



Trabajo Fin de Grado

¿QUÉ PROBLEMAS PLANTEA LA LEY DE AUTONOMÍA RESPECTO AL MENOR DE EDAD?

Autora:

M^a Belén López Roldán

Directora:

M^a Teresa Criado del Río

FACULTAD DE MEDICINA
CURSO ACADÉMICO: 2015-2016



INDICE

ABREVIATURAS

RESUMEN

I.	INTRODUCCIÓN:.....	4
II.	EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y EL MENOR DE EDAD EN LA LEY DE AUTONOMÍA:..	5
II.1.	El consentimiento informado por representación en el menor de edad.....	5
II.1.1)	Ley 41/2002, de 14 de noviembre, y consentimiento por representación:.....	5
II.1.2)	Modificación por la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia. Situación actual.....	8
II.2.	Excepciones del menor maduro de acuerdo con la Ley 41/2002:.....	10
II.2.1)	Ensayos clínicos.....	11
II.2.2).	Reproducción Humana Asistida (TRA).....	14
II.2.3)	Interrupción voluntaria del embarazo.....	14
II.2.3)	Situaciones de grave riesgo para la salud y la vida, bajo criterio médico.....	18
II.2.4)	Instrucciones previas o voluntades anticipadas:.....	19
III.	SITUACIONES PROBLEMÁTICAS QUE PLANTEA LA LEY DE AUTONOMÍA EN LA OBTENCIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL MENOR DE EDAD:.....	20
III.1.-	Otras excepciones del menor maduro en el Código Penal.....	20
III.1.1)	Cirugía transexual.....	21
III.2.2)	Esterilización.....	23
III.3.3)	Trasplante de órganos.....	23
III.2.	Valoración de la capacidad para decidir del menor maduro y de la capacidad para opinar del menor de edad:.....	26
III.3.	Problemática de las situaciones de “grave riesgo: para la salud y la vida”, bajo criterio médico.....	31
III.3.1)	Actuación médica ante la opinión discordante entre los representantes legales y el menor de edad y/o el facultativo.....	32
III.3.2)	¿Limitación del derecho del consentimiento informado en el menor maduro?:....	35
III.4.	Testigos de Jehová. Transfusiones de sangre.....	36
III.5.	Problemática del niño sano y las vacunas ¿se puede extrapolar a otras situaciones? Cirugía estética.....	40
IV.	POSIBLES SOLUCIONES.....	43
V.	CONCLUSIONES.....	48
VI.	BIBLIOGRAFÍA.....	51



ABREVIATURAS

CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CI	Consentimiento Informado
CP	Código Penal
LGS	Ley General de Sanidad
LO	Ley Orgánica
LOSSRIVE	Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva e Interrupción Voluntaria del Embarazo
RD	Real Decreto
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TRA	Técnicas de Reproducción Asistida
OMC	Organización Médica Colegial

RESUMEN

La figura del menor en el ámbito de la sanidad y la capacidad para emitir su consentimiento, siempre ha sido un punto de controversia, dada la dificultad de establecer de una manera adecuada el concepto legal de mayoría de edad, que de modo sistemático se delimita mediante criterios cronológicos, en los que se supone que la persona ha alcanzado la madurez intelectual y volitiva suficiente para emitir el consentimiento informado en materia sanitaria. La Ley de autonomía del paciente de 2002 marcó un hito en la legislación sanitaria española regulando la mayoría de edad para la realización de los actos médico-sanitarios y el consentimiento por representación, aunque ésta Ley desde los puntos de vista médico y jurídico no llegó a resolver todos los problemas que se pueden dar en la práctica. Las recientes modificaciones legislativas del 2015 sobre el menor maduro, mantienen su problemática y nos crean nuevas situaciones que debemos analizar. La finalidad de este trabajo no es otra que plantear los principales problemas vinculados con el ejercicio del derecho del consentimiento informado del



menor de edad civil, menor de edad maduro... y aportar soluciones. ¿Cuándo puede decidir el menor de edad?, ¿Cuándo tiene capacidad para emitir su opinión?, ¿Qué ocurre en las situaciones de riesgo grave para la salud o la vida?, ¿En qué situaciones se debe obtener el consentimiento por representación?, ¿Qué ocurre con los hijos de los testigos de Jehová?...Estas y otras cuestiones son las que vamos a abordar en el presente trabajo que sin duda son de interés para todos los profesionales sanitarios que realizan una actuación con un menor de edad, porque todos debemos actuar de acuerdo con una buena práctica sanitaria y porque estas situaciones nos entrañan una gran responsabilidad.

ABSTRACT

The figure of the underage patients and their legal capacity to decide about medical matters has always been controversial. This is due to the difficulty to establish in an appropriate way the legal concept of legal age that is acquired by chronological criteria. Is according to this chronological criteria that every person is supposed to reach the intellectual and volitive maturity that would able them to sign the informed consent in medical matters. The autonomy Law made the difference in Spanish Law in 2002 by regulating the age of majority for the performance of medical acts and the representative consent. However, this Law from the medical and legal points of view did not solve all the problems linked to the exercise of medicine. The recent modifications in the Law made in 2015 about the mature underage patient, keep setting out problems and create new situations that must be analysed. The purpose of this paper is to lay out all the problems linked to the exercise of the rights and the informed consent of the underage patient and to give solutions. When is the underage patient able to give an opinion? What happens when facing a vital situation or risky situation for health or for life? In which situations is it necessary to obtain the represented consent? What is to do with the sons of Jehova's witnesses? These and many other questions will be analyzed in the current paper. Questions that, without any doubt, are really important for every health professional that take part in medical acts with underage patients, because all of us must act according to a good professional practice and also because these situations require great responsibility.



I.INTRODUCCIÓN:

La Constitución Española propugna como valor superior de su ordenamiento jurídico la libertad (art.1). Además la Constitución Española garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley (art. 16).

En España, el Código Civil establece la mayoría de edad civil en los 18 años (art. 315 CC). Asimismo, el art. 19 del vigente Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, fija efectivamente la mayoría de edad penal en los dieciocho años y exige la regulación expresa de la Responsabilidad según la Ley Penal del menor de dicha edad en una Ley independiente.

A nuestros efectos, el derecho más importante de los adquiridos al alcanzar la mayoría de edad, es el de la determinación de la capacidad de obrar de las personas, expresión que se utiliza para aludir a la posibilidad, aptitud o idoneidad que tienen los seres humanos para ejercer o poner en práctica los derechos y obligaciones de los cuales son titulares, que se estima en el Código Civil, igualmente, en los 18 años (y los emancipados).

El derecho a la autonomía del paciente fue introducido por la Ley 14/1986, de 15 de abril, General de Sanidad (LGS), en su apartado 5 del artículo 10 que especificaba el derecho del paciente “a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.”, regulando así el derecho del paciente al consentimiento informado. La LGS estableció dentro de las excepciones del consentimiento informado, a los menores de edad de 18 años debiendo ser los padres o representantes legales los que emitieran el consentimiento respecto a las actuaciones sanitarias a realizar.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre (Ley de autonomía del paciente) derogó el apartado 5 del art. 10 de la LGS. De nuevo expresa con otros términos que el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles. Quedaba reflejado que “todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito” (art. Ley 41/2002, de 14 de noviembre). Sin embargo, presentó además como gran novedad la introducción del concepto del menor maduro, en el artículo 9 “con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento



por representación". Dicho concepto resultaba hasta este momento inexistente. La Ley de autonomía extrajo de las denominadas situaciones de excepción del consentimiento, el consentimiento por representación o sustitución.

La regulación del derecho a la autonomía del menor maduro efectuada por la Ley de autonomía, fue modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

El abordaje de los problemas que nos plantea la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, teniendo en cuenta su modificación, los iniciamos con la descripción de los preceptos que regulan la autonomía del menor que sientan las bases o puntos de partida, para llevar a cabo el análisis de los supuestos generales y particulares en el ámbito de la sanidad, algunos de los cuales cuentan con legislación propia así como la jurisprudencia existente al respecto.

También analizaremos situaciones controvertidas por carecer de regulación, por ser a priori su regulación insuficiente o inconcreta ó por tratarse de cuestiones a las que un médico se enfrenta en el día a día, y para las cuales precisa del conocimiento de sus bases legales y éticas.

II. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y EL MENOR DE EDAD EN LA LEY DE AUTONOMÍA:

[II.1. El consentimiento informado por representación en el menor de edad.](#)

[II.1.1\) Ley 41/2002, de 14 de noviembre, y consentimiento por representación:](#)

La Ley de autonomía 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 (Ley de autonomía), tiene por objeto la regulación de los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente y de información y de documentación clínica (art. 1).



En su artículo 8 se refiere al derecho del paciente a emitir de manera libre y voluntaria el consentimiento a la hora de aplicársele un procedimiento médico sanitario tras haber recibido la información pertinente y haber valorado las opciones propias del caso.

El artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre recoge la definición de “consentimiento informado”:

“Consentimiento informado: la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.”

El consentimiento se emitirá verbalmente y quedará reflejado en la historia clínica, salvo en los casos de intervención quirúrgica, procedimientos invasivos y aplicación de procedimientos que supongan riesgos o que puedan previsiblemente tener una repercusión negativa sobre la salud del paciente que precisan de la elaboración de un documento de consentimiento informado de acuerdo con los requisitos de la Ley. Al igual que el paciente tiene derecho a optar por los actos diagnóstico o terapéuticos, también tiene la derecho a revocar libremente cuando lo desee dicho consentimiento (art.8).

La Ley de autonomía, regula el consentimiento por representación, en el artículo 9. En sus apartados 3,4 y 5, señala los supuestos en los que se llevará a cabo la intervención terapéutica mediante el consentimiento por representación:

“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 esté incapacitado legalmente.

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 si tiene doce años cumplidos.

Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

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

5. 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”.

El menor maduro es el término utilizado generalmente para designar a los adolescentes menores de edad desde el punto de vista legal, pero con capacidad suficiente para involucrarse en la toma de decisiones, tanto médicas, como de otro tipo. Este criterio o concepto, en el que se encuentra intrínseco el derecho a la información sanitaria que tiene el paciente, ha adquirido en los últimos años cada vez más importancia, dada la participación activa de los adolescentes en nuestra sociedad. A diferencia de lo que sucede en los adultos, a los que se les supone la capacidad de autonomía, en los menores debe demostrarse su capacidad y madurez, y esta verificación le compete al médico responsable del paciente¹.

Subrayamos que Ley exige la capacidad intelectual y emocional (volitiva) del menor para conocer el alcance de la intervención sanitaria. De esta manera, alude a conceptos subjetivos que requieren una detallada valoración puesto que queda en manos del facultativo responsable del acto sanitario, la decisión acerca de si el “menor maduro” tiene o no capacidad para comprender y para decidir correctamente y ejercer un derecho propio de la mayoría de edad legal (Principio de Autonomía).

¹ Jacob, M. S. (2005). El menor maduro. *Boletín de Pediatría*, 45(193), 156-160.



II.1.2) Modificación por la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia. Situación actual.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, adopta un modelo que “a priori” busca una actitud más protectora hacia los menores por parte del Estado. Dicha Ley atiende a la Constitución Española, concretamente al artículo 39, que señala: la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y en especial de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

La Disposición final segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, modifica el art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, en sus apartados 3, 4 y 5 y añade los apartados 6 y 7, 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”.



Se introducen por lo tanto una serie de modificaciones en lo relativo al consentimiento por representación del menor maduro.

Entre ellas, destacamos inicialmente que cuando el facultativo considere estar ante una situación de gravedad para la vida o salud del paciente, se requerirá la aprobación por parte del representante legal para obtener el consentimiento informado y se tendrá en cuenta la opinión del menor. Dicha regulación modifica la Ley anterior. En este caso, se tenía en cuenta la opinión de los progenitores del menor maduro o emancipado, no siendo necesario el consentimiento de estos, sino del propio menor.

Introduce otras novedades legislativas, como la pauta de actuación a seguir cuando los representantes legales deciden de forma contraria al menor maduro o a sus intereses, requiriendo entonces autorización judicial, de manera que por parte del Estado, debe prevalecer la vida del paciente por encima de las decisiones que él mismo o sus representantes legales adopten. Y, en las situaciones de urgencia, permite al facultativo intervenir incluso sin el consentimiento legal por parte del paciente, de los representantes legales y sin autorización judicial, quedando amparados por la Ley pudiendo alegar causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

II.2. Excepciones del menor maduro de acuerdo con la Ley 41/2002:

La Ley de autonomía hace referencia expresa a las actuaciones médicas de excepción del menor maduro y que cuentan con regulación propia.

Art. 9.4, Ley 41/2002, de 14 de noviembre: “La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.”



II.2.1) Ensayos clínicos.

El Real Decreto 1090/2015, de 4 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, determina la necesidad de que la investigación científica con ensayos clínicos con medicamentos se lleve a cabo asegurando los derechos de las personas. Queda reflejado en su introducción, la necesidad de “fomentar la investigación clínica de medicamentos huérfanos y de medicamentos destinados al tratamiento de grupos de población como niños, mujeres y ancianos que tradicionalmente han estado poco representados en la investigación clínica.”

Respecto a la práctica de ensayos clínicos en los menores de edad, el RD 1090/2015, de 4 de diciembre, recoge los aspectos relativos al tema que nos ocupa:

El Artículo 2 aporta las definiciones legales en materia de ensayos clínicos, incluyendo de manera precisa la definición de “menor”, “consentimiento informado” y “representante legalmente designado”:

h) «Menor»: Sujeto de ensayo, que según 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, no ha alcanzado la edad legal para dar su consentimiento informado.

w) «Consentimiento informado»: La expresión libre y voluntaria por parte de un sujeto de ensayo clínico de su voluntad de participar en un ensayo clínico determinado, tras haber sido informado de todos los aspectos del mismo que sean pertinentes para su decisión de participar o, en el caso de los sujetos de ensayo menores o incapaces, una autorización o acuerdo de sus representantes legalmente designados de incluirlos en el ensayo clínico.

n) «Representante legalmente designado»: Persona física o jurídica, autoridad o institución que, de acuerdo con la ley nacional, tiene la capacidad de otorgar el consentimiento informado en nombre de la persona con la capacidad modificada para dar su consentimiento o el menor.



En el Artículo 5 queda recogida de manera explícita la regulación referente a los ensayos clínicos en menores de edad:

“1. Solo podrá realizarse un ensayo clínico con menores si, además de las condiciones establecidas en los artículos 3 y 4 de este real decreto, se cumplen todas las que se enumeran en el artículo 32 del Reglamento (UE) n.º 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014.

2. El CEIm que se encargue de evaluar la parte II del informe de evaluación de un ensayo clínico con menores debe contar entre sus miembros con expertos en pediatría o haber recabado asesoramiento sobre las cuestiones clínicas, éticas y psicosociales en el ámbito de la pediatría.

3. Será necesario que se haya obtenido el consentimiento informado previo de los padres que no estuvieran privados de la patria potestad o del representante legal del menor, a quien deberá oírse si, siendo menor de doce años, tuviera suficiente juicio. El documento de consentimiento informado de los padres será válido siempre que vaya firmado por uno de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro que debe quedar suficientemente documentado, según lo dispuesto en el artículo 156 del Código Civil. Cuando las condiciones del sujeto lo permitan y, en todo caso, cuando el menor tenga doce o más años, deberá prestar además su consentimiento para participar en el ensayo.”

Por lo tanto, no basta con el consentimiento por parte del representante legal para la inclusión del menor en un ensayo clínico, sino que es esencial también el consentimiento del sujeto de dicho ensayo. En el caso de que el menor tenga doce o más años su consentimiento deberá incluirse para poder llevar a cabo la realización del ensayo, convirtiéndose así en una de las excepciones en materia sanitaria de la Ley de autonomía de 2002.

Cabe destacar en relación a la figura del menor, que la regulación de los ensayos clínicos resultó un hito en materia legal puesto que en el Real Decreto 561/1993, de 16 de abril, por el que se establecen los requisitos para la realización de ensayos clínicos



con medicamentos se reconocía por primera vez el estatus jurídico del menor en el ámbito sanitario. Dicho Real Decreto, (derogado por el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos) dispone a este respecto en su artículo 12.5 que “en los casos de sujetos menores de edad e incapaces, el consentimiento lo otorgará siempre por escrito su representante legal, tras haber recibido y comprendido la información mencionada. Cuando las condiciones del sujeto lo permitan y, en todo caso, cuando el menor tenga doce o más años, deberá prestar además su consentimiento para participar en el ensayo, después de haberle dado toda la información pertinente adaptada a su nivel de entendimiento”.

Dicha norma recoge ex novo un derecho del menor en el ámbito sanitario: el derecho del menor de doce o más años a ser informado acerca del ensayo clínico y a prestar su consentimiento conjuntamente con sus representantes legales. Se consagra, por tanto, el derecho del menor a ser escuchado.²

No obstante, debemos destacar que la Ley de autonomía remite a la regulación específica de ensayos clínicos. Hasta el año 2004 permaneció vigente el RD Real Decreto 561/1993, de 16 de abril según el cual a partir de los doce años, se requeriría el consentimiento del menor conjuntamente con el de sus progenitores estableciéndose la mayoría de edad para ensayos clínicos a los dieciocho años constituyendo así otra de las excepciones de la Ley de autonomía en lo referente al menor maduro.

Actualmente, según queda expresado en la definición de “menor” que el vigente Real Decreto ofrece, debemos ceñirnos a la Ley de autonomía que regula la mayoría y minoría de edad en el ámbito sanitario. Por tanto, un menor con dieciséis años cumplidos, puede otorgar un consentimiento informado. Dicha definición nos origina otro punto de controversia, dado que la Ley de autonomía ha sido modificada en lo referente al menor. Por tanto si nos atenemos a la legislación vigente, en caso de encontrarnos ante una situación que pueda suponer un grave riesgo para la vida o salud del paciente, el consentimiento informado será emitido por los progenitores. ¿Constituyen los ensayos clínicos situaciones de grave riesgo para la vida o salud del menor?, ¿quién debe entonces emitir el consentimiento?

² JÄÄSKELÄINEN, F. D. M. (2014). El menor: un paciente complicado (al menos, desde la perspectiva legal). *Revista CESCO de Derecho de consumo*, (8), 289-305.



II.2.2). Reproducción Humana Asistida (TRA).

La Ley 41/2002 también remite a la normativa específica de técnicas de reproducción asistida.

Estudiada la normativa de TRA, la posibilidad de que un menor acceda a las TRA, bien como donante, bien como usuario de la mismas está descartada en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en cuyos arts. 5.6 y 6 se exige que tanto los donantes como las usuarias sean mayores de 18 años³.

II.2.3) Interrupción voluntaria del embarazo.

El aborto fue admitido legalmente en España con la LO 9/1985, de 5 de julio, sobre Interrupción Voluntaria del Embarazo. La Ley de IVE exigía la mayoría de edad (18 años) para practicar el aborto de acuerdo con sus restantes requisitos de manera que cuando fue publicada la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, al seguir vigente ésta, podemos considerarla una de las excepciones del menor maduro puesto que solo las mujeres mayores de 18 años podían no siendo válido el CI de los representantes legales.

Así quedaba recogido en la Ley de autonomía de 2002 “la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.”

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (LOSSRIVE), que derogó la ley anterior, en el art.13, reguló los principios que rigen los derechos de la menor madura, permitiendo que no se informase a los representantes legales.

“En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas

³ ALVENTOSA DEL RIO, Josefina. Consentimiento informado del menor en el ámbito de la sanidad y la biomedicina en España. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 2015, no 20, p. 264-290.



de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer.

Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo.”

La obligación de informar a los representantes legales o tutores de las mujeres con edades comprendidas entre los 16 y los 17 años, estaba en consonancia con la Ley de autonomía del 2002 antes de su modificación por la Ley 26 /2015, de 28 julio, porque “en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”.

Así, se concede a la menor madura el derecho a otorgar el consentimiento sin ser necesario el del representante legal, pudiendo ser omitida la información dada a éstos en caso de alegar la menor posibilidad de conflicto grave.

Apunta de Lama Aymá que lo habitual es que el menor maduro permita que se informe a los padres, pero el problema se presentaba cuando el menor maduro se oponía expresamente a que se comunique su situación médica a sus padres.⁴ En relación con la información a los padres o tutores, la Ley nada indicaba sobre el modo en que se había de alegar o fundamentar la presencia de los riesgos a los que se hacía alusión, por lo que nada impide pensar que bastaría simplemente con que la menor manifestase que ella así lo consideraba, independientemente de los argumentos que presentase para justificarlo.⁵

El art.13 de la LOSSRIVE fue suprimido por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad

⁴ DE LAMA AYMÁ, Alejandra. La confidencialidad en el ámbito médico: aspectos problemáticos del deber de secreto en la interrupción del embarazo de una menor de edad. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2006, no 2, p. 347.

⁵ IBÁÑEZ, Alejandro González-Varas. Aspectos ético-jurídicos de la regulación del aborto en España. Estudio realizado a partir de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2010, no 23, p. 3.



modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo.

“Artículo primero. Modificación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Se suprime el apartado cuarto del artículo 13, que queda sin contenido.

Artículo segundo. Modificación 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.

Se modifica el apartado 5 del artículo 9, que queda redactado de la siguiente manera:

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

Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.

Las razones de la modificación mostradas en su “exposición de motivos” se apoyan en argumentos tales como: “La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, extendió la capacidad de otorgar el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo a las menores de 16 y 17 años, equiparándolas al régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad, que está establecido en el Código Civil.”, por ello, con el fin de superar la singularidad de este cambio, que supuso la necesaria modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, se rectificó el régimen de consentimiento de la menor madura para la interrupción voluntaria del embarazo. De este modo, para la interrupción voluntaria del embarazo de las menores de edad será preciso, además de la manifestación de su voluntad, el consentimiento expreso de los titulares de la patria



potestad. La reforma alega que el hecho de que las menores se encuentren acompañadas por sus representantes legales (progenitores, personas que ostenten la patria potestad...) es fundamental para situaciones de vital importancia e impacto futuro. Cita el artículo 154 del Código Civil, que establece que entre los deberes y facultades del ejercicio de la patria potestad está el de «velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral», y también el artículo 269, que dispone que «el tutor está obligado a velar por el tutelado», y, en particular, «a educar al menor y procurarle una formación integral». Por tanto, la necesidad de la reforma viene dada porque la LOSSRIVE impedía a los progenitores y tutores cumplir con la obligación recogida en el Código Civil, privando así a las menores de la protección que el mismo texto legislativo reconoce de poder contar, en un momento crucial y complicado de su vida, con la asistencia de quienes ejercen su patria potestad.

Actualmente, la situación final, a la hora de proceder por parte del médico, consiste en:

1.- La menor deberá contar con el consentimiento de sus representantes legales además de manifestar su voluntad para llevar a cabo la interrupción voluntaria del embarazo. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.

2.- Los responsables legales emitirán en su caso el consentimiento informado, requisito sin el cual, no será posible llevar a cabo la intervención.

Se hace una remisión al Código Civil, a fin de solucionar cualquier tipo de conflicto que surja al prestar el consentimiento por los representantes legales o cuando la decisión de estos pueda poner en peligro el interés superior del menor.

Podemos observar cierta similitud entre la LO 11/2015, de 21 de septiembre y la antes desarrollada LO 26/2015, de 28 de julio, dado que ambas suponen una modificación de leyes anteriores y como nexo en común tienen el denegar a los menores de entre 16 y 18 años el derecho a prestar el consentimiento para llevar a cabo una intervención médica siendo ellos los sujetos de dicha intervención. Asimismo



ambas introducen modificaciones con respecto a la Ley 41/2002 que regula el derecho de autonomía del paciente.

Se suprime así en la Ley 21/2015, de 21 de septiembre la figura del menor maduro como capaz de decisión legalmente relevante como a continuación se verá reflejado.

II.2.3) Situaciones de grave riesgo para la salud y la vida, bajo criterio médico.

La Ley 41/2002 de 14 de noviembre utiliza el criterio de la gravedad de la intervención como factor modulador del alcance de la confidencialidad de la información clínica del menor, la Ley no dice que los padres deban ser informados en todo caso cuando el paciente sea un “menor maduro”, sino que limita este deber a los casos de actuaciones de grave riesgo.

En efecto, la redacción original establece que cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación, incluso en casos de actuación de grave riesgo, en cuyo caso los padres únicamente serán informados y su opinión será tenida en cuenta.

En la disposición final segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, se introduce un nuevo apartado 4 en el artículo 9 referido a los menores emancipados o mayores de 16 años en relación a los cuales no cabe otorgar el consentimiento por representación, salvo cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud, quedando establecido que “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.”

Tal y como expresa Lomas: “El criterio determinante para sacrificar la intimidad del paciente menor de edad sigue siendo que estemos ante una situación de “grave riesgo para la vida o salud del menor”. Es decir la nueva redacción establece respecto de este mismo colectivo- pacientes menores emancipados o mayores de 16 años no incapaces ni incapacitados- que cuando se trate 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. O lo que es lo mismo, la nueva redacción el apartado 4 sustituye el consentimiento de los menores emancipados o mayores de 16 años por el consentimiento de los representantes.”⁶

II.2.4) Instrucciones previas o voluntades anticipadas:

En el documento de instrucciones previas, “una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas” (art. 11.1, ley 41/2002, de 14 de noviembre).

La Ley de autonomía establece una presunción legal de madurez a partir de la emancipación y, en todo caso, a partir de los 16 años, salvo unas excepciones reflejadas en el art 9.4. Sin embargo, la misma Ley, incorpora otra excepción que el médico no puede olvidar. El art. 11.1 “voluntades anticipadas” exige la mayoría de edad de 18 años. Lo mismo sucede, en la normativa autonómica, con algunas excepciones, como son la Valenciana y la Navarra, en cuyo ámbito territorial sí que reconocen plenamente la autonomía de estos menores para otorgar el documento de instrucciones previas.⁷ El resto de leyes autonómicas no difieren de la Ley de autonomía.

⁶Lomas, V (2015) informe 339/2015 de la agencia española de protección de datos, sobre acceso a la historia clínica de los menores entre 16 y 18 años, que dicho organismo ha remitido por su interés al servicio de salud de Castilla-la Mancha. *Publicaciones jurídicas*. Recuperado desde: <http://www.uclm.es/centro/cesco/>

⁷ GONZÁLEZ, José Ignacio Rodríguez. La autonomía del menor: su capacidad para otorgar el documento de instrucciones previas. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2005, no 2, p. 1419-1424.

III. SITUACIONES PROBLEMÁTICAS QUE PLANTEA LA LEY DE AUTONOMÍA EN LA OBTENCIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL MENOR DE EDAD:

III.1.- Otras excepciones del menor maduro en el Código Penal.

Las situaciones a las que a continuación nos referiremos (cirugía transexual y esterilización) constituyen una excepción de la Ley de autonomía por omisión. No se hace ninguna referencia en la Ley de autonomía a estos supuestos que sí quedan reflejados en el Código Penal. Sí remite a la legislación específica de trasplantes la Ley de Autonomía.

El Código Penal 1995 en sus artículos 155 y 156 establecía los casos en los que sería o no punible la realización de intervenciones dirigidas a esterilización, cirugía transexual y trasplante de órganos, excluyendo al menor de edad de la posibilidad de otorgar tal consentimiento (art. 155). Tampoco se consideraba válido para estos supuestos el consentimiento por representación (art.156). Sin embargo, quedaba reflejado “no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.”

Con posterioridad, entró en vigor la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

El Artículo ochenta y cuatro modifica el artículo 156, estableciendo que “el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.” De nuevo, se excluye al menor de la posibilidad de otorgar el consentimiento informado,



quedando como única posibilidad en el caso de encontrarnos ante un menor de edad, el solicitar la autorización judicial, atendiendo siempre al fin de “salvaguardar el mayor interés del afectado con arreglo a lo establecido en la legislación civil”

Queda ampliado el contenido de la LO 1/2015, de 30 de marzo en lo referente a cirugía de esterilización con la Disposición adicional primera acerca de la autorización judicial de esterilización:

“La esterilización a que se refiere el párrafo segundo del artículo 156 del Código Penal deberá ser autorizada por un juez en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior, a instancias del representante legal de la persona sobre cuya esterilización se resuelve, oído el dictamen de dos especialistas y el Ministerio Fiscal, y previo examen por el juez de la persona afectada que carezca de capacidad para prestar su consentimiento.”

No hallamos diferencias significativas entre los artículos 155 y 156 del CP de 1995 y su modificación posterior por la LO 1/2015, de 30 de marzo, puesto que en ningún caso se considera válido el consentimiento emitido por el paciente menor de edad ni tampoco el consentimiento por representación para los supuestos de cirugía transexual, trasplantes y esterilización, debiendo recurrir a la autorización judicial.

III.1.1) Cirugía transexual

En el año 2007, el Gobierno aprobó la Ley de Identidad de Género, que permite cambiar de nombre y de sexo sin cirugía y sin sentencia judicial. Pero esta norma se ciñe exclusivamente a los requisitos necesarios para cambiar una inscripción en el Registro Civil.⁸

En relación a los menores transexuales los expertos se han planteado la cuestión de si se les debe aplicar los tratamientos médicos, en particular, la terapia hormonal antes de llegar a los 18 años. Las leyes autonómicas sobre identidad de género han optado por permitir dicha aplicación con carácter general, dispensándose la atención sanitaria de

⁸ De Lorenzo, R. Publicado en Redacción Médica el Martes 17 de marzo de 2009. Número 967. Año V. disponible en: <http://derechosanitario-rdl.blogspot.com.es/2009/03/cirugia-transexual-y-derechos-de-los.html>



acuerdo con las normas establecidas en Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, y en las correspondientes leyes autonómicas de autonomía del paciente (arts. 5 de la Ley de Navarra, 11 de la Ley del País Vasco, 19.6 de la Ley de Andalucía y 7.1 de la Ley de Canarias, en la que se añade que “La negativa de padres o tutores a autorizar el tratamiento transexualizador podrá ser recurrida ante la autoridad judicial, que atenderá en último caso al criterio del beneficio del menor”).

Sin embargo respecto a la aplicación de la cirugía transexual, las leyes autonómicas sobre identidad de género establecen que ésta sólo será prestada a personas mayores de edad (arts. 6.5 de la Ley foral 12/2009, de 19 de noviembre de Navarra y 10.6 de la Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía). Por tanto, como se observa, la regulación del consentimiento de los menores en este ámbito se deriva a la Ley de autonomía nacional y autonómica del paciente.⁹

De esta manera, queda como única posibilidad recurrir a la autorización judicial en el caso de que el menor desee ser intervenido quirúrgicamente para ser sometido a una cirugía transexual.

III.2.2) Esterilización

En lo referente a la esterilización, quedaron establecidas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (modificada posteriormente por la Ley 1/2015, de 30 de marzo) las condiciones en las cuales eran legales llevar a cabo este tipo de procedimientos sin que fueran considerados actos delictivos.

⁹ ALVENTOSA DEL RIO, Josefina. Consentimiento informado del menor en el ámbito de la sanidad y la biomedicina en España. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 2015, no 20, p. 264-290.



No existe diferencia entre ellos, puesto que en ambos casos, se excluye al menor de la posibilidad de emitir el consentimiento para autorizar dicho procedimiento y tampoco es válido el consentimiento por representación, siendo únicamente válida la vía judicial.

En ambas se hace referencia a “salvaguardar el interés superior del menor”.

III.3.3) Trasplante de órganos.

Los trasplantes de órganos están regulados en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos. Tras su última modificación efectuada por el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad, entre los requisitos sobre la extracción de órganos en donante vivo, figura el siguiente

Art. 8: “El donante no deberá padecer o presentar deficiencias psíquicas, enfermedad mental o cualquier otra condición por la que no pueda otorgar su consentimiento en la forma indicada. Tampoco podrá realizarse la obtención de órganos de menores de edad, aun con el consentimiento de los padres o tutores.”

El Art.9 hace referencia al caso de donante fallecido. En lo referente a menores de edad se establece que “en el caso de que se trate de menores de edad o personas incapacitadas, la oposición podrá hacerse constar por quienes hubieran ostentado en vida de aquéllos su representación legal, conforme a lo establecido en la legislación civil”, dándoles el mismo trato, en realidad, que a los mayores de edad capacitados.

Según lo anteriormente expuesto, un menor de edad no tiene capacidad legal para otorgar su consentimiento en lo relativo a trasplante de órganos en ningún caso, ni tampoco cabe el consentimiento por representación. Es por ello, que en el año 2007 una menor de 17 años edad solicitó la intervención judicial para poder donar tejido hepático a su hija. La resolución de este caso, como explica Ruiz Jiménez “constituye el primer auto que se pronuncia en España sobre un supuesto de trasplante de órganos, en el que se



permite que donante y receptor sean menores; por tanto, no contamos con antecedentes sobre casos similares, destacando la problemática y la trascendencia humana y jurídica de esta cuestión.”¹⁰

También nos resulta de gran interés esta resolución porque en el propio texto, se establece una analogía entre el caso de esterilización y trasplante de órganos afirmando que en ambos casos, por tratarse de un donante menor de edad es necesaria la autorización judicial.

Consta así en los Antecedentes de Hecho del AUTO N° 785/07 del Juzgado de Instrucción n° 17 de Sevilla del 18 de octubre de 2007 dictada por la Magistrado-Juez María Núñez Bolaños:

PRIMERO.- Por Dña Marí Trini en nombre y representación de su hija Gabriela se presentó escrito que turnado correspondió a este juzgado promoviendo expediente de jurisdicción voluntaria sobre autorización de la donación de órganos de la menor, Gabriela, para la hija de ésta, Verónica.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la solicitud se exploró a la menor, informándose por la Médico Forense sobre la capacidad de entender y conocer de la menor, solicitando el Ministerio Fiscal se dicte resolución conforme a la solicitud.

Además de lo expresado en la Ley 30/1979, de 27 de octubre y en el RD 1723/2012, de 28 de diciembre, el Auto hace alusión al Código Civil y a la Ley 14/1986, de 25 de abril como sigue:

“El Código Civil en su Art. 271 no establece la necesidad de que el tutor precise de autorización judicial para autorizar una donación de órganos. La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en su Art.10, permite que el tutor preste el consentimiento a la intervención quirúrgica cuando no esté capacitado para ello, en cuyo caso corresponderá a las personas allegadas al incapacitado.

No obstante el silencio normativo, no puede estimarse que para el supuesto de donación de órganos baste el consentimiento del tutor, considerando que, por

¹⁰ RUIZ JIMÉNEZ, J. La situación del menor en el ámbito sanitario. *Pediatría Atención Primaria*, 2011, vol. 13, no 50, p. e15-e37.



analogía a los supuestos de esterilización del menor, deberá ser autorizada por el Juez supliendo la falta de capacidad del mismo.

Es necesario, por tanto, acudir al proceso judicial, recabar el informe de especialistas, oír en su caso a la incapaz o menor, todo ello con la intervención del Ministerio Fiscal.

El Tribunal Constitucional establece "La intervención judicial", como inexcusable para que pueda otorgarse la autorización en el supuesto análogo de esterilización, constituyendo la principal garantía a la que están subordinados todas las demás exigiendo los siguientes requisitos:

- 1).- Solicitud por parte de quienes ostenten la representación legal de la persona incapaz ante el Juez del domicilio del incapaz.
- 2).- Exploración judicial de la persona incapaz.
- 3).- Oír a especialistas.
- 4).- Intervención del Ministerio Fiscal.”¹¹

Una vez cumplidos todos estos requisitos como fue el caso, se constató que la menor era plenamente consciente de los riesgos que la intervención conllevaba y que tenía plena capacidad para entender sobre lo actuado. De esta manera manifestó su deseo de donar a su hija parte de su hígado contando con la autorización judicial pertinente.

III.2. Valoración de la capacidad para decidir del menor maduro y de la capacidad para opinar del menor de edad:

Si el paciente, mayor o menor de edad, no es capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, es el representante legal el que otorga el consentimiento.

Igualmente, en la evaluación de la capacidad mental del “menor maduro” se invierte la carga de la prueba, y aquí el médico lo que tiene que demostrar es que el menor tiene

¹¹ Vid. Auto 785/07 de 18 de octubre de 2007 del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla núm. 17



capacidad mental, que es “un menor maduro” para tomar una decisión concreta que afecta a su salud.¹².

Son dos los interrogantes que nos planteamos:

1º.- ¿Quién debe valorar realmente la capacidad del menor maduro?

La Ley de autonomía determina que es el facultativo responsable del caso el encargado de valorar esa capacidad, quedando también a criterio suyo la posibilidad de informar a la familia en casos graves, y desde el cambio de la normativa, en sus manos queda el otorgar o no al menor la capacidad de emitir el consentimiento informado en función de la gravedad de la situación.

2º.- El menor maduro: ¿Cuándo es realmente “menor maduro”?

Como explica Aguirre La expresión “menor maduro” se utiliza para identificar a las personas legalmente menores de edad, pero con capacidad suficiente para involucrarse en la toma de decisiones atinentes a su persona.¹³

En la LO 1/1996, de protección jurídica del menor (art. 9) se garantizaba el derecho del menor a ser oído. En dicho artículo quedaba reflejado que “Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.” Comienza así el reconocimiento del derecho del menor a expresar su opinión.

Actualmente, existen una serie de límites legales que siguiendo el criterio cronológico, de manera escalonada, van considerando o integrando supuestas aptitudes del menor a la hora de comprender y ejercer el derecho a tomar decisiones en materia sanitaria. En la asamblea general extraordinaria de la OMC se han revisado estos aspectos cronológicos así como las pautas de actuación del médico según el caso.

Los niños menores de 12 años, siguiendo la Ley, no tienen un sistema de valores propio, no son capaces de definir su propia beneficencia, ni de valorar lo que consideran

¹² GRACIA, Diego, et al. Toma de decisiones en el paciente menor de edad. *Medicina clínica*, 2001, vol. 117, no 5, p. 179-190.

¹³ AGUIRRE, Juan Luis Beltrán. La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica. *DS: Derecho y salud*, 2007, vol. 15, no 1, p. 9-26.



bueno para ellos en un momento determinado. A pesar de no tener reconocida capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance del acto médico, el menor deberá ser oído, si bien el consentimiento deberá ser prestado siempre por su representante legal atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del menor y respetando su dignidad personal. En caso contrario, el médico trasladará el conflicto al Juzgado de Guardia.

A partir de los 12 años se debe recabar el consentimiento de los menores (siempre que tengan suficiente juicio) en los temas que les afectan, y los jueces (y los profesionales sanitarios) han de tener en cuenta su opinión.

La última asamblea de la OMC resume así las pautas de actuación del médico ante menores de edad de entre 12 y 16 años:

- Ante actos médicos de bajo riesgo y habituales es suficiente el consentimiento del menor, si bien los padres y/o representantes legales deben ser informados.
- Cuando en la patología del menor y tratamiento se aprecie gravedad o riesgo significativo se debe consultar también a los representantes legales y solicitar el consentimiento a los representantes legales.
- Si el menor se niega a una intervención médica con grave riesgo para su vida o salud y los representantes legales son favorables a que se realice la intervención, el médico podrá, sin necesidad de acudir al Juez, llevar a cabo la intervención. No obstante, siempre que la situación no sea de urgencia, será aconsejable como más respetuoso con el principio de autonomía del menor plantear el conflicto ante el juez de guardia directamente o a través del fiscal.
- Si tanto el menor como los representantes rechazan la práctica de un acto médico que implique grave riesgo para su vida salud, el médico deberá plantear el conflicto ante el juez de guardia sin perjuicio de que si concurre una situación de urgencia, sin autorización judicial, deberá adoptar las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del menor amparado por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y estado de necesidad.¹⁴

¹⁴ Actualización de la Declaración de la Comisión central de Deontología Médica (2016) sobre atención al menor maduro en situaciones sobre rechazo al tratamiento. Organización Médica Colegial española.



Dichos supuestos no concuerdan en su totalidad con la redacción de la Ley de autonomía. Ante actos médicos de bajo riesgo y habituales la OMC afirma que basta con el consentimiento del menor e informar a los padres. Sin embargo, la Ley no hace ninguna distinción en este grupo de menores, debiendo ser siempre los padres los que otorgan el consentimiento por representación por debajo de los dieciséis años. Opinamos por tanto que dichas discrepancias pueden generar dudas al médico a la hora de llevar a cabo intervenciones en estos supuestos. Según la Ley, es a partir de los dieciséis años cuando el médico debe valorar si el menor es maduro.

El documento elaborado por la OMC contempla también el supuesto de que el médico considere que el menor no reúne las condiciones necesarias de madurez para tomar decisiones:

- En estos casos el consentimiento para los tratamientos médicos habrá de ser prestado por los representantes legales, atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente y con respeto a su dignidad personal.
- Si los representantes legales no consienten una intervención cuya omisión supondría grave riesgo para su vida o salud, por aplicación del art. 9.3 de la Ley de Autonomía del Paciente habrá de plantearse el conflicto ante el Juez de Guardia, bien directamente por el médico o a través del Fiscal, para obtener un pronunciamiento judicial. No obstante, ante situaciones urgentes el médico debe adoptar las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del menor amparado por las causas de justificación de cumplimiento de un deber o de estado de necesidad justificante.
- En caso de conflicto o de desacuerdo entre los padres entre sí, el médico puede recurrir a la normativa civil (art. 163 del Código Civil) poniendo el asunto en conocimiento del Juez al efecto de que se nombre un defensor judicial al menor o intervenga el Ministerio Fiscal.

Por encima de los 16 años se presupone la capacidad con carácter general. En caso de que el médico que atiende al adolescente considere que éste no tiene capacidad suficiente en ese momento para tomar esa decisión, el facultativo debe demostrar que en efecto, no tiene capacidad suficiente, de forma que pueda negarle su derecho a decidir. En este caso, deberá encontrar a un representante legal para la toma de decisiones por



representación, que hasta los 18 años suelen ser los padres y, en caso de no encontrarlo, acudir al fiscal.¹⁵

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. Si menores maduros mayores de 16 años rechazasen la practica de un acto médico ante una situación de grave riesgo para su vida o salud, apoyando los representantes legales dicha decisión, el médico deberá plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del fiscal sin perjuicio de que si concurre una situación de urgencia, sin necesidad de autorización judicial, deberá adoptar la medidas necesarias en salvaguarda del a vida o salud del menor amparado por causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

Estas cuestiones y la redacción de la Ley que hace constantes alusiones a la figura del facultativo plantean nuevos problemas: ¿Cómo se valora la capacidad para decidir del menor?, ¿Por qué a partir de los dieciséis años se presupone con carácter general la capacidad de decidir?, ¿Qué entendemos por facultativo?, ¿La responsabilidad de la decisión queda única y exclusivamente en manos del médico?, ¿Podría y debería extenderse el deber de valorar la capacidad al resto de profesionales sanitarios que van a intervenir en el procedimiento? En realidad la práctica diaria asistencial nos da la respuesta, por que cualquier profesional implicado en la atención de los menores debe tomar parte en la valoración de la capacidad puesto que también otros profesionales intervienen en la información y consentimiento, respetando la confidencialidad.¹⁶

En el debate sobre el menor maduro, es necesario observar que hay tanto una aproximación ética como jurídica que son complementarias y no contradictorias. Comparten ambas la dificultad de valorar un elemento tan intangible como es la madurez, pero no medida en abstracto, sino la capacidad para decidir en aspectos tan sensibles como los relacionados con la salud, que no son otros que aquellos que tienen que ver, como afirma el profesor Diego Gracia, con la gestión prudente y responsable de la sexualidad, el cuerpo, la vida y la muerte.¹⁷

¹⁵ Díaz, B. O., & Pérez, C. G. (2007). Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro. *Pediatría integral*, 10, 877-883

¹⁶ Díaz, B. O., & Pérez, C. G. (2007). Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro. *Pediatría integral*, 10, 877-883.

¹⁷ Gracia D. Bioética y pediatría. *Rev Esp Pediatr* 1997; 53: 99-106.



A día de hoy, no existen instrumentos o criterios totalmente validados que permitan desarrollar un protocolo de valoración de la capacidad, siendo una valoración prudencial basada en el juicio del profesional. Así que, en nuestra práctica ¿Cuándo el menor es capaz de comprender intelectual y emocionalmente el alcance de la intervención? En los distintos foros de discusión se invoca la necesidad del establecimiento de protocolos objetivos que midan la competencia de las personas, de forma análoga a los ya existentes, en el ámbito clínico, para medir la consciencia o el dolor¹⁸. Cabe citar, pese a no ser un texto legal específicamente dirigido al ámbito del menor la Ley 2/2010, de 8 de abril, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte Andaluza, que en su artículo 20, señala lo siguiente:

“1. El médico o médica responsable es quien debe valorar si la persona que se halla bajo atención médica pudiera encontrarse en una situación de incapacidad de hecho que le impidiera decidir por sí misma. Tal valoración debe constar adecuadamente en la historia clínica. Para determinar la situación de incapacidad de hecho se evaluarán, entre otros factores que se estimen clínicamente convenientes, los siguientes:

- a) Si tiene dificultades para comprender la información que se le suministra.
- b) Si retiene defectuosamente dicha información durante el proceso de toma de decisiones.
- c) Si no utiliza la información de forma lógica durante el proceso de toma de decisiones.
- d) Si falla en la apreciación de las posibles consecuencias de las diferentes alternativas.
- e) Si no logra tomar finalmente una decisión o comunicarla.

2. Para la valoración de estos criterios se podrá contar con la opinión de otros profesionales implicados directamente en la atención de los pacientes. Asimismo, se podrá consultar a la familia con objeto de conocer su opinión.

¹⁸ BRAVO ESCUDERO, Enrique. LA CAPACIDAD DE DECIDIR DEL MENOR. UN ACERCAMIENTO DESDE EL DERECHO. *Debática. Revista de la Sociedad Andaluza de Bioética*, 2012, no 1.



3. Una vez establecida la situación de incapacidad de hecho, el médico o médica responsable deberá hacer constar en la historia clínica los datos de quien deba actuar por la persona en situación de incapacidad, conforme a lo previsto en el artículo 10.1.”

Tal y como se expone en el texto citado, existen una serie de parámetros a valorar, que no quedan del todo delimitados y gozan de subjetividad, pero que guardan lógica. Asimismo se hace referencia a la opinión de otros profesionales implicados en la atención a los pacientes, pudiendo obtener ayuda el facultativo en el acto de la valoración. Esto resulta sensato, dado que otros profesionales también pueden estar capacitados para conocer el alcance de la comprensión y abordar de manera más completa la esfera psíquica del menor, respondiendo así a los interrogantes que antes hemos planteado acerca de quién y cómo debe ser valorada la capacidad del menor.

III.3. Problemática de las situaciones de “grave riesgo: para la salud y la vida”, bajo criterio médico.

La Ley 41/2002, de autonomía del paciente estableció según Cantero Martínez, un nuevo marco jurídico para el reconocimiento de la capacidad de obrar del paciente menor de edad, permitiéndoles que puedan ejercitar los derechos sanitarios de los que son titulares y la adopción de decisiones válidas que afectan a su salud en virtud de su edad y del grado de madurez intelectual y emocional que poseen. Dicha norma no hace sino seguir la estela marcada por distintos textos de carácter internacional y por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que propugnaban la promoción de su autonomía cuando ello sea posible. Todo ello ha motivado un punto de inflexión en esta materia, pues ha supuesto el paso de una visión estrictamente “protectora” del menor hacia otra “promocional” o de fomento de su autonomía.¹⁹

En un principio, la Ley de autonomía 41/2002, de 14 de noviembre, permitía emitir el CI al menor de edad maduro salvo las excepciones antes mencionadas, y no contemplaba la actitud a tomar por parte del facultativo ante la discordancia de opiniones.

¹⁹ MARTÍNEZ, Josefa Cantero. El consentimiento informado del paciente menor de edad: problemas derivados de un reconocimiento de su capacidad de obrar con distintas intensidades. *DS: Derecho y salud*, 2009, vol. 18, no 2, p. 1-19.



Tras la modificación, una vez entró en vigor la Ley 26/2015 de 28 de julio, en caso de grave riesgo para la vida o salud del menor, el consentimiento pasan a otorgarlo los padres o representantes legales una vez oída y tenida en cuenta la opinión del paciente. Podríamos decir, que se da en este aspecto un paso atrás en ese avance que supuso la Ley de autonomía en lo referente al menor, puesto que de nuevo (bajo determinadas circunstancias), vuelve a requerirse el consentimiento por parte de los representantes legales privando al menor de este principio.

Por lo expuesto, analizaremos una serie de problemas que la Ley no llega a resolver como la actitud a tomar ante la discordancia de opiniones entre representantes legales, el menor y/o el facultativo, así como la valoración de una situación grave para la vida del paciente que en todos los casos supone una excepción –tanto en la Ley de autonomía como en la modificación posterior- y es un concepto que queda en entredicho sobre todo tras la modificación de la Ley de autonomía.

III.3.1) Actuación médica ante la opinión discordante entre los representantes legales y el menor de edad y/o el facultativo.

Según la Ley de autonomía 41/2002, de 14 de noviembre, en casos de grave riesgo para la salud o la vida, según el criterio del facultativo, los padres eran informados y la opinión de los mismos era tomada en consideración. En caso de discrepancia entre los progenitores y el hijo emancipado o mayor de dieciséis años, no se especificaba el valor que el médico ha de otorgar a la opinión de los progenitores ni tampoco la decisión de quién debe prevalecer, debiendo deducirse que prevalecería la del paciente, pues únicamente quedaba reflejado que la opinión de los padres “sea tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”. Por ello, parece que la última decisión estaría en manos del propio médico.

Actualmente, tras la modificación por la Ley 26/2015, de 28 de julio, en caso de encontrarnos ante una situación de grave riesgo para la vida o salud del menor se requiere el consentimiento de los representantes legales. En el caso de que los representantes legales adopten una actitud contraria a la que se considere de mayor beneficio para la vida del paciente, la decisión queda de nuevo a merced del facultativo



(según lo dispuesto en el punto 6 de la Disposición final segunda), el cual, en esta ocasión, queda amparado por la Ley dado que se le permite alegar causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

Sin embargo, debemos destacar que ni la Ley de autonomía ni la modificación posterior, contemplan como situación de riesgo la negativa manifestada por el propio paciente con 16 años cumplidos a recibir un tratamiento médico ante situaciones de grave riesgo para su vida o salud. Puede acaecer que coincidan las voluntades del representante legal y del menor y que a pesar de ello el médico responsable considere que dicha decisión es contraria a los intereses del menor. En estos casos cabe el recurso ante la autoridad judicial, pudiendo actuar el médico sin requerir ningún consentimiento por tratarse de una situación de urgencia.

Como apunta Seuba Torreblanca, existe una pluralidad de razones por las que el paciente –o los representantes legales- pueden rechazar un tratamiento, desde las dudas de éxito de una intervención, las propias creencias religiosas, la valoración de los riesgos de un tratamiento, la falta de confianza en el médico, etc. Sin embargo, no todos estos motivos, que habitualmente se revisten como derechos de la personalidad, merecen la misma protección ni puede afirmarse con carácter previo que prevalecen sobre otros intereses que también sean dignos de protección por nuestro ordenamiento.²⁰

Relativa a esta cuestión, destacamos la Circular de la Fiscalía General del estado transfusiones emitida en el año 2012 -previa por tanto a la Ley vigente- en la que se afirma: “la solución de los posibles conflictos de intereses cuando están en juego graves riesgos, debe partir de la irrelevancia de la voluntad de los menores de edad, ya expresada por sí mismos o a través de sus representantes legales, cuando su sentido en uno u otro caso, sea contrario a la indicación médica cuya omisión comporte riesgo vital grave para la vida o la salud del paciente menor de edad, incluso en aquellos casos en que hubiere expresado su voluntad en contra”.²¹

²⁰ SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, *Negativa a tratamientos médicos y tratamientos obligatorios*. Materiales del Master en Derecho Sanitario y Bioética de la Facultad de Derecho de Albacete, Universidad de Castilla-La Mancha, VI edición, 2009.

²¹ CIRCULAR 1/2012, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.



Dicha circular podemos considerarla en este aspecto, predecesora de la LO 26/2015, de 28 de julio puesto que parte de la irrelevancia de la opinión del menor ante una situación que comporte grave riesgo para su salud a criterio del facultativo.

Cuando los padres o representantes legales se nieguen a dar el consentimiento, deberá tenerse en cuenta que éstos deben ejercer su representación a favor del paciente y, por tanto, para salvaguardar la salud de éste. Deberán hacerse constar en la historia clínica las circunstancias por las que no se da el consentimiento por si fuera preciso solicitar la pertinente autorización judicial.

Siempre que exista urgencia y riesgo vital, cuando los padres o representantes no actúen en beneficio del menor o incapaz, los profesionales deben asumir su defensa y llevar a cabo las actuaciones necesarias.

Si no es un problema que requiera actuación inmediata, pero el problema de salud pone en peligro su vida, es recomendable notificar la situación al Ministerio Público para que asuma su representación y para obtener la correspondiente autorización judicial para el tratamiento.²²

De nuevo, nos encontramos ante el silencio normativo por la Ley de autonomía de lo que puede constituir una situación de grave riesgo para la vida o salud del paciente, quedando bajo el criterio de facultativo y pudiendo actuar si lo considera necesario en contra de la voluntad de los representantes legales y/o del paciente.

III.3.2) ¿Limitación del derecho del consentimiento informado en el menor maduro?:

Según la Ley de autonomía, a partir de los dieciséis años no cabía prestar el consentimiento por representación. Sin embargo en situaciones de grave riesgo, se especificaba la necesidad de que los progenitores fueran informados. Actualmente, como se ha especificado, en caso de situaciones de grave riesgo, será necesario el consentimiento por representación hasta los dieciocho años.

²² ORTIZ, P. Armando; BURDILES, P. Patricio. Consentimiento informado. *Revista Médica Clínica Las Condes*, 2010, vol. 21, no 4, p. 644-652.



Según explica Cantero Martínez acerca de la Ley de autonomía, conviene tener en cuenta que la negación y las limitaciones que establece el ordenamiento civil a la capacidad de obrar del menor no responde a una finalidad limitativa o por sí misma restrictiva. No se trata de reprimir al menor o de mantenerlo gratuitamente bajo la jerarquía de los padres o tutores. Su finalidad es primordialmente tuitiva o protectora del menor, dada su inexperiencia, su natural falta de madurez y su dependencia personal y patrimonial de los padres o tutores²³. Por ello, los representantes legales quedan legitimados para ejercer por sustitución este derecho personalísimo, aunque buscando siempre el bienestar y la protección de la persona sustituida.

Igualmente, según Cantero Martínez, en estos casos el ordenamiento jurídico no confiere al paciente la facultad de gobernar sus propios intereses y, por tanto, tampoco la potestad de decidir las cuestiones relativas a su salud. Se comprende que deben ser los padres o tutores quienes decidan y otorguen el consentimiento por representación, aunque nuestro ordenamiento ha conferido a los menores el derecho a ser previamente oídos. Ante este panorama no son pocas, ciertamente, las dudas que se plantean y que obligan a realizar una interpretación integradora de ambos ordenamientos, el civil y el sanitario. ¿Existe algún límite para los padres o tutores a la hora de tomar decisiones relativas a la salud de sus hijos? ¿Se pueden rechazar tratamientos médicos, aunque ello pueda suponer la muerte del menor? ¿Qué valor ha de darse a la opinión del menor mayor de doce años? ¿En qué criterios debe basarse el médico para decidir que el paciente menor de edad es capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de una intervención? Todos estos interrogantes no hacen sino situar al profesional sanitario en una posición de notable incertidumbre jurídica.

De lo expuesto concluimos, que, en efecto, existen limitaciones de la autonomía del paciente menor de edad, siendo conveniente recordar, que se intenta atender al bien superior de este, prevaleciendo la vida por encima de opiniones, creencias y otros intereses que puedan ser contrarios o perjudiciales para el paciente, no prevaleciendo el principio de autonomía por encima de los principios de no maleficencia y de beneficencia.

²³ Entre otros muchos autores, resaltan esta idea JORDANO FRAGA, Francisco, "La capacidad general del menor", Revista de Derecho Privado, 1984; GARCÍA GARNICA, M^a del Carmen, El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004; PARRA LUCÁN, María Ángeles, "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español", Aranzadi Civil número 2, 2003.



III.4. Testigos de Jehová. Transfusiones de sangre.

Los Testigos de Jehová, como es sabido, pertenecen a una confesión religiosa que basa sus creencias en la Biblia. Es bien conocido el rechazo de este grupo religioso hacia las transfusiones de sangre. Este documento está considerado como fuente de referencia para los miembros de la confesión, y en lo que respecta a los tratamientos sanitarios, las prácticas profesadas incluyen la negativa a recibir hemotransfusiones.²⁴

El rechazo a las transfusiones sanguíneas de los Testigos de Jehová se fundamenta en la interpretación de distintos pasajes contenidos en el Antiguo Testamento. Entre ellos, Levítico 17: 10, dice “si un israelita o un extranjero que habita entre vosotros como cualquier clase de sangre, yo me volveré contra él y lo extirparé de su pueblo”. Del mismo modo, de la interpretación estricta de Génesis 9: 3-4, que dice, “3. Todo lo que se mueve y tiene vida os será de alimento: todo os lo doy como os di la hierba verde. 4 Pero carne con su vida, es decir, con su sangre, no comeréis”.

También el Nuevo Testamento hace referencia a la obligación moral de abstenerse de sangre: Hechos 15:28,29: “28. Nos pareció bien al Espíritu Santo y a nosotros no imponerles a ustedes ninguna carga aparte de los siguientes requisitos: 29. abstenerse de lo sacrificado a los ídolos, de sangre, de la carne de animales estrangulados y de la inmoralidad sexual. Bien harán ustedes si evitan estas cosas.”

La Circular 1/2012 sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave, redactada por la Fiscalía General del Estado hace mención expresa a este grupo religioso. Así queda reflejado en el Cap III.2 Referencia a los Testigos de Jehová “La doctrina de los Testigos de Jehová tiene la consideración legal de confesión religiosa, con personalidad jurídica propia reconocida en el ordenamiento jurídico español desde su inscripción en 1970 en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia (nº 204-SG/A, 10 de julio de 1970).”

²⁴ MOORE, Maureen., “Their life is in the blood: Jehovah’s witnesses, blood transfusions and the courts”, *North Kentucky Law Review*, 1983, pp.280 y ss.



Ante la supuesta necesidad de una transfusión sanguínea, el paciente tiene derecho a recibir información de todas las opciones posibles, surgiendo el conflicto cuando la transfusión sea la única opción terapéutica.

En el caso de un paciente adulto, por norma general, se respetará su derecho a aceptar o rechazar cualquier tratamiento sanitario una vez recibida la información pertinente. En lo relativo a esta cuestión, el TS ha sido muy explícito con el paciente mayor de edad al afirmar que “el adulto capaz puede enfrentar su objeción de conciencia al tratamiento médico debiéndose respetar su decisión, salvo que ello ponga en peligro derechos o intereses ajenos, lesione la salud pública u otros bienes que exigen especial protección”.²⁵

En el caso de que el paciente sea menor de edad, las condiciones varían. Respecto a esta cuestión se han pronunciado tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional.

En el caso de la facultad de decisión sobre el propio cuerpo, hasta el extremo disponer sobre la propia vida, el Tribunal Constitucional español ha dictado una sentencia en la que se toman en consideración los hechos que describiremos a continuación y que finalizan con la muerte de un menor de trece años de edad tras la negativa manifestada por él y por sus padres a que se le realizase una transfusión sanguínea.²⁶

La STC 154/2002 de 18 de julio expone el siguiente caso:

Los hechos, en síntesis, son los siguientes: El menor, de trece años de edad, sufrió lesiones producidas por una caída de su bicicleta, en principio sin importancia, el día tres de septiembre de 1994. Tres días después, el seis de septiembre, sangró por la nariz, por lo que fue visto por un ATS a petición de sus padres, sin que tampoco en este momento se pensase que podría tener mayor relevancia. De nuevo días después, el ocho de septiembre, sangró más intensamente, poniéndose pálido, por lo que la madre llevó al menor a la Policlínica que le correspondía (Fraga, Huesca), donde aconsejaron el traslado del menor al Hospital Arnau de Lérida, traslado que en efecto los padres realizaron ese mismo día. Una vez en dicho Hospital, los médicos estimaron conveniente la realización de una transfusión de sangre, manifestando entonces los padres que su religión no les

²⁵ Vid. STS, núm. 1997/4987, de 27 de junio, FD 2

²⁶ Corral García, R. (2004). STC 154/2002: La negativa a una transfusión sanguínea a un menor de edad con el resultado de su muerte.



permitía aceptarla, oponiéndose por lo tanto a la misma y solicitando que se le aplicase a su hijo algún tratamiento alternativo. Informados por los facultativos de que no conocían otra alternativa, solicitaron los padres el alta del menor para llevarlo a algún otro centro donde obtener un tratamiento distinto a la transfusión. Llegados a este punto, el centro hospitalario no sólo no accede a conceder el alta, sino que solicita autorización judicial esa misma madrugada para proceder a efectuar la transfusión. Concedida la autorización judicial, que fue acatada por los padres, los médicos se dispusieron a practicar la tan citada transfusión, pero se encontraron con el absoluto rechazo del menor, quien reaccionó de forma violenta y agitada, al afirmar también él que su religión no se lo permitía. En tal situación, y considerando que en tales circunstancias la aplicación del tratamiento podría ser contraproducente y desencadenar peores consecuencias que aquellas que se intentaba reparar (se temió que la excitación del menor precipitase una hemorragia cerebral), se desistió de la transfusión y se pidió a los padres que convenciesen al menor para que consintiera, a lo que éstos no accedieron. Por fin, en la mañana del día siguiente, viernes nueve de septiembre de 1994, los médicos accedieron a conceder el alta voluntaria del menor para que pudiera ser trasladado a otro centro donde aplicársele un tratamiento alternativo, traslado a otro centro que efectivamente ocurrió en cuanto los padres pudieron concertar una cita para el lunes día doce de septiembre. Se produjo la consulta en el Hospital Universitario Materno-infantil Vall D'Hebrón de Barcelona, donde nuevamente consideraron urgente la práctica de una transfusión sanguínea, y donde nuevamente los padres manifestaron que sus convicciones religiosas les impedían aceptar una transfusión, firmando ambos un escrito en dicho sentido. Así, los padres intentan una vez más la práctica de un tratamiento alternativo acudiendo con su hijo esta vez a un centro privado, el Hospital General de Cataluña, donde se les reiteró la necesidad de una transfusión como único tratamiento posible, y donde se reiteró también la negativa de los padres y del menor a recibirla. En la madrugada del día trece de septiembre regresaron a su domicilio, contando únicamente con la asistencia del médico titular de la zona. El día catorce, el Juzgado de Instrucción de Fraga (Huesca) autorizó la entrada en el domicilio del menor para que recibiese la asistencia médica que fuere precisa. En efecto, se trasladó al menor en ambulancia, aceptándolo los padres, al Hospital de Barbastro, donde llegó en coma profundo y donde se le practicó la transfusión ordenada judicialmente, trasladándose a continuación al Hospital Miguel Servet de Zaragoza, en donde fallecería al día siguiente con signos clínicos de descerebración por hemorragia cerebral.²⁷

Frente a la absolución de los padres en la instancia, el TS los condenó por homicidio en comisión por omisión, con atenuante muy cualificada de arrebato y obcecación en función de sus creencias religiosas. El TC sin embargo declaró que tal condena entraña vulneración del derecho a la libertad religiosa.²⁸

²⁷ Vid. STC 154/2002, de 18 de julio.



De tal manera, la STC nº 154/2002 consideró que, aun cuando no hubiera certeza sobre la madurez del menor para decidir sobre una cuestión de trascendencia vital, con su oposición a la intervención médica ejercitó los derechos a la libertad religiosa y a la integridad física de los que era titular.

Pero señaló también que “...el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos, como los que acaban de ser mencionados, no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto —como el ahora contemplado— que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable”.... Y que “...en todo caso, es prevalente el interés del menor, tutelado por los padres y, en su caso, por los órganos judiciales”, ya que la vida, "en su dimensión objetiva, es 'un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional' y 'supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible'.

La sentencia declara que “es inconcuso, a este respecto que la resolución judicial autorizando la práctica de la transfusión en aras de la preservación de la vida del menor (una vez que los padres se negaran a autorizarla, invocando sus creencias religiosas) no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional, conforme a la cual es la vida “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional... Además es oportuno señalar... que el derecho fundamental a la vida tiene “un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”. En definitiva, la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse en que el menor goce sin matices de tamaña facultad de auto disposición sobre su propio ser.”²⁹

A partir de esta resolución del TC, se deduce que una autorización judicial que contradiga la voluntad del menor no es susceptible de reparo, limitando así la capacidad judicial del menor de tomar una decisión de abstención que pueda tener graves consecuencias o conllevar la muerte del mismo.

²⁸ SANTOS MORÓN, M^a José, “Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002, de 18 de julio”

²⁹ CIRCULAR 1/2012, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave



III.5. Problemática del niño sano y las vacunas ¿se puede extrapolar a otras situaciones? Cirugía estética.

A lo largo de esta revisión se han analizado supuestos en todos los casos de niños enfermos ante los que se requiere una intervención o en su caso, abstención. En el caso de un niño sano, la vacunación es una intervención terapéutica cuya práctica o abstención resulta polémica en la actualidad.

¿Se trata según la Ley de protección del menor de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor? De nuevo no queda especificado. En este caso, por no tratarse a priori de una actuación que en el momento de ser aplicada suponga un grave riesgo para la vida del paciente, queda la toma de la decisión en manos de los padres o representantes legales de manera acorde con la legislación vigente. Sin embargo, existe documentación de casos en los que una abstención en este ámbito ha condicionado un desenlace fatal como es el "Caso Olot". Debido a una decisión de abstención en cuanto a la vacunación protectora contra la Difteria, tuvo lugar en el año 2015 el fallecimiento de un menor de 6 años de edad que resultó infectado por dicho microorganismo.

La Asociación Española de Pediatría aconseja en el caso de la Difteria la vacunación universal afirmando que existen diversos estudios que demuestran una reducción de la mortalidad y las secuelas de un 99% gracias a las denominadas vacunas clásicas.³⁰

En cuanto al consentimiento informado, en el caso de la vacunación, no existe la posibilidad de prestarlo por escrito. Se considera que los padres o representantes legales están prestando dicho consentimiento de manera tácita por el hecho de acudir a un centro médico a solicitar la administración de una vacuna y que basta con la expresión de dicho consentimiento de manera verbal.

Cabe plantearse la relación en estos supuestos con la disposición final segunda de la Ley 26/2015 del 28 de julio en la cual se especifica como ya se ha mencionado anteriormente que, en caso de que la actitud tomada por los progenitores o representantes legales vaya en detrimento de la vida o salud del paciente, dichas decisiones deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente.

³⁰ TUELLS, J. [Controversies over vaccines in Spain, a chance for social vaccinology]. *Gaceta sanitaria/SESPAS*, 2015, vol. 30, no 1, p. 1-3.



Como explica Díaz, hemos de tener en cuenta que se trata de una actividad preventiva voluntaria, pues ninguna vacuna es obligatoria aunque esté incluida en el calendario vacunal. Se pueden sugerir posibles alternativas como priorizar aquellas vacunas de procesos más graves o potencialmente mortales. Es necesario acudir al Fiscal de Menores cuando se hayan agotado otras vías más razonables, dado que, por lo general, los casos de vacunación no se consideran como una actuación de grave riesgo.³¹

También cabe plantearse la cuestión del menor sano en lo referente a cirugía estética.

La OMC elaboró un documento acerca de la asistencia médica al menor maduro en situaciones sobre rechazo al tratamiento en el cual tenía en consideración especial el supuesto del consentimiento de menores ante tratamientos de cirugía estética y/o plástica:

- En intervenciones de cirugía plástica y/o reparadora, con finalidad eminentemente curativa, sin especial riesgo para la vida y/o salud del paciente menor de 16 años, sin límite inferior de edad, cuando la indicación médica así lo aconseja, y los padres dan su consentimiento y no hay oposición del menor, se podrá realizar la intervención.
- En intervenciones de cirugía estética, destinada a la corrección de alteraciones de la norma estética con la finalidad de obtener una mayor armonía facial y corporal, medicina voluntaria y satisfactoria, se habrá de tener en cuenta las especiales circunstancias que concurren en este tipo de tratamientos (posibles coacciones de terceras personas o posibles rechazos) y de los padres que se someten a ellos, por lo que se exige un plus de madurez en el paciente y una información exhaustiva. Es por ello, por lo que aún contando con el consentimiento del menor maduro, en los menores de 18 años, siempre deberá contarse con el consentimiento de los padres y/o representantes legales. Si la negativa de los padres y/o representantes legales generara en el menor un conflicto grave, con repercusión para este, el médico responsable de la intervención deberá

³¹ Díaz, B. O., & Pérez, C. G. (2007). Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro. *Pediatría integral*, 10, 877-883.



tratar de mediar adoptando la mejor solución para el menor. Si llegado el caso, no hubiera solución, deberá trasladar el caso al Juez en espera de una resolución judicial.

Como texto legislativo propiamente dicho, podemos hablar del decreto 49/2009, de 3 de marzo, de protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y de creación del Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad en Andalucía. Dicho texto nos resulta de gran interés por marcar pautas concretas destinadas a valorar la capacidad del menor para comprender el alcance de la intervención y para decidir.

En este caso, para el válido otorgamiento del consentimiento aumentan considerablemente los deberes jurídicos del médico, que deberá garantizar que la información que recibe el menor es completa, objetiva y adaptada a su desarrollo madurativo. Sobre él recaerá también la obligación de asegurarse de que el menor que pretende someterse a una operación de cirugía estética dispone de suficiente madurez mental para su correcta valoración. Para ello se requiere realizar un previo examen psicológico del menor a los efectos de determinar su grado de madurez. Dicho informe tendrá que ser incorporado a su historia clínica y ser valorado por el médico, quien determinará finalmente la pertinencia o no de la intervención, así como la idoneidad del menor para someterse a la operación estética.³²

Mediante este decreto se regula de forma más precisa y amplia que en los supuestos analizados hasta ahora la delimitación de la capacidad del menor para decidir, puesto que, además de la valoración del médico una vez proporcionada la información pertinente al menor, se requiere un examen psicológico. Finalmente, una vez evaluado este examen, será el facultativo quien finalmente decida si procede llevar a cabo dicha cirugía. Nos parece un método de evaluación más completo y que puede facilitar al médico la decisión, dado que tiene otras pruebas en las que apoyarse más allá de su propio criterio acerca de la madurez del menor. Como se ha mencionado anteriormente, este Decreto únicamente es vigente en la Comunidad Autónoma de Andalucía, pero puede servir de precedente para una legislación de carácter nacional y extrapolable a

³²MARTÍNEZ, Josefa Cantero. El consentimiento informado del paciente menor de edad: problemas derivados de un reconocimiento de su capacidad de obrar con distintas intensidades. *DS: Derecho y salud*, 2009, vol. 18, no 2, p. 1-19.



otras situaciones conflictivas en el caso del menor de edad para una posibilizar una valoración más objetiva por parte del facultativo.

IV. POSIBLES SOLUCIONES

A continuación proponemos posibles soluciones a estos problemas.

Dado que el problema fundamental que plantea la ley de autonomía en el menor, así como su posterior modificación, es la delimitación de **la capacidad** en función de la edad en el caso del menor maduro por parte del facultativo. Como anteriormente se ha planteado, no podemos afirmar rotundamente que todo facultativo tenga la formación necesaria para valorar la capacidad del menor adecuadamente. Por ello, proponemos una serie de protocolos que podrían ayudar al facultativo o servirle de guía a la hora de emitir una valoración.

En el ámbito del consentimiento informado del menor resulta de especial interés el ya mencionado Decreto 49/2009, de 3 de marzo, de protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y de creación del Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad en Andalucía. En dicho decreto, y sin detrimento del cumplimiento de la Ley de autonomía, se establecen condiciones que incluyen la necesidad del menor de ser sometido a un examen psicológico como queda recogido en el art.5 en el que se especifica que “se practicará a la persona menor de edad un examen psicológico,” “servirá a los únicos y exclusivos efectos de la determinación de la madurez psicológica para la realización de la intervención de cirugía estética”, “Si el padre o la madre, o las personas tutoras de la persona menor de edad emancipada o con dieciséis años cumplidos, se opusieran a que a ésta se le practicara la intervención de cirugía estética, deberán ser oídos por el profesional de la Psicología que vaya a realizar el examen psicológico previo.” “El informe de madurez psicológica será valorado por la persona facultativa responsable que vaya a realizar la intervención, quien determinará la pertinencia de la intervención y la idoneidad de la persona menor de edad con relación a la práctica de la intervención de cirugía estética.”

En este caso, el facultativo cuenta con más herramientas y la intervención de otros profesionales cualificados por su formación para valorar la idoneidad de la decisión del paciente, teniendo en cuenta también la posibilidad de discordancias entre los representantes legales y el menor.

Siguiendo con esta línea, son varios los autores que consideran que parece necesaria y de gran utilidad la intervención de otros profesionales y la utilización de recursos existentes en el ámbito sanitario, sin recurrir al Juez. Entre ellos, la consulta a equipos formados por profesionales de la psicología, y, en su caso, de la psiquiatría³³, la consulta a los Comités de ética asistencial, o la utilización de la mediación sanitaria. Y ello conllevaría una menor judicialización de la materia que tratamos³⁴.

Romeo Malanda, señala que lo importante no es la edad real del sujeto, sino la facultad de comprender los pros y los contras del tratamiento, así como el alcance y consecuencias de su decisión. Afirma que la madurez exigida no tiene por qué ser la misma en todo tipo de actos médicos, pues hay algunos que por su complejidad necesitarán de un mayor discernimiento de la persona que otros, que en principio cualquiera puede entender.³⁵ En esta línea señala Aláez Corral que la mera graduación hipotética no responde a la verdadera capacidad volitiva y cognitiva del menor.³⁶

La propia bioética ha incorporado también este principio de irreversibilidad. Así, se ha propuesto valorar la competencia del paciente con capacidad limitada atendiendo a una “escala móvil” (estrategia de la escala móvil) por la que se reconoce que la competencia del paciente varía no sólo en función de sus aptitudes mentales, sino también en función de la gravedad de las consecuencias de la decisión que se adopte. Cuanto más graves, peligrosas o irreversibles son las consecuencias de la decisión para la salud del paciente, son más exigentes los criterios de capacidad exigidos. A medida que aumenta el riesgo de la decisión, el nivel de capacidad exigible para aceptar o rechazar debe ser más elevado.³⁷

³³ DEL RÍO SÁNCHEZ, Carmen. El consentimiento informado en menores y adolescentes. Contexto ético-legal y algunas cuestiones problemáticas. *Informació Psicológica*, 2013, no 100, p. 60-67..

³⁴ MIRASOL, GONZALEZ. AUTONOMÍA SANITARIA DEL MENOR Y RESPONSABILIDAD MÉDICA. *Diario La Ley*, no 6326.

³⁵ ROMEO MALANDA, S., “El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario”, *Diario La Ley*, año 2000, tomo 7, p. 6.

³⁶ ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 269.

³⁷ JÄÄSKELÄINEN, F. D. M. (2014). El menor: un paciente complicado (al menos, desde la perspectiva legal). *Revista CESCO de Derecho de consumo*, (8), 289-305.



El modelo de la escala móvil de Drane, es aceptada por numerosos autores a nivel internacional. Según este autor, el umbral de la capacidad es móvil, y el punto en el que hay que situarlo depende del tipo de decisión a tomar.

NIVEL I.- Se sitúan las decisiones de consentimiento a intervenciones de elevado beneficio y bajo riesgo para el paciente. Se pide un estándar de capacidad mínimo que consta de 2 criterios: consciencia y asentimiento.

NIVEL II.- En este nivel se encuentran las decisiones de consentimiento o rechazo a las intervenciones médicas de eficacia dudosa. Se pide un estándar de capacidad medio que comprende dos criterios: comprensión y elección.

NIVEL III.- En este nivel se hallan las decisiones de rechazar las intervenciones médicas de alto beneficio y de bajo riesgo, o consentir a tratamientos de alto riesgo y bajo beneficio. Aquí es necesario un estándar de capacidad de máximo compuesto por la apreciación de la realidad y la decisión racional.

El concepto de Escala móvil parte, por tanto, de la idea de que el establecimiento de la capacidad implica el establecer un punto o nivel de corte en una línea continua que va desde la incapacidad total a la capacidad total. Esta teoría lo que dice es que dicho punto de corte no es fijo, sino móvil, y que se desplaza en función de la complejidad de las decisiones a tomar. La capacidad no es pues simétrica, sino asimétrica.³⁸

Las soluciones que acabamos de exponer para valorar la capacidad de decisión, indirectamente ayudan a resolver otros vacíos legales como son la **discordancia de opiniones entre progenitores y el menor**, dado que si el facultativo considera con estas herramientas y con la ayuda de otros profesionales que el menor maduro está capacitado para comprender y tomar una decisión y es capaz de elaborar un razonamiento adecuado, según la Ley de autonomía y su posterior modificación, lo haría en base a unos parámetros más objetivos.

La **excepción de la "situación de grave riesgo para la vida y salud" del paciente** es un concepto jurídico indeterminado que, en ocasiones, será difícil de interpretar en casos concretos. Además, parece que el legislador deja su determinación en manos exclusivas

³⁸ DRANE, J., "Las múltiples caras de la competencia", en COUCEIRO, A (Edit.), Bioética para clínicos, Triacastela, Madrid, 1999, p. 163 y ss.

del médico. En segundo lugar, tampoco resultan claros cuáles son los efectos que reviste la opinión de los padres sobre la toma de decisión final. ¿Qué significa tener en cuenta su opinión? Parece, por el tenor con el que se expresa el artículo, que se instaura un régimen similar al del menor de doce o más años. Sin embargo, no parece congruente dicha posición. Dicha excepción provoca que la capacidad de obrar del menor de dieciséis o más años cese en los casos de grave riesgo en los que habrá de actuar de conformidad con el principio de beneficencia, aunque siempre escuchando la voluntad del menor y sus padres.³⁹

Ante la falta de especificación de cuáles son estas situaciones consideradas de grave riesgo que al parecer deben deducirse de la actividad asistencial y ante la reciente modificación de la Ley, consideramos que **no todo médico está correctamente informado de cómo debe actuar ante estas situaciones de conflicto legal**. El Gobierno de Navarra ha facilitado un documento que aborda aspectos como la capacidad del menor para otorgar el consentimiento y en qué situaciones debe prevalecer su decisión o la de los progenitores en casos de desacuerdo.

SITUACIÓN DISCREPANTE	QUIÉN TOMA LA DECISIÓN
ORDINARIA	PROGENITOR ACOMPAÑANTE
EXTRAORDINARIA	CONSULTA AL JUEZ
URGENCIA VITAL	PROGENITOR ACOMPAÑANTE

Este algoritmo refiere atenerse al art.156 del Código Civil.

Ante indicación extraordinaria con grave riesgo se propone el siguiente algoritmo:

	MENOR A FAVOR DE LA INTERVENCIÓN	MENOR EN CONTRA DE LA INTERVENCIÓN
PROGENITORES A FAVOR DE LA INTERVENCIÓN	No hay conflicto	Menor maduro: se sigue la decisión del menor los padres son informados y su opinión tenida en cuenta Menor inmaduro: criterio representantes
PROGENITORES EN CONTRA	Menor maduro: los padres son informados y su opinión tenida en cuenta. Se sigue la	Menor maduro: se sigue la decisión del menor. Los padres son informados y su opinión tenida en cuenta.

³⁹ JÄÄSKELÄINEN, F. D. M. (2014). El menor: un paciente complicado (al menos, desde la perspectiva legal). *Revista CESCO de Derecho de consumo*, (8), 289-305.



DE LA INTERVENCIÓN	decisión del menor Menor inmaduro: deciden los representantes. Si se estima que la decisión es contraria a los intereses del menor se recurrirá al juez o fiscal	Menor inmaduro: se sigue el criterio de representantes. Si se estima que la decisión es contraria a los intereses del menor se debe poner el hecho en conocimiento del juez o fiscal.
--------------------	---	---

Para situaciones en las que se considera que existe riesgo vital se propone:

	MENOR A FAVOR DE LA INTERVENCIÓN	MENOR EN CONTRA DE LA INTERVENCIÓN
PROGENITORES A FAVOR DE LA INTERVENCIÓN	No hay conflicto	Menor maduro o inmaduro: se realiza la intervención siendo amparado el profesional en el cumplimiento del deber y estado de necesidad
PROGENITORES EN CONTRA DE LA INTERVENCIÓN	Menor maduro: se sigue el criterio del menor Menor inmaduro: se realiza la intervención siendo amparado el profesional en el cumplimiento del deber y estado de necesidad	Menor maduro o inmaduro: se realiza la intervención siendo amparado el profesional en el cumplimiento del deber y estado de necesidad

Consideramos que protocolos de estas características deberían ser facilitados a todo el personal responsable de la asistencia sanitaria puesto que en caso de carecer de información, podrían recurrir a ellos y no incurrir en una negligencia.

V. CONCLUSIONES

La Ley de autonomía del paciente supuso un hito en lo referente al menor de edad otorgándole como se ha visto derechos de los que no gozaba hasta el momento en ningún ámbito jurídico. Dicha autonomía se fundamenta en la dignidad de la persona humana, en los derechos inviolables que le son inherentes y en el libre desarrollo de la personalidad, reconocidos expresamente en el art. 10 CE como fundamentos del orden político y de la paz social, y en la libertad de la persona, consagrada como un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico en el art. 1 de la misma.

Siguiendo a Fernandez Bermejo, podemos afirmar que la autonomía de la voluntad tiene especial relevancia en cuanto la persona tiene que tomar decisiones sobre su propia vida e integridad física, decisiones que pueden alcanzar también a otros bienes de la



personalidad, por lo que se ha señalado que dicha autonomía implica, en este ámbito, una esfera reservada a la voluntad del individuo, único legitimado para decidir qué riesgos asume o a qué bienes renuncia, en relación a su vida e integridad física, en ejercicio de su personal e intransferible proyecto vital.⁴⁰

Cuando se habla del principio de autonomía no hacemos sino hablar de libertad. El consentimiento informado es la norma garantizadora de la libertad del paciente. Partiendo de esta base, cabe deducir que resulta complicado elaborar una legislación que abarque todos los supuestos aunque nos circunscribamos al ámbito sanitario.

Una de las dificultades con la que nos encontramos en menor de edad es la de establecer de una manera coherente los criterios cronológicos que aseguren la protección del menor y que a la vez garanticen al menor el poder gozar de un derecho tan importante y vinculado directamente a su vida. Es necesario encontrar un equilibrio entre la protección de un grupo de población especialmente vulnerable -como es el caso de los menores de edad- sin que dicha protección vaya en detrimento de sus derechos fundamentales.

También nos enfrentamos al debate acerca de quién debe ser el autor de la decisión. En las decisiones relativas a cuestiones sanitarias (ateniéndonos a la Ley), nos encontramos ante tres interventores fundamentales: los progenitores o representantes legales, el facultativo y el menor. De aquí se deduce que la atribución a uno de los tres sujetos es una cuestión compleja que la Ley de autonomía no termina de resolver.

De acuerdo con la la Ley, son varios los supuestos en los que el facultativo es el responsable de la valoración de la capacidad de decisión. Como se ha analizado previamente, no todo facultativo está capacitado para valorar la madurez de un menor y saber si su decisión ha sido fruto de una comprensión y reflexión adecuadas, por lo que en nuestra opinión, la Ley estatal debería considerar también la intervención de otros profesionales que puedan ayudar al facultativo a realizar esta importante valoración.

⁴⁰ Fernández Bermejo, M.: "Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado (II)", *Actualidad Jurídica Aranzadi* (1994), núm. 133, p. 2.



También debemos destacar el supuesto de “situación de grave riesgo” puesto que resulta un condicionante muy importante a la hora de actuar del facultativo. Según la Ley actual, si nos encontramos ante una situación de grave riesgo, se hace necesario el consentimiento de los representantes legales. La valoración de lo que constituye o no una “situación de grave riesgo para la vida o salud del paciente”, como hemos desarrollado anteriormente, debe deducirse de la actividad asistencial. No obstante, consideramos apropiado el que haya legislación en situaciones especiales como ya existen para trasplantes de órganos, interrupción del embarazo, ensayos clínicos, etc, puesto que si la tendencia es a individualizar cada caso, valorando el facultativo tal y como dice la Ley, es coherente ampliar los textos legislativos para una mejor atención al paciente.

No debemos pasar por alto la responsabilidad del médico. De todo lo expuesto, podemos ver que no en pocas ocasiones la decisión de hacer valer el consentimiento del menor recae sobre el médico responsable del caso (como se especifica en el art 4.3 de la Ley de autonomía) lo cual supone agravar la responsabilidad que ya tiene el médico de por sí.

Por tanto, parece necesaria una reforma de la Ley que garantice mejor este derecho a la autonomía de la persona.

Con las soluciones que se han propuesto en este trabajo cabe pensar que, al menos, la labor asistencial del facultativo se vería facilitada, puesto que gran parte de la problemática de esta Ley se fundamenta en la responsabilidad legal del médico.

Gran parte de la problemática se centra en el menor maduro, para el cual se van modificando los derechos en función de las circunstancias y situaciones a tratar. Lo cual es congruente con la lógica y con la opinión general de los autores puesto que la relevancia de un acto sanitario es muy variable. Por ello, en nuestra opinión es especialmente relevante el individualizar cada caso y el hecho de que existan legislaciones específicas es algo muy positivo que responde a necesidades reales relacionadas con la actividad asistencial de todo facultativo.



VI. BIBLIOGRAFÍA

- Actualización de la Declaración de la Comisión central de Deontología Médica (2016) sobre atención al menor maduro en situaciones sobre rechazo al tratamiento. Organización Médica Colegial española.
- AGUIRRE, Juan Luis Beltrán. La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica. *DS: Derecho y salud*, 2007, vol. 15, no 1, p. 9-26.
- ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 269.
- ALVENTOSA DEL RIO, Josefina. Consentimiento informado del menor en el ámbito de la sanidad y la biomedicina en España. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 2015, no 20, p. 264-290.
- BRAVO ESCUDERO, Enrique. LA CAPACIDAD DE DECIDIR DEL MENOR. UN ACERCAMIENTO DESDE EL DERECHO. *Debática. Revista de la Sociedad Andaluza de Bioética*, 2012, no 1.
- CIRCULAR 1/2012, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.
- Corral García, R. (2004). STC 154/2002: La negativa a una transfusión sanguínea a un menor de edad con el resultado de su muerte.
- Díaz, B. O., & Pérez, C. G. (2007). Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro. *Pediatría integral*, 10, 877-883
- DRANE, J., "Las múltiples caras de la competencia", en COUCEIRO, A (Edit.), *Bioética para clínicos*, Triacastela, Madrid, 1999, p. 163 y ss.
- Fernández Bermejo, M.: "Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado (II)", *Actualidad Jurídica Aranzadi* (1994), núm. 133, p. 2.
- GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001.
- GARCÍA GARNICA, M^a del Carmen, *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.



- MIRASOL, GONZALEZ. AUTONOMÍA SANITARIA DEL MENOR Y RESPONSABILIDAD MÉDICA. *Diario La Ley*, no 6326.
- GONZÁLEZ, José Ignacio Rodríguez. La autonomía del menor: su capacidad para otorgar el documento de instrucciones previas. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2005, no 2, p. 1419-1424.
- Gracia D. Bioética y pediatría. *Rev Esp Pediatr* 1997; **53**: 99-106.
- GRACIA, Diego, et al. Toma de decisiones en el paciente menor de edad. *Medicina clínica*, 2001, vol. 117, no 5, p. 179-190..
- IBÁÑEZ, Alejandro González-Varas. Aspectos ético-jurídicos de la regulación del aborto en España. Estudio realizado a partir de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2010, no 23, p. 3.
- JÄÄSKELÄINEN, F. D. M. (2014). El menor: un paciente complicado (al menos, desde la perspectiva legal). *Revista CESCO de Derecho de consumo*, (8), 289-305.
- Jacob, M. S. (2005). El menor maduro. *Boletín de Pediatría*, 45(193), 156-160
- DE LAMA AYMÁ, Alejandra. La confidencialidad en el ámbito médico: aspectos problemáticos del deber de secreto en la interrupción del embarazo de una menor de edad. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2006, no 2, p. 347.
- Lomas, V (2015) informe 339/2015 de la agencia española de protección de datos, sobre acceso a la historia clínica de los menores entre 16 y 18 años, que dicho organismo ha remitido por su interés al servicio de salud de Castilla-la Mancha. *Publicaciones jurídicas*. Recuperado desde: <http://www.uclm.es/centro/cesco/>
- De Lorenzo, R. Publicado en Redacción Médica el Martes 17 de marzo de 2009. Número 967. Año V. disponible en: <http://derechosanitario-rdl.blogspot.com.es/2009/03/cirugia-transexual-y-derechos-de-los.html>
- MARTÍNEZ, Josefa Cantero. El consentimiento informado del paciente menor de edad: problemas derivados de un reconocimiento de su capacidad de obrar con distintas intensidades. *DS: Derecho y salud*, 2009, vol. 18, no 2, p. 1-19.
- MOORE, Maureen., "Their life is in the blood: Jehovah's witnesses, blood transfusions and the courts", *North Kentucky Law Review*, 1983, pp.280 y ss.
- ORTIZ, P. Armando; BURDILES, P. Patricio. Consentimiento informado. *Revista Médica Clínica Las Condes*, 2010, vol. 21, no 4, p. 644-652..
- PARRA LUCÁN, María Ángeles, "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español", *Aranzadi Civil* número 2, 2003.



- DEL RÍO SÁNCHEZ, Carmen. El consentimiento informado en menores y adolescentes. Contexto ético-legal y algunas cuestiones problemáticas. *Informació Psicológica*, 2013, no 100, p. 60-67.
- ROMEO MALANDA, S., "El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario", *Diario La Ley*, año 2000, tomo 7, p. 6.
- RUIZ JIMÉNEZ, J. La situación del menor en el ámbito sanitario. *Pediatría Atención Primaria*, 2011, vol. 13, no 50, p. e15-e37..
- SANTOS MORÓN, M^a José, "Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002, de 18 de julio"
- SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, *Negativa a tratamientos médicos y tratamientos obligatorios*. Materiales del Master en Derecho Sanitario y Bioética de la Facultad de Derecho de Albacete, Universidad de Castilla-La Mancha, VI edición, 2009.
- TUELLS, J. [Controversies over vaccines in Spain, a chance for social vaccinology]. *Gaceta sanitaria/SESPAS*, 2015, vol. 30, no 1, p. 1-3

