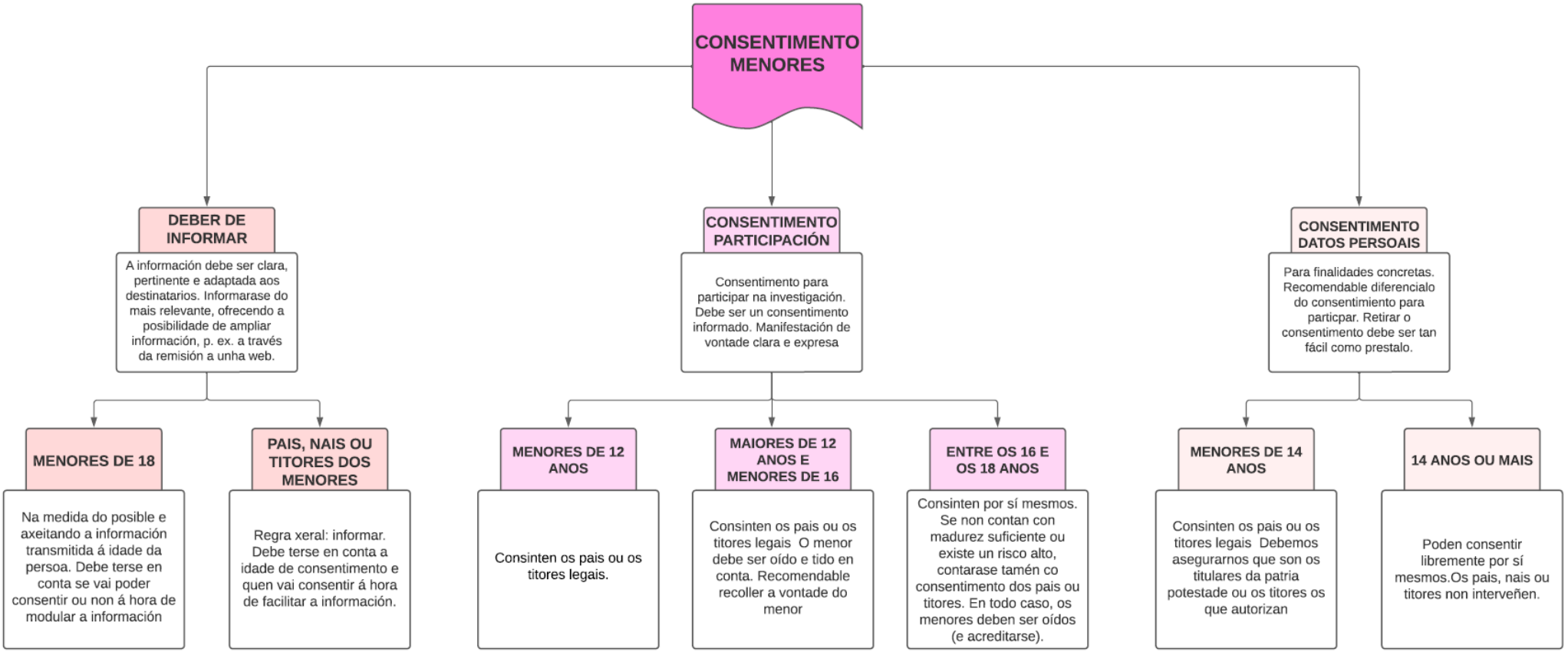
UNIVERSIDADE DA CORUÑA

INFORMACIÓN AOS PARTICIPANTES E OBTENCIÓN DOS CONSENTIMENTOS EN ESTUDOS CON MENORES DE IDADE

Este documento realízase co obxectivo de facilitar a decisión das persoas investigadoras á hora de abordar a fase de información e obtención dos consentimentos en estudos que se leven a cabo con menores de idade en España.

Contén dúas partes, unha primeira, eminentemente aplicada, na que se presenta unha árbore de decisión que permita ás persoas investigadoras afrontar con maiores garantías as fases de información aos participantes, obtención do consentimento de participación, e obtención do consentimento para o tratamento dos datos da investigación. A segunda parte presenta os fundamentos xurídicos desta árbore.

Cómpre indicar a dificultade desta decisión nalgúns casos; sobre todo naqueles de menores con necesidades especiais, toda conta que a idade cronolóxica non sempre vai parella á madurez da persoa. Debe ser entendida a árbore de decisión, polo tanto, como unha norma xeral, que deberá de ser adaptada cando as características dos menores participantes na investigación así o requiran.



**Regras xerais, sen perxuízo da eventual necesidade de adecuación ás particulares condicións de desenrolo que se poidan dar nalgúns casos

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

En España, se consideran menores las personas con menos de 18 años. Así lo establece la Constitución Española (Art.12) "*Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años*" y el Código Civil (Art. 240) "*La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos. Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento*."

A su vez, la legislación define a la persona menor de edad emancipada, como aquella mayor de 16 años y menor de 18 años. A estas personas, desde el punto de vista del derecho privado se les considera como mayores de edad por lo que apenas tiene límites (no confundir con el ámbito de derecho público, así por ejemplo un menor emancipado no puede votar). De tal modo, indica el Código Civil (Art. 247) "*La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayoría edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus progenitores y, a falta de ambos, sin el de su defensor judicial. El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio. Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad."*

Por otra parte, en cuanto al Régimen de Guarda, los menores no emancipados están, conforme define la legislación española, bajo la patria potestad de los progenitores. El artículo 154 del Código Civil además atribuye a los progenitores distintos deberes en relación con el menor: "*Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, 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.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.*
>
> *2.º Representarlos y administrar sus bienes.*
>
> *3.º Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial.*

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad."

Asimismo, añade que "*Si los hijos o hijas tuvieren suficiente* ***madurez*** *deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean*

accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario".

En cuanto a la ***madurez*** es un tema muy casuístico, no hay una norma en la que se nos diga con carácter general a qué edad pueden realizarse válidamente actos con trascendencia jurídica, pero si tenemos en cuenta que ***a partir de los 12 años*** los niños/as deben ser necesariamente escuchados/as (por ejemplo en los procesos de separación o divorcio), se podría pensar que a partir de esa edad en general podrían consentir, salvo que la ley estableciese una edad diferente para un caso en concreto (así ocurre, por ejemplo, en relación a la donación de un órgano por donante vivo, puesto que por mucha madurez que tenga un menor de edad no puede consentir la donación de un riñón pues se establece sin paliativos la exigencia de que se trate de un mayor de edad vid. Art.8.1.a) del Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre). Otras veces, sin embargo, la previsión modifica la edad para el consentimiento. Así ocurre, por ejemplo, con la posibilidad de otorgar testamento (Art. 663 CC "***No pueden testar: 1.º La persona menor de catorce años****. (…)*", en concreto a partir de esa edad pueden otorgar testamento abierto notarial). Algo similar ocurre en relación con el tratamiento de datos de carácter personal. En concreto Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, establece en su art.7 que "1. *El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando* ***sea mayor de catorce años****. Se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento. 2. El tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela*[1]*, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela."*

Consentimiento de los menores:

En cuanto al consentimiento en caso de menores, tenemos referencias a partir de lo establecido en el Código Civil, en concreto de lo previsto en el art. 162 "*Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados.*

Se exceptúan:

1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y

[1] Tutela (en caso de privación o de muerte de ambos progenitores, Código Civil: Art. 199). "*Quedan sujetos a tutela: 1.º Los menores no emancipados en situación de desamparo. 2.º Los menores no emancipados no sujetos a patria potestad.*"

asistencia. 2.º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo. 3.º 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 este si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158."

En relación con los tutores el Código Civil indica en su Art. 225 "*El tutor es el representante del menor, salvo para aquellos actos que este pueda realizar por si solo o para los que únicamente precise asistencia.*"; y en el Art. 227 "*Los tutores ejercerán su cargo en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos. Cuando sea necesario para el ejercicio de la tutela podrán recabar el auxilio de la autoridad*."

Por lo que en este contexto interesa nos quedamos con el primer apartado del mencionado art.162 CC y con el art. 225 CC de lo que cabe colegir: **Si carecen de madurez suficiente se prestará el consentimiento por representación, es decir, serán los representantes legales (padres o tutores) los que consientan (suplan al menor) y deberán hacerlo atendiendo al interés superior de éste. Si tienen madurez suficiente serán los propios menores los que consientan por sí mismos.**

Por último, señalar que en todo caso hay que atender a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LOPJM). En particular por lo que nos interesa en relación al consentimiento cabe destacar que:

a) "*Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor*" (último inciso del art. 2.1 LOPJM), por lo tanto, en la duda hay que decantarse por la solución que confiera o reconozca mayor capacidad al menor.

b) "*En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.*

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados." (art. 2.4 LOPJM), es incuestionable el interés superior de las personas menores de edad.

c) "1. *El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que*

esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. ***La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.***

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración." (art. 9 LOPJM)

Por lo tanto, de los apartados a), b) y c) se puede concluir que:

- En la duda hay que decantarse por la solución que confiera o reconozca mayor capacidad al menor.

- Siempre que sea posible habrá que contar con el consentimiento del propio menor.

- El interés superior del menor debe ser un principio informador de cualquier decisión que se adopte respecto de los mismos.