

**ESTUDIO SISTEMÁTICO  
DE LA LEY 26/2015, DE 28 DE JULIO  
DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA  
DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA  
Y A LA ADOLESCENCIA**

**Francisco Lledó Yagüe  
M<sup>a</sup> Pilar Ferrer Vanrell  
José Ángel Torres Lana  
María José Achón Bruñén**  
*Directores*

**Óscar Monje Balmaseda**  
*Coordinador*

**Leonardo Pérez Gallardo**  
*Coordinador Derecho Iberoamericano*

**ESTUDIO SISTEMÁTICO DE LA LEY 26/2015, DE 28 DE JULIO DE  
MODIFICACIÓN DEL SISTEMA  
DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA**

---

**ESTUDIO SISTEMÁTICO  
DE LA LEY 26/2015, DE 28 DE JULIO  
DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA  
DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA  
Y A LA ADOLESCENCIA**

*Directores*

**FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE  
M<sup>a</sup> PILAR FERRER VANRELL  
JOSÉ ÁNGEL TORRES LANA  
M<sup>a</sup> JOSÉ ACHÓN BRUÑÉN**

*Coordinador General*

**ÓSCAR MONJE BALMASEDA**

*Coordinador Derecho Iberoamericano*

**LEONARDO PÉREZ GALLARDO**

The logo for Dykinson, S.L. features a stylized, calligraphic 'D' that loops around the word 'Dykinson, S.L.' which is written in a classic serif font.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web [www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com) o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial  
Para mayor información, véase [www.dykinson.com/quienes\\_somos](http://www.dykinson.com/quienes_somos)

© Copyright by  
Los autores  
Madrid, 2018

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid  
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69  
e-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)  
<http://www.dykinson.es>  
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-9148-644-2  
Depósito Legal: M-29156-2018

Preimpresión por:  
Besing Servicios Gráficos S.L.  
e-mail: [besingsg@gmail.com](mailto:besingsg@gmail.com)

Impresión:  
Copias Centro

## NUEVOS PARADIGMAS DE LA PATRIA POTESTAD

---

JOSEFINA SAPENA GIMÉNEZ  
*Abogada, Asunción, Paraguay*

### I. MODIFICACIONES AL ART. 154 DEL CÓDIGO CIVIL

#### 1. El paradigma de la “protección integral”

La institución de la Patria Potestad ha sufrido una evolución importante. En el Derecho Romano, los niños/as no eran sujetos de derecho, sino que eran de “propiedad” de sus padres. Éstos tenían tal potestad sobre sus hijos/as que podrían decidir incluso sobre su vida o su muerte.

En realidad, no fue sino hasta la segunda mitad del siglo XX en que evolucionó el derecho de los DD.HH, y se reconoció que las personas somos sujeto de derechos, titulares de los mismos. En efecto, previamente, éramos todos – grandes y chicos– “objeto de protección” del Estado, lo cual nos dejaba en una situación de vulnerabilidad extrema pues si el Estado no cumplía con su deber de protegernos, no podíamos reclamar la violación de nuestros derechos. Fue debido a los abusos que se cometieron en contra de las personas en las dos guerras mundiales que este concepto evolucionó y las personas dejamos de ser consideradas “objeto de derechos”, para pasar a ser consideradas como “sujeto de derechos”. Los niños también son personas y por ende, también son “sujetos de derechos”.

Pero los niños, durante gran parte del siglo XX, siguieron experimentando grandes limitaciones al ejercicio de sus derechos, pues a pesar de haberlos reconocido como “sujetos de derechos”, no podían ejercerlos, pues se consideraba que los mismos, por su inmadurez, estaban en una “situación irregular”, lo cual justificaba que sean puestos a cargo de sus padres, quienes estaban encargados por la ley de tomar todas y cualquier decisión relativa al ejercicio de los derechos de sus hijos/as, desconociendo que en realidad no todos los actos jurídicos son iguales, pues no es lo mismo, por ejemplo, darle a decidir

al niño/a con quien quiere vivir en casos de divorcio de sus padres, o decidir si desea ser sometido a un tratamiento médico, que darle la potestad de firmar un contrato de préstamo o de alquiler. Además, tampoco todos los niños/as y adolescentes son iguales, pues la madurez va creciendo con la edad, lo cual la doctrina de la “situación irregular” no tenía en cuenta, pues ponía a todos los niños/as en una misma bolsa, equiparando a un niño de 1 año con uno de 10, o con un adolescente de 18 años.

Esta doctrina entró en vigencia a partir de la Convención de los Derechos del Niño realizada en Ginebra en el año 1924, de la Sociedad de las Naciones, (predecesora de la ONU), y primó en los tratados de derechos humanos por mucho tiempo, pero fue evolucionando a causa de los innumerables abusos que se cometieron en contra de los niños/as adolescentes al amparo de dicha doctrina.

Fue sustituida por la doctrina de la “protección integral”, la cual entró en vigencia después de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (año 1989), la cual considera a los niños/as adolescentes como sujetos de derechos, que ejercen la titularidad de sus derechos y obligaciones, que tienen derecho a que tanto sus padres como el Estado le respeten dichos derechos y le ayuden a ejercerlos de manera apropiada, de acuerdo con su grado de madurez, proporcionándoles la dirección y orientación que necesitan para hacerlo.

Según la Dra. Alicia Pucheta de Correa... *“hoy está definitivamente triunfante la idea de que la patria potestad implica no solo derechos sino también deberes, y más aún que lo que importa primordialmente es la protección de los menores. La legislación moderna, a la inversa de la antigua, ha puesto el acento sobre los deberes y no sobre los derechos de los padres. De ahí un contralor cada vez mayor del Estado sobre la forma en que se ejerce la autoridad paterna y la admisión de sanciones, incluso de orden penal para los padres que no cumplen debidamente sus obligaciones”*.<sup>1</sup>

Cabe señalar que la intención del legislador no es debilitar a la institución de la familia, la cual sigue siendo considerada como la base de la sociedad, sino simplemente, equilibrar mejor las relaciones progenitores-hijos a fin de evitar abusos de la parte más débil de la relación, determinándose así la pauta interpretativa de que en casos de conflictos los derechos de los niños tienen carácter prevaleciente. (Art. 5º de la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 y sus Protocolos Facultativos).

La nueva ley española, No. 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia –en adelante denominada Ley No. 26/2015 del 28 de julio– refleja este nuevo paradigma al modificar el Código Civil, art. 154, el cual ha quedado redactado como sigue:

**Artículo 154:** *Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en inte-*

---

1 PUCHETA DE CORREA, Alicia. *Manual de Derecho de la Niñez y Adolescencia*. Editorial QR Producciones Gráficas. Asunción-Paraguay. Año 2001, pág. 82.

*rés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:*

1. *Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.*
2. *Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.»*

En el intento de explicar acerca de la evolución que sufrió el derecho a través de los siglos, Ernesto J. Vidal Gil dice lo que sigue: “*La concepción liberal, privatista y patrimonialista de los derechos sustentada en la propiedad y en el ius excluendi de quien no es varón, propietario y burgués, es insostenible. Los viejos y caducos derechos patrimoniales y absolutos que blindan los privilegios de sujeto varón, paterfamilias, burgués y propietario, proclaman su ius utendi, abutendi et excluendi y perpetúan su interés egoísta, son incompatibles con los nuevos derechos fundamentales y no patrimoniales, y con las concepciones actuales que sostienen la simetría y la correlatividad entre los derechos y los deberes positivos, subrayan la responsabilidad y rechazan los ilícitos atípicos.*”<sup>2</sup>

## II. MODIFICACIONES AL ART. 162 DEL CÓDIGO CIVIL

### 1. La patria potestad y la bioética: principio de autonomía

Como lo hemos afirmado y demostrado más arriba, la institución de la Patria Potestad ha evolucionado al paso de la evolución del derecho de los derechos humanos, y como lo demostraremos a continuación, dicha evolución también es consecuencia del surgimiento de la bioética, cuyo principio de autonomía ha sido incorporado a las filas del derecho mediante leyes que exigen a los médicos que obtengan el consentimiento informado de los pacientes –incluidos los niños/as adolescentes– antes de realizar cualquier intervención o tratamiento médico. De esta manera, se ha ampliado el marco de las decisiones que pueden ser asumidas por los niños/as o adolescentes, sin el consentimiento de los padres.

*“La incorporación de los principios sigue las trazas de los procesos de positivización, generalización, internacionalización y especificación de los derechos humanos y/o fundamentales. Así como los derechos humanos son exigencias éticas que deben ser reconocidas, también los principios de la Bioética deben ser reconocidos e incorporados al Derecho, o sea, positivizados; así como la incorporación de los derechos humanos da lugar a los derechos fundamentales, la*

---

<sup>2</sup> VIDAL GIL, Ernesto J. “Los retos actuales de la bioética: ¿Qué hacer con los principios?”. En *Bioética y nuevos derechos*. Editorial Comares. Granada-España. Año 2016. pág. 86.

*positivización de los principios, sin perder un ápice su condición, da lugar a derechos que alcanzan la consideración y el rango de fundamentales, como el derecho al consentimiento informado y a la privacy.*<sup>3</sup>

Pero empecemos por explicar en qué consiste el Principio de Autonomía. Es uno de los tres Principios de la Bioética. También llamado principio de “respeto por las personas”. Se basa en la dignidad de la persona humana. Reconoce a todo hombre, varón o mujer, como ser libre, cuya libertad debe ser respetada y promovida. A partir de este reconocimiento, podemos aseverar que todo ser humano tiene derecho a decidir todo cuanto se vincula con su salud, con su vida y con su bienestar. De ahí que uno de los requisitos para realizar cualquier intervención/investigación médica a una persona sea obtener su consentimiento informado.

Cabe mencionar que el reconocimiento del derecho de las personas a tomar decisiones relativas a su salud es relativamente nuevo, pues durante mucho tiempo se dejó a cargo de los médicos la responsabilidad de tomar todas las decisiones correspondientes. Es que durante siglos –prácticamente desde el siglo I antes de Cristo hasta el siglo XVIII–, el Juramento Hipocrático fue considerado como un documento de valor ético indiscutible, y el mismo, tiene una visión paternalista del médico. Según esta visión el médico es el único que tiene la capacidad de saber qué es lo mejor para el paciente, pues es el único que cuenta con los conocimientos técnicos correspondientes.

El problema con esta concepción, es que muchas veces existe más de un tratamiento para hacer frente a una condición determinada. Y la salud es un término relativo, es decir, que lo que para el médico puede parecer la solución que favorece más a la salud de su paciente, para el paciente puede no parecerlo. Por ejemplo: hay religiones que prohíben las transfusiones de sangre, (Testigos de Jehová), por ende, para los creyentes de esa iglesia, la transfusión de sangre no es una opción válida, pues se constituirá en un obstáculo para la salvación de su alma.

Por ello, a partir del siglo XIX se empezó a analizar el juramento hipocrático a fin de verificar si se seguía adecuando a los requerimientos de aquella época, y en virtud de dicho análisis se agregó el concepto de que los pacientes tienen derecho a la autodeterminación, y en virtud de dicho derecho, es necesario recabar un consentimiento informado de ellos antes de hacerlos sujetos de cualquier intervención, tratamiento o investigación médica. *“En ese contexto, la relación médico-paciente, tradicionalmente basada en la confianza, se ha convertido en una relación de base jurídica, en la que el paciente deviene titular del derecho a la información asistencial y el médico tiene el deber de transmitirle esta información”.*<sup>4</sup>

---

3 VIDAL GIL, Ernesto J. “Los retos actuales de la bioética: ¿Qué hacer con los principios?”. En *Bioética y nuevos derechos*. Editorial Comares. Granada-España. Año 2016. pág. 95.

4 FAMÓS AMORÓS, Esther. *Consentimiento a la Reproducción Asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Editorial Atelier. Barcelona-España. Año 2011. Pág. 77.



Entonces, el derecho a la autonomía se ejerce a través del consentimiento informado. Y el concepto de “consentimiento informado” está compuesto de varios elementos, necesarios para que el mismo sea considerado como válido:

- a) En primer lugar, la información debe proveerse *antes* de que el paciente de su consentimiento;
- b) el paciente debe comprender lo que se le ha explicado y ello conlleva la correlativa obligación del médico de cerciorarse de que así sea;
- c) el paciente debe actuar libremente, sin coacciones de cualquier tipo. Ello conlleva a la correlativa obligación de los médicos de no intentar direccionar la voluntad del paciente;
- d) el paciente debe ser “competente”, requisito que se cumple si la persona es capaz de comprender la información material que se le suministra, de valorarla, y de expresar sus deseos a los profesionales;
- e) debe prestar su consentimiento informado respecto a la opción de tratamiento que haya elegido, –que incluye la opción de no recibir ningún tratamiento– en forma escrita y previa a la realización de la intervención; y
- f) el paciente debe ser informado de su derecho a revocar el consentimiento informado hasta el momento previo a la realización de la intervención o tratamiento correspondiente.

Pero hay personas que no están en condiciones de ejercer su derecho a la autodeterminación, tales como los insanos mentales, incapacitados, enfermos en coma, etc. Ellos no pueden dar un consentimiento informado, sin embargo tienen derecho a la autonomía, pues la autonomía se basa en la dignidad de todo hombre, y por ello, aunque no tengan la posibilidad actual de ejercer su libertad, deben ser respetados en su dignidad. Sus derechos deben ser tutelados por sus padres o sus representantes legales y en última instancia, por la sociedad.

En cuanto a los menores de edad, este tema requiere un comentario especial. Según el paradigma actual que rige en materia de derechos del niño/a o adolescente, ellos son sujetos de derechos con una capacidad progresiva para ejercerlos, por ende, no corresponde igualar la capacidad de decidir de un niño de 3 años, con la de uno de 12 años o de 16 años. Es decir que la opinión de un niño/a de 3 años no puede ser equiparada a la de un adolescente de 15 años.

El art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 dice lo siguiente: *...Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente, en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del mismo.*

La Ley No. 26/2015, de 28 de julio refleja este nuevo paradigma al modificar la el artículo 162 del Código Civil, el cual ha quedado redactado como sigue:

**Artículo 162:** *Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan:*

1. *Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia.*
2. *Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.*
3. *Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.*

*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.”*

Como vemos, la representación legal que otorga la patria potestad a los padres hoy día dista mucho de ser la de antaño, ya que existen numerosas y relevantes excepciones a los actos jurídicos que pueden ser realizados por los padres en nombre de sus hijos según la nueva redacción del artículo 162 del Código Civil.

Así, todos los actos relativos a los “derechos de la personalidad” pueden ser realizados o ejercitados por los hijos sin el consenso de sus padres, siempre que tengan la madurez suficiente. La pregunta que surge obligada y que responderemos a continuación es, ¿cuáles son esos actos relativos a los derechos de la personalidad?

### III. MODIFICACIONES A LOS ARTS. 3 A 7 DE LA LEY 41/2002 DEL 14 DE NOVIEMBRE

#### 1. Los derechos de la personalidad

Se trata de derechos innatos, humanos, individuales, personalísimos, absolutos, intransmisibles, irrenunciables, e imprescriptibles, y generalmente extra-patrimoniales. No hay uniformidad ni en derecho, ni en doctrina, ni en jurisprudencia comparada, acerca del contenido exacto de estos derechos de la personalidad; existen numerosas clasificaciones al respecto. Algunos de los derechos que incluyen la mayoría de estas clasificaciones son los siguientes: el derecho a disponer del propio cuerpo, al derecho a la intimidad, al honor y reputación, a la libertad, a la identidad personal y los derechos de autor o inventor. Independientemente del contenido exacto de los derechos de la personalidad, que no es el tema en análisis, lo que nos gustaría analizar es a cuáles derechos se refiere la nueva ley española cuando habla de “derechos de la personalidad” en la modificación al artículo 162 del Código Civil.

Dicha disposición está enmarcada en el ejercicio de la patria potestad tal cual ha sido reglamentada por la ley española. La misma concede la representación legal de los hijos/as a los padres, exceptuando algunos actos jurídi-

cos, los cuales en principio, deja librado a la decisión de los menores de edad, siempre que tengan la madurez necesaria.

Una interpretación concordada con las demás modificaciones introducidas por la Ley No. 26/2015 del 28 de julio nos permite concluir que uno de esos derechos de la personalidad a que se refiere el artículo 162 que analizamos, es el derecho a disponer del propio cuerpo. Ya que se han modificado también disposiciones relativas a la “Ley básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, No. 41 del 14 de noviembre de 2002 –en adelante denominada Ley 41/2002 del 14 de noviembre–.

En efecto, la Ley No. 26/2015 del 28 de julio dice también:

*“Se modifican los apartados 3, 4 y 5 y se añaden los apartados 6 y 7 al artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que quedan redactados como sigue:*

**3.** *Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:*

**a)** *Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.*

**b)** *Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.*

**c)** *Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.*

**4.** *Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.*

**5.** *La práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.*

**6.** *En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas*

*necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.*

*7. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.”*

Como vemos, en virtud del artículo 3 incisos a) y c) de la Ley 41/2002 del 14 de noviembre, el principio general es los menores sí pueden decidir acerca de las intervenciones médicas a las que deben ser sometidos, sin necesidad de ser representados por sus padres, siempre que a criterio del médico responsable sean capaces intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, y/o que su estado físico/psíquico se los permita.

La atribución de competencia a un menor de edad para tomar decisiones autónomas referentes a las intervenciones médicas a las que deben ser sometidos, estaría justificada por su derecho a disponer del propio cuerpo, el cual, como lo hemos afirmado antes, está catalogado como un “derecho de la personalidad” según legislación y doctrina mayoritaria en la materia.

Sobre el derecho a disponer del propio cuerpo, según doctrina autorizada incluye facultades positivas y negativas. Así lo afirma José López Berenguer, al decir: *“Las facultades que comprende este derecho se agrupan en las dos clases que presenta todo derecho absoluto: a) Negativas o de exclusión: En virtud de ellas podemos rechazar toda clase de ataques o injerencias, favorables o perjudiciales, que se dirijan contra el cuerpo. Históricamente son estas facultades las que aparecieron en primer lugar, las que obtuvieron una mayor protección y las que todavía se tienen en cuenta preferentemente por la doctrina cuando se ocupa del derecho sobre el propio cuerpo. Se justifica que este derecho haya sido denominado tradicionalmente derecho «a la integridad física» o a la «inviolabilidad corporal», cuando en realidad esta denominación sólo cuadra para las facultades negativas. b) Positivas: En virtud de ellas, y dentro de los límites que indicaremos, el hombre puede disponer de los productos, órganos o elementos de su cuerpo y del ejercicio o del resultado de sus facultades corporales, en favor de otras personas. Las facultades positivas son las de disposición, y significan el reverso de las anteriores. Si por el derecho a la integridad podemos rechazar cualquier ataque, por el de disposición podemos permitirlos. Estas facultades legitiman y explican las cesiones de órganos corporales, que durante tanto tiempo han venido significando un grave problema para la ciencia del Derecho”.*<sup>1</sup>

Cabe aclarar que la facultad de disponer de órganos o productos del cuerpo no es absoluta, encuentra como límite la obligación de no causarnos daño a nosotros mismos, ya que todos tenemos deberes hacia la patria y nuestros semejantes, y por ende, debemos cuidar nuestra integridad física/

psíquica a fin de poder cumplir con los mismos. Asimismo, en la mayoría de los casos, la ley prohíbe la finalidad comercial de esas disposiciones, por razones de orden moral o ético. Por ejemplo, art.4 Constitución Nacional de Paraguay. “... *Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica, así como en su honor y en su reputación. La ley reglamentará la libertad de las personas para disponer de su propio cuerpo, sólo con fines científicos o médicos*”.

En ese orden, el menor, estaría autorizado en virtud de la nueva redacción del artículo 162 del Código Civil, a tomar decisiones autónomas al respecto de su integridad física/psíquica –entre las cuales se puede contar a las intervenciones o tratamientos médicos a los que deben ser sometidos– y también podría decidir donar órganos o productos de su cuerpo siempre que por ese medio no se causare daño a sí mismo, y en caso de donaciones a ser efectivas post-mortem, según la ley especial sobre la materia.

No ocurre lo mismo para la realización de otros actos jurídicos, como por ejemplo, para celebrar contratos y demás actos de la vida civil, administrativa y política, para los cuales los menores ejercen sus derechos a través de sus padres hasta que adquieran la capacidad de obrar a los 18 años cumplidos, (Real Decreto-Ley 33/78, del 16 de noviembre, sobre mayoría de edad).

La capacidad de contratar en general y de contraer matrimonio no es equiparable a la capacidad para tomar decisiones atinentes al propio cuerpo. La incapacidad de hecho de los menores de edad para contratar, comprar, vender, contraer matrimonio, etc. ha sido determinada en la ley civil con fundamento en su falta de madurez, lo cual le produce una cierta insuficiencia psicológica para el pleno ejercicio de sus derechos, exponiéndolo a daños –patrimoniales en su mayoría– por parte de personas inescrupulosas.

Pero la decisión de ser sometido o no a una intervención quirúrgica o a un tratamiento médico, es una cuestión en la que se ve afectada la noción del propio cuerpo, afecta a derechos personalísimos, o de la personalidad, y por ende, se trata más de una cuestión de competencia que de una cuestión de capacidad de hecho. Y en bioética se considera que una persona es competente para dar un consentimiento informado cuando es capaz de expresar su voluntad –dando su asentimiento o su rechazo– acerca de un tratamiento médico o intervención médica o investigación médica, libremente (sin coerciones) y provista de la información adecuada, según se deduce del texto del artículo 24 de la Declaración de Helsinki.

Volviendo a las modificaciones introducidas por la Ley No. 26/2015 del 28 de julio, según el artículo 3 inc. a) de la Ley 41/2002 del 14 de noviembre, si se trata de un menor de 16 años no emancipado, la opinión del médico acerca de la competencia del paciente es fundamental, ya que la ley deja a criterio del médico evaluar si el paciente es capaz o no de tomar dichas decisiones.

Si se trata de un menor emancipado o mayor de 16 años, entiendo que habría que demostrar que el mismo tiene capacidad disminuida (art. 3 inc. b) para exigirle que actúe bajo representación de sus padres para tomar deci-

siones médicas que no impliquen un alto riesgo para su salud. Ahora bien, si la decisión recae sobre actuaciones que implican un grave riesgo para la vida o salud del menor según el criterio del médico, aunque el menor sea emancipado o mayor de 16 años, el consentimiento lo prestará su representante legal, una vez oída y tenida en cuenta su opinión (art. 4 Ley 41/2002 de 14 de noviembre), y atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del mismo (art. 6 Ley 41/2002 del 14 de noviembre).

El artículo 5 de la citada ley 41/2002 del 14 de noviembre establece: “*La práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación*”.

Para interpretar esta disposición conviene desglosar la práctica de ensayos clínicos de la práctica de técnicas de reproducción asistida.

Empecemos por los requisitos para la práctica de ensayos clínicos en menores de edad. A primera vista podemos apreciar que la ley 41/2002 del 14 de noviembre, marca una diferencia en cuanto a las pautas a respetar en la prestación del consentimiento informado de menores edad según dicho consentimiento informado sea para decidir ser sujetos de una intervención médica o para decidir serlo de un ensayo clínico. Ya que en el caso de los ensayos clínicos se remite a las disposiciones sobre mayoría de edad y/o leyes especiales en la materia.

Esta distinción encuentra su razón de ser en que una intervención médica y una investigación médica no tienen los mismos objetivos y eso repercute en los derechos de los sujetos de las mismas. No es lo mismo autorizar a un menor de edad a prestar su consentimiento informado en forma autónoma para recibir un tratamiento o intervención médica, como lo hacen los Arts. 3 y 4 de la Ley que analizamos, que autorizarlo a decidir participar como sujeto de investigación en un ensayo clínico. Pues una intervención o tratamiento médico de suyo se presume que debe ser orientado exclusivamente a buscar una mejoría en su salud, sin embargo, los experimentos o investigaciones médicas no siempre están orientadas a mejorar solo la situación de salud de los sujetos de investigación, sino también la de terceros.

Según el Art. 7 de la última actualización de la Declaración de Helsinki (año 2008) *el propósito principal de la investigación médica en seres humanos es comprender las causas, evolución y efectos de las enfermedades y mejorar las intervenciones preventivas, diagnósticas y terapéuticas*. Si bien dicha Declaración dispone en el artículo 6, que “*en investigación médica en seres humanos, el bienestar de la persona que participa en la investigación debe tener siempre primacía sobre todos los otros intereses*”, también es cierto que reconoce en el Artículo 8 de la misma que “*en la práctica de la medicina y de la investigación médica, la mayoría de las intervenciones implican algunos riesgos y costos*”.

Por ello, entre las pautas éticas que deben respetar los investigadores para elegir a sus sujetos de investigación de un ensayo clínico, se requiere que, en

principio, no se trate de poblaciones vulnerables, como los serían, entre otros, los menores de edad. Artículo 9 Declaración de Helsinki: *...Algunas poblaciones sometidas a la investigación son particularmente vulnerables y necesitan protección especial. Estas incluyen a los que no pueden otorgar o rechazar el consentimiento por sí mismos y a los que pueden ser vulnerables a coerción o influencia indebida.*

Una vez aclarado este punto pasemos a continuación a determinar cómo se debe prestar el consentimiento informado para que los menores de edad puedan ser sujetos de un ensayo clínico. A la luz de la disposición legal que estamos analizando –Art. 5 de la Ley 41/2002 del 14 de noviembre– entendemos que debemos recurrir a las disposiciones especiales de aplicación a fin de determinar cuáles son los requisitos legales para incluirlos.

El Real Decreto 1090/2015 del 04 de diciembre, “Por el que se regulan los Ensayos Clínicos con Medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos”, Capítulo II, “Protección de los Sujetos del Ensayo y Consentimiento Informado”, Artículo 3. Requisitos Generales. Inciso 2 establece lo siguiente: *“Los ensayos clínicos deberán realizarse de acuerdo con la Declaración de Helsinki sobre los principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos, aprobada por la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial y teniendo en cuenta el Convenio de Oviedo para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, así como a cualesquiera otras normas que pudieran resultar de aplicación”.*

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo recién transcripto, recurrimos en primer lugar, a la mentada Declaración de Helsinki. En la última actualización de dicho instrumento normativo, efectuada en el año 2008, se dispone cuanto sigue:

Artículo 27: *“Cuando el individuo potencial sea incapaz, el médico debe pedir el consentimiento informado del representante legal. Estas personas no deben ser incluidas en la investigación que no tenga posibilidades de beneficio para ellas, a menos que ésta tenga como objetivo promover la salud de la población representada por el individuo potencial y la investigación implica sólo un riesgo y costo mínimos.*

Y el Artículo 28: *Si un individuo potencial que participa en la investigación considerado incompetente es capaz de dar su asentimiento a participar o no en la investigación, el médico debe pedirlo, además del consentimiento del representante legal. El desacuerdo del individuo potencial debe ser respetado.*

Entonces, según el citado instrumento internacional, la utilización de menores de edad para ensayos clínicos está prohibida en principio, pero no en forma absoluta, sino que admite excepciones y condiciones de realización. Si se dan esas situaciones excepcionales, se puede utilizar a menores como sujetos de ensayos clínicos, con la debida autorización legal de sus padres o tutores legales y en cumplimiento de la demás condiciones establecidas por el mismo.

Por su parte el *Convenio de Oviedo para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina*

regula las intervenciones médicas y/o la investigación científica en personas que no tengan capacidad de expresar un consentimiento informado, en el texto de los artículos 6 y 17. La interpretación correlativa de los mismos nos permite concluir que es improcedente utilizar a estas personas como sujetos de investigación salvo circunstancias especiales individualizadas en la ley, y que una de las condiciones a cumplir para hacerlo, es que el consentimiento informado sea prestado a través de un representante legal, cuando según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención/investigación científica.

¿Y qué dice la ley al respecto? Como ya lo hemos visto, el art. 5 de la Ley 41/2002 del 14 de noviembre, remite a las normas generales sobre mayoría de edad cuando se trata de prestar un consentimiento informado para que un menor sea sujeto de un ensayo clínico.

En consecuencia podemos concluir que tanto por la Declaración de Helsinki, como por el Convenio de Oviedo, se necesita que el menor actúe bajo la representación legal de sus padres o tutores legales cuando se trata de prestar un consentimiento informado para ser sujeto de un ensayo clínico, hasta que cumpla la mayoría de edad, que se alcanza a los 18 años de edad, según el “Real Decreto-Ley No. 33/78 del 16 de noviembre, sobre Mayoría de Edad”, exigencia que encontramos plenamente justificada, por las razones que hemos expuesto más arriba.

En cuanto a la práctica de técnicas de reproducción asistida, según el artículo 5, se rige por las disposiciones especiales de aplicación. La ley española sobre Técnicas de Reproducción Asistida, No. 14/2006 –arts. 5 inc. 6 y art. 6 inc. 1–, establece como únicos requisitos para ser usuaria o donante de semen u óvulos, el tener 18 años cumplidos y el prestar el consentimiento informado.

Entiendo que en estos casos, la persona tiene que tener 18 años cumplidos necesariamente, en otras palabras, un menor de edad no puede actuar bajo la figura de la representación legal de sus padres en esos casos. No se trata de una decisión que los padres pueden tomar en representación de sus hijos/as menores en virtud de la patria potestad que ejercen sobre ellos, ni siquiera si se trata de un menor emancipado o mayor de 16 años. Si bien la ley española no es una ley caracterizada por su intervencionismo, si la comparamos con las leyes especiales de otros países, entiendo que cuando habla de que el usuario de una técnica de reproducción asistida tiene que tener 18 años, se refiere textualmente a eso, que tiene que tener 18 años.

Recordemos que el fin de esos procedimientos es tener descendencia, por ende, en aras del interés de los niños/as que nazcan como producto de estas prácticas –que es prevalente según la Convención de los Derechos del Niño–, lo mínimo que se puede exigir a los futuros padres es que tengan la madurez y la estabilidad económica necesarias para acogerlos en el seno de un hogar.

Además, la reproducción asistida, al incluir en su realización a personas extrañas al ámbito de la pareja, abre las puertas para la intervención del



Estado, pues no se trata exclusivamente de un hecho íntimo, como lo es la reproducción por cópula sexual, sino que participan en él los médicos, enfermeras, y demás personal de la clínica de fertilización. Debido a ello es factible poner una edad mínima, u otras condiciones, como lo hacen otros países, cuando exigen por ejemplo que se trata de una pareja casada, o unión de hecho estable, o pareja heterosexual, infértil, etc.

#### IV. CONCLUSIONES

1. La Patria Potestad debe ejercerse por los padres a favor de sus hijos/as menores de edad, según el principio del interés superior del niño/a y adolescente, pero sin desconocer que los intereses de la familia priman por sobre los intereses de sus miembros, pues lo cierto es que la familia sigue siendo la base de la sociedad.
2. La representación legal ejercida por los padres hoy en día a favor de sus hijos/as menores de edad encuentra numerosas excepciones que se basan en el paradigma de la protección integral (DD.HH), la capacidad progresiva del menor (DD.HH.) y el principio de autonomía (Bioética).

#### BIBLIOGRAFÍA

- Ley No. 26/2015 del 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.
- Código Civil Español, Ley del 26 de mayo de 1889 y sus modificaciones.
- Ley básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, No. 41 del 14 de noviembre de 2002.
- Real Decreto 1090/2015 del 04 de diciembre, “Por el que se regulan los Ensayos Clínicos con Medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos”.
- Real Decreto-Ley 33/78 del 16 de noviembre sobre Mayoría de Edad.
- Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial. Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos. 59º Asamblea General, Seúl, Corea, octubre 2008.
- Convenio para la Protección de los Derechos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina firmado en Oviedo, el 04 de abril de 1997.
- PUCHETA DE CORREA, Alicia. Manual de Derecho de la Niñez y Adolescencia. Editorial QR Producciones Gráficas. Asunción-Paraguay. Año 2001.

VIDAL GIL, Ernesto J. “Los retos actuales de la bioética: ¿Qué hacer con los principios?”. En *Bioética y nuevos derechos*. Editorial Comares. Granada-España. Año 2016.

FAMÓS AMORÓS, Esther. *Consentimiento a la Reproducción Asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Editorial Atelier. Barcelona-España. Año 2011.

LÓPEZ BERENGUER, José. “Naturaleza y contenido del derecho sobre el propio cuerpo (notas y comentario a la ley del 18 de diciembre de 1950)”. *digitum.um.es › xmlui › bitstream N 15*.