación, no por ello desaparece el deber de padres o tutores de cuidar a menores e incapaces. También resulta difícil señalar los límites y los criterios que deben tenerse en cuenta cuando puedan entrar en conflicto las convicciones morales o religiosas de los padres o tutores con lo que puede considerarse como interés del menor o incapaz desde el punto de vista de la protección de su salud e integridad física y psíquica con arreglo a los criterios sociales dominantes y con arreglo a los principios constitucionales».

La Exposición de Motivos de la Ley cita, subrayando su “relevancia especial”, el Convenio de Oviedo relativo a los dere-

chos humanos y la biomedicina. El Convenio, después de establecer la regla general de que «una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento» (art. 5), recoge, en los dos artículos siguientes, disposiciones sobre la «protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento» (art. 6) y sobre la «protección de las personas que sufran trastornos mentales» (art. 7).

Es seguro, sin embargo, que el consentimiento libre e informado está estrechamente vinculado con la dignidad y la libertad personal, y es preciso para legitimar las intervenciones en el ámbito de la sanidad (fuera de los casos de tratamientos sanitarios obligatorios en caso de riesgo para la salud pública o de riesgo inmediato grave de quien no está en condiciones de prestar el consentimiento). Si se trata de prestar el consentimiento podemos pensar que nos hallamos ante cuestiones de capacidad de obrar, y que esta es la calificación de las normas que se ocupan de regular quién presta el consentimiento en los casos de los menores e incapaces. Desde este punto de vista, puesto que la ley personal del menor es la que determina la capacidad (art. 9.1º del Código Civil) y las relaciones paterno-filiales (en particular, la patria potestad: art. 9.4º del Código Civil), a ella habría que atender. Planteamiento semejante (no idéntico) se podría realizar para los sometidos a tutela (art. 9.1 y art. 9.6º del Código Civil).

Aunque dedica un artículo a regularlo, la Ley 41/2002 no resuelve de manera completa ni convincente el problema de la edad para prestar válido consentimiento informado. En nuestra opinión, un enfoque correcto de la cuestión debe tener en cuenta, en primer lugar, el dato del reconocimiento de la edad a partir de la cual se presuponga por el Ordenamiento la suficiente madurez y grado de desarrollo de la personalidad como para prestar por sí mismo de manera válida y eficaz un consentimiento que legitime la intervención médica. Pero no solo este dato: es preciso, además, valorar el papel que desempeñan las instituciones de guarda y protección del menor (en particular, la patria potestad, pero también la tutela) en todo este ámbito, no tanto en función de representación del menor como en cumplimiento del deber de protegerlo.

Desde este punto de vista, la exigencia del cumplimiento de los deberes de guarda y protección impide una contraposición radical entre, de una parte, la representación de los padres o tutores y, de otra, la actuación del menor por sí mismo. Esto conlleva dos consecuencias:

- En primer lugar, que es posible que deba reconocerse al menor, a partir de cierta edad, la capacidad para tomar la decisión acerca de la práctica de determinada intervención, de manera que se excluya la decisión de los padres (o tutor) en su lugar. Pero que ello no debe suponer necesariamente que se niegue toda intervención de quien tiene atribuida, por la ley, la función de velar por el menor. Sólo de esta forma parece posible entender que, excluida la representación legal, sea preciso también el consentimiento de los padres para algunas decisiones de trascendental relevancia que se refieran al menor.
- En segundo lugar, que la atribución a los padres o tutores de la competencia para consentir una intervención en un menor, cuando este no tenga reconocida la capacidad para otorgar el consentimiento por sí, no debe interpretarse necesariamente en función de representación, sino, más bien, como ejercicio de los deberes impuestos a quienes

corresponde la guarda y protección de los menores. De esta forma, el beneficio del hijo, de acuerdo con su personalidad, es el criterio relevante que permitirá valorar la oportunidad y el acierto de una decisión que no tiene por qué ser la misma que la que adoptaría el menor si fuera capaz.

Por otra parte, no resulta acertado que, en materia relacionada con el ejercicio de los derechos de la personalidad, se utilice la expresión “consentimiento por representación”. En particular, y a la vista de lo dispuesto expresamente para los menores en la letra c del artículo 9.3, cabe plantearse si es posible la toma de decisiones en función de representación, en qué casos y si existen límites para la actuación de los padres u otros representantes legales. En segundo lugar, si es posible, y en su caso quién y a través de qué cauce, controlar las decisiones tomadas por los padres (o por el tutor) cuando sean contrarias al interés del menor. Es preciso plantearse también, para los casos en que la propia Ley excluye la representación de los padres o del tutor (por tener el hijo “madurez” bastante, o más de dieciséis años, con arreglo a la nueva Ley), si sigue siendo relevante el consentimiento de los padres o tutores como manifestación del ejercicio de los deberes de guarda y protección que la ley les impone como contenido de la patria potestad o de la tutela.

El legislador ha abordado en el artículo 9 de la Ley 41/2002 la materia del consentimiento de los menores en el ámbito del derecho a la salud sin la debida reflexión acerca de los problemas y de los conflictos que pueden producirse. Sin tener en cuenta el resto del sistema jurídico, ha introducido una norma que, aparentemente, pretende tener vida propia e independiente lo que, a nuestro juicio, no es posible.

Conforme a la Ley, si el menor está emancipado o ha cumplido dieciséis años «no cabe prestar el consentimiento por representación» [art. 9.3 c) de la Ley 41/2002]. En principio, por tanto, el representante legal consiente por el menor cuando no esté emancipado o tenga menos de dieciséis años. Pero además, y aunque la redacción es confusa, el artículo 9.3 c) permite entender que, antes de los dieciséis años, la intervención de los padres como representantes sólo es posible si el menor no puede comprender el alcance del acto. De esta manera, quedan fuera del ámbito de la actuación por representación las decisiones relativas a los menores que, no teniendo cumplidos dieciséis años, tengan sin embargo madurez suficiente para comprender el alcance de la intervención.

Literalmente, el artículo establece que se otorga el consentimiento por representación «cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención». Parecería entonces que, en caso contrario, es decir, si el menor es capaz de comprender el alcance de la intervención, aunque no tenga cumplidos los dieciséis años, es él quien presta el consentimiento. Esta interpretación puede mantenerse si se piensa que el dato decisivo es la capacidad real del menor (“sus condiciones de madurez”, en la terminología del art. 162 del Código Civil) para comprender la trascendencia de la intervención.

La duda que se plantea entonces es la de si en tal caso puede prescindirse del consentimiento de los padres y contar sólo con el del propio menor, que legitimaría así la intervención médica de que se trate. Esto último no parece razonable, y resulta preferible conciliar la regla con lo previsto en el ámbito del ejercicio del deber de guarda de los padres (y tutores, “representante legal”: arts. 154 y 215 - 216 - 267 y 269

del Código Civil): se excluye la representación (es decir, no cabe que otro tome la decisión por el menor), pero no la intervención de sus guardadores, que deben prestar también su consentimiento, junto al del menor, como manifestación del deber de velar por él.

---

### La “correcta” interpretación del artículo 162.1 del Código Civil en tanto el derecho de acceso es un derecho personalísimo y los datos se integran en el derecho fundamental a la intimidad

Nos planteamos ahora, y teniendo en cuenta la norma referida, determinar cuál es la capacidad necesaria para el ejercicio de un derecho fundamental. Como indica la doctrina más autorizada, la cuestión es trascendental, por cuanto va a determinar el mayor o menor grado de autonomía del menor frente a los titulares de la patria potestad o de la tutela, para tomar decisiones que afecten a su esfera personal.

De entrada, la Constitución Española y el propio Código Civil parecen interpretar, de modo flexible, las condiciones de capacidad necesarias para el ejercicio de los derechos fundamentales. Así se habla de una “capacidad natural” para el ejercicio de los derechos fundamentales. Se ha dicho que si la titularidad de los derechos fundamentales depende de la capacidad jurídica, su ejercicio depende de la capacidad de obrar dependientes de las efectivas condiciones de madurez, que, siendo diferentes en cada individuo, se van adquiriendo progresivamente hasta alcanzar la edad de mayoría, la cual en sí misma lleva implícita una presunción *iuris tantum* de plena capacidad de obrar. No obstante, la propia Ley establece excepciones a la regla general de la mayoría de edad para tener plena capacidad de obrar: existe al lado de la edad de mayoría, otras edades jurídicamente relevantes en las que bien se confiere al menor capacidad para realizar determinados actos jurídicos, o bien, y de forma más genérica, capacidad para los actos relativos a su persona, como ocurre cuando obtiene la emancipación (art. 323 CC).

La doctrina entiende que la plena capacidad de obrar de las personas físicas exige los requisitos siguientes: existencia de capacidad natural, la mayoría de edad, es decir, haber cumplido los dieciocho años, y no estar incurso en alguna prohibición legal.

Por “capacidad natural” tradicionalmente se ha entendido, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, la capacidad de entender y de querer. De los requisitos necesarios para la existencia de capacidad de obrar es el más importante, por ser propio de las personas físicas ultimar sus actos de forma consciente y libre, de modo que la falta de capacidad natural impediría la realización de los que se predica, necesariamente, su carácter voluntario y libre, y que constituirían la base última de los actos jurídicos.

La mayoría de edad es, en cambio, un “criterio de seguridad”: una presunción *iuris tantum* de capacidad de obrar a dicha edad que sólo puede desvirtuarse por medio de una sentencia declarando la incapacidad.

Las prohibiciones legales, sin implicar falta de capacidad, son razones de moralidad en cuya virtud se prohíbe al incurso en prohibición la realización de determinados actos, so pena de nulidad, actos que sin ella le estarían permitidos al no tratarse en realidad de un verdadero incapaz.

La doctrina también entiende, argumento que seguimos, que la minoría de edad no es una causa de incapacitación, sino una circunstancia modificativa de la capacidad de obrar fundada en circunstancias subjetivas de las personas. El menor de edad tiene una capacidad de obrar limitada, limitación que está pensada, concebida y regulada para su protección. En este sentido, efectivamente, la Ley del Menor considera al menor como un ser dotado de capacidad que, por atender a sus efectivas condiciones de madurez y estas ir evolucionando con el transcurso del tiempo, podemos calificar de evolutiva.

Sentado lo anterior, la cuestión está en analizar el papel de los titulares de la potestad, en atención a lo dispuesto en el artículo 162.1 CC. Dicho de otra manera: ¿cabe en tal norma, el ejercicio del derecho por representación o debe ser reconocida autonomía al menor para ese ejercicio?

Al respecto, y siguiendo a la Doctrina más autorizada, existen dos posiciones antagónicas:

- La de quienes defienden el ejercicio indirecto de los derechos fundamentales del menor sólo en los supuestos en que su interés pueda ser satisfecho con la intervención del tercero interpuesto. Se dice «no cabría la representación en los actos naturales que forman parte del ámbito de libertad garantizado por el derecho fundamental: derecho a la libertad ideológica o de expresión», mientras que en otros supuestos «la intervención de los padres no sólo sería posible sino necesaria: cuando el menor debe celebrar un negocio jurídico para el ejercicio del derecho fundamental».
- Una segunda posición afirma que, debido al carácter personalísimo de los derechos fundamentales, los mismos no pueden ser objeto de representación. Hay autores que entienden que esta postura es la que mejor se acerca a la propia dicción del artículo 162.1 CC. Sin embargo, hay otros autores que entienden (como entendemos nosotros) que en materia de menores el criterio preponderante debe ser siempre el interés del menor. Por tanto, si esa representación va a redundar en beneficio del menor se debe admitir la representación del menor, aunque se trate de un derecho personalísimo.

Con la mayoría de la doctrina, partiendo de que dentro de los derechos de la personalidad hay que incluir los derechos y libertades fundamentales y que es necesario tener en cuenta la distinción entre titularidad y ejercicio del derecho, el precepto contenido en el artículo 162.1 ha sido interpretado de cuatro formas distintas:

- Un amplio sector de la doctrina interpreta el precepto en el sentido de que excluye de la representación los derechos de la personalidad. Señala a este respecto Díez Picazo que el artículo 162.1 CC, «más que una excepción a la representación legal, es una excepción al ámbito de las funciones de la patria potestad». Esta tesis ha sido criticada por un sector de la doctrina al entender que el menor resultaría desprotegido en sus derechos personalísimos en los supuestos en que no pudiera ejercitarlos por sí. Una parte de la doctrina no está de acuerdo con las críticas mencionadas, no sólo por olvidar el carácter personalísimo del derecho fundamental, sino además la naturaleza de la patria potestad como función que se ejerce en interés del menor, al ser este interés el elemento definidor clave de las relaciones paterno-filiales. Precisamente en virtud de su protección se

atribuye a los padres amplias facultades para facilitarles el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad; incluso los padres se verán en ocasiones compelidos a tomar decisiones que afecten a la esfera personal del menor, pero nunca ejerciendo un derecho por representación sino en cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, lo que implica que el menor en ningún caso está desprotegido.

- Otro sector de la doctrina interpreta el precepto en el sentido de que corresponde ejercer al menor los derechos de la personalidad tan solo si lo prevé expresamente alguna disposición legal y lo permiten sus condiciones de madurez, lo que en la práctica se traduciría en la admisión del ejercicio por representación de sus derechos.
- Otro sector doctrinal afirma que los actos relativos a los derechos de la personalidad se ejercitan por el propio menor si lo permiten sus condiciones de madurez, ya que el inciso “de acuerdo con las Leyes” se refiere a otros actos.
- Por último otros autores señalan (criterio que compartimos) que el sentido del artículo 162.1 CC es excluir del ámbito de la representación legal paterna los derechos personalísimos del menor, lo cual es congruente con su naturaleza inherente a la esfera íntima del ser humano, en la que difícilmente cabe la representación, por no ser posible la sustitución de la voluntad; es además la postura más congruente con el principio personalista del artículo 10.1 CE. Es un argumento que también aparece corroborado por el artículo 6.3 LOPJM, al señalar que los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esa libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral. Sin embargo, opinamos que el interés del menor es el criterio preponderante que se debe seguir en cualquier caso en que los intereses del menor se vean amenazados. La expresión “con arreglo a sus condiciones de madurez” del último inciso del precepto indica que cuando no se encuentre suficientemente maduro es posible su representación aunque sean derechos personalísimos. En este sentido se manifiestan las palabras del Tribunal Constitucional en su SSTC 141/2000, de 29 de mayo: «los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales (...) sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandone por entero a lo que al respecto puedan decidir quienes tengan atribuidas su guarda y custodia o, (...), su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en los que la legislación gradúa su capacidad de obrar» (arts. 162.1, 322 y 323 o el artículo 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

En la actualidad queda clara la aptitud del menor para ser sujeto de derechos y libertades fundamentales; es más, justificada la existencia de una capacidad natural de obrar como un mínimo de capacidad inherente a la dignidad de la persona y necesaria para el libre desarrollo de la personalidad, el menor que posea dicha capacidad natural podrá ejercitarla de forma autónoma. Esta concepción del Derecho moderno es más congruente con los nuevos planteamientos socio-jurídicos sobre la minoría de edad y el principio de protección del menor consagrado en los textos internacionales, y supone el establecimiento de medidas de protección destinadas a lograr

el desarrollo armónico de su personalidad e impulsar, en la medida en que lo permitan sus condiciones de madurez, la efectiva autoprotección del menor.

El menor tiene más capacidad en el ámbito público que en el ámbito privado; por otro lado, es peculiar la naturaleza de la posición jurídica del menor como ser en devenir, de suerte que en nuestro ordenamiento no puede hablarse de un único menor sino de diversos menores, dependiendo de sus efectivas condiciones de madurez. A pesar de esa capacidad y autonomía que debe poseer el menor, la misma no puede ser ilimitada tanto por su propia condición de menor como por la salvaguarda de su propio interés, que tiene carácter preponderante en el ordenamiento español. Este principio vincula, por tanto, a todos los sujetos implicados en la tutela de los derechos del menor, sean públicos o privados, y su virtualidad radica en su carácter de instrumento multifuncional, complejo y que actúa como principio rector, no sólo en supuestos de conflicto (debido a su carácter de principio eminentemente procesal), sino también (y eso es lo importante) en las actuaciones cotidianas en las que se pueda ver envuelto un menor en el ejercicio de sus derechos.

### ¿Qué conclusiones han de conocer los destinatarios del procedimiento?

Podemos señalar las siguientes:

- Al profesional sanitario deben facilitársele criterios seguros para tomar decisiones sin incurrir en responsabilidad. Ni la Ley Orgánica de Protección de Datos, ni la Ley 41/2002 de autonomía del Paciente o sus interpretaciones a través de informes o disposiciones reglamentarias pueden entenderse como regulaciones autónomas e independientes del resto de normas de nuestro Ordenamiento Jurídico que regulan instituciones como la representación legal, de las funciones de guarda y protección previstas para la defensa de menores e incapaces así como de los posibles mecanismos para el control de su ejercicio.
- El derecho de acceso a los datos sanitarios por el paciente es un derecho reconocido y amparado en la Ley Orgánica de Protección de datos, y sus disposiciones reglamentarias que la desarrollan, derecho que, igualmente está explícitamente reconocido en la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente.
- Ese derecho de acceso, en caso de menores de edad, esta atribuido tanto a los titulares de la patria potestad como al menor, que podrá ejercerlo en atención a sus condiciones de madurez, como establece el artículo 162.1 del código Civil, y la propia Ley Orgánica de Protección de Datos. En cambio, a nuestro juicio, no sería admisible predicar que por mor del artículo 16 del Reglamento de la Ley Orgánica, que a todo menor mayor de catorce años se le reconoce (aunque sea con presunción que admita prueba en contrario) capacidad para ejercer por sí solo el derecho de acceso reconocido; quedaría por aclarar a quién corresponde enjuiciar la madurez en cada caso. Si, como se pretende en alguna legislación autonómica, sea el profesional sanitario, ello sin duda generará problemas en el día a día.
- El derecho de acceso a los datos del paciente menor, mayor de 14 años, debe reconocerse a los padres o titulares de la patria potestad, sin que el menor pueda impedir ese ejercicio. No tiene sentido que, a todos los efectos legales, los padres o titulares de la patria potestad sean responsables de todo cuanto acontece con el menor, y en este caso concreto, y por la mera decisión de este, se vean imposibilitados en el ejercicio de un derecho como es el de la patria potestad que pudiera mitigar esa responsabilidad. Otra cosa muy distinta es que, siendo titulares del derecho, y siempre que consideren al menor apto para regir su persona y bienes como si fuera mayor de edad, renuncien al mismo (emancipación judicial o por concesión de los titulares de la patria potestad). En todo caso, el límite al ejercicio del derecho por los padres o titulares de la patria potestad vendría establecido cuando se pruebe que el ejercicio de la patria potestad se realiza en contra de los intereses del menor.
- La atribución a los padres o tutores no debe interpretarse necesariamente en función de representación, sino más bien como ejercicio de los deberes impuestos a quienes corresponde la guarda y protección de los menores. De esta forma, el beneficio del hijo, de acuerdo con su personalidad, es el criterio relevante que permitirá valorar la oportunidad y el acierto de una decisión que no tiene por qué ser la misma que la que adoptaría el menor si fuera capaz.
- Existiendo dificultades para conciliar el deber de cuidar y velar que incumbe a los padres, tutores o guardadores de menores, con el respeto a la dignidad del paciente y a su propia personalidad, no por ello han de añadirse más, sino, antes al contrario, facilitar la conciliación de ambos derechos en los términos anteriormente expresados.
- El artículo 162.1 del Código Civil debe ser rectamente interpretado en el sentido de que excluye del ámbito de la representación legal paterna los derechos personalísimos del menor, lo cual es congruente con su naturaleza inherente a la esfera íntima del ser humano, en la que difícilmente cabe la representación, por no ser posible la sustitución de la voluntad; es además la postura más congruente con el principio personalista del artículo 10.1 CE, argumento que también aparece corroborado por el artículo 6.3 LOPJM al señalar que los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esa libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral.
- A pesar de lo anterior, no por ello ha de olvidarse el interés del menor, que vendrá a ser el criterio preponderante a tener en cuenta, en los mismos términos en los que se atiende (deontológicamente hablando) al interés del paciente. De ahí que la expresión “con arreglo a sus condiciones de madurez” del último inciso del precepto indica que cuando no se encuentre suficientemente maduro es posible su representación, aunque sean derechos personalísimos. El disfrute del menor de sus derechos fundamentales (en palabras del Tribunal Constitucional) necesariamente ha de modularse en función de la madurez del niño y los distintos estadios en los que la legislación gradúa su capacidad.
- Nunca ha de obviarse, en caso de duda, la consulta a los titulares de la representación legal del menor o, en última instancia, el recurso a la Autoridad Judicial, cuando se pretenda por el mismo menor mayor de 14 años el ejercicio del derecho de acceso y consiguiente limitación de ese derecho a los titulares de su patria potestad.

- La consignación en la historia clínica de todas las circunstancias que puedan acaecer en el ejercicio de los derechos mencionados, de forma absolutamente objetiva, se torna como fundamental y absolutamente necesaria, en aras a una correcta valoración de prueba, una vez generado el conflicto.
- Las consideraciones anteriormente expuestas son de igual aplicación respecto del ejercicio de los derechos de cancelación, rectificación y oposición, teniendo en cuenta, claro está, en materia de cancelación, las limitaciones expresamente previstas por los criterios de la Agencia de Protección de Datos al tratarse de datos sanitarios.