

EL RECONOCIMIENTO EFECTIVO DEL DERECHO DEL MENOR A DECIDIR SOBRE SU SALUD

MARÍA PILAR GARCÍA ROCHA

Profesora asociada de Derecho Constitucional

Universidad de Murcia

pilar.garcia.rocha@um.es

RESUMEN: La relación establecida entre el médico y el paciente menor de edad había seguido desde antaño los dictados del modelo ético de conducta paternalista, pero en torno a la segunda mitad del siglo XX se empiezan a escuchar las primeras voces que reclamaban urgente protección para aquellos derechos del menor que el excesivo proteccionismo de las prácticas derivadas de este principio de actuación, estaba vulnerando en el ámbito sanitario.

A pesar de la gravedad que suponía este vacío legal, el reconocimiento expreso de estas prerrogativas no tuvo lugar a nivel interno hasta la incorporación en 1981 del artículo 162 al Código civil, y el establecimiento en el Convenio de Oviedo en 1997 de las bases necesarias para dar protección internacional en este delicado espacio, a la dignidad y a los derechos fundamentales del ser humano.

Desafortunadamente, la falta de regulación de las medidas necesarias para la aplicación efectiva del citado precepto, la imprecisión de la normativa que desarrolló el Convenio aludido y el controvertido debate social que ha suscitado el giro radical que el Anteproyecto de Ley elaborado en 2013 pretende dar a la concesión de capacidad otorgada al menor para consentir en el foro clínico, han sido causa y baremo indicador de que el curso actual de los acontecimientos y los resultados obtenidos en la salvaguarda del derecho del menor a decidir en el ámbito sanitario, no estén siendo los deseados.

PALABRAS CLAVE: Menor maduro, profesional sanitario, consentimiento válido, superior interés.

ABSTRACT: Since yesteryear, relationship between doctors and minor patients had kept on the dictates of the ethical pattern of the paternalistic behaviour, but around the second half of the XXth century we began to listen to first voices urging protection for those minor rights, which the excessive protectionism of the practices under such principle of actuation was undermining in the healthcare field.

In spite of this serious legal loophole, the explicit acknowledgement of these prerogatives didn't take place internally until the amendment to article 162 of the Civil Code in 1981 and the foundation in the 1997 Oviedo Convention of the necessary basis for providing international protection to the dignity and fundamental human rights on these sensitive matters.

Unfortunately, the lack of regulation of the necessary measures for purposes of the effective application of the quoted provision, the inaccuracy of the norms which developed the mentioned Convention and the controversial social debate arisen from the drastic u–turn that the 2013 draft bill attempts to carry out on the minor's capacity to consent in the clinical sphere, have been cause and the indicator of that the current course of events and the results obtained on the safeguard of minor's rights to decide in the healthcare scope in order to guarantee his/her best interest, are not being the desired.

KEYWORDS: Mature minor, healthcare professional, valid consent, best interests.

SUMARIO: I. Actualidad del problema y necesidad de respuesta - II. Ruptura de la comunidad internacional con el modelo de actuación vigente desde antaño - III. El menor como titular del derecho a decidir: concepto, alcance y límites - III.1 El derecho del menor a decidir sobre su salud: deber de abstención del facultativo a intervenir y derecho del paciente al propio sustrato corporal - III.2 Límites del derecho del menor a

decidir sobre su salud - III.2.1 La edad del menor como límite objetivo de la capacidad legal para consentir - III.2.2 La madurez del menor como límite subjetivo de la capacidad natural para consentir - III.2.3 La protección del superior interés del menor ¿un límite para decidir sobre la propia salud? - IV. Conclusiones - V. Referencias bibliográficas.

I. ACTUALIDAD DEL PROBLEMA Y NECESIDAD DE RESPUESTA

Los primeros datos conocidos sobre el modo en que tiene lugar la relación sanitaria constatan que los cánones de actuación entre el médico y el paciente menor responden al modelo ético de conducta paternalista, toda vez que, en la búsqueda del máximo beneficio para el enfermo, y aun teniendo éste capacidad suficiente para consentir, se le privaba del derecho a decidir sobre su propia salud.

Esta situación se mantuvo hasta la segunda mitad del siglo XX. A partir de este momento se empiezan a escuchar las primeras voces que reclaman a la comunidad internacional protección para la dignidad y los derechos fundamentales del ser humano, cuanto más, si el foro en el que estas prerrogativas podían verse vulneradas (con ocasión de una asistencia sanitaria) era el clínico, y la persona sobre la que iba a tener lugar la actuación era un menor de edad.

El respeto inspirado por los principios de autonomía y libertad de los que partía esta reivindicación social influyó en el modelo ético de conducta hasta entonces vigente. Su revisión condujo no a una crisis pasajera del canon de actuación utilizado hasta entonces, sino a la necesaria e intencionada ruptura social con un sistema que, desde hacía siglos, y de forma injusta, había definido la relación clínica. Las demandas que solicitaban, entre otros derechos, el de poder decidir con plena libertad en el ámbito sanitario, impusieron de forma sutil pero firme las nuevas reglas del modelo ético de actuación en este delicado foro.

Como decíamos, es a partir de los años cincuenta del siglo XX cuando se empieza a debatir seriamente sobre esta materia, y aunque fueron muy relevantes los acuerdos alcanzados al respecto a nivel internacional, hubo que esperar algunas décadas para que nuestro Derecho interno reconociera de forma expresa el principio de la autonomía de la voluntad en la esfera de actuación del menor. Concretamente el

artículo 162 CC¹ excluye del ámbito de la representación legal de los padres aquellos actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo menor no emancipado, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez pudiera realizar por sí mismo.

Vemos pues, que la madurez es uno de los factores que determinan el reconocimiento de capacidad al menor para actuar en el ámbito sanitario, pero el que paralelamente a la redacción del artículo 162 CC el legislador no estableciera ningún criterio que de forma objetiva marcara las pautas de evaluación de dicha madurez, fue lo que planteó serios problemas a los órganos jurisdiccionales y a los facultativos para dar aplicación efectiva al citado precepto.

Quizá el temor a las graves consecuencias que podían derivarse de las intervenciones realizadas a un menor al que erróneamente se presumió madurez, fue lo que hizo saltar las alarmas de la prudencia exacerbada dejando prácticamente inaplicable el precepto aludido.

En el plano internacional, fue en 1991 cuando la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, preocupada por los avances técnicos que de forma imparable estaban teniendo lugar en las ciencias biomédicas, advirtió, a través de su Recomendación 1160, de la necesidad de elaborar un Convenio de Bioética que diera protección real a los derechos fundamentales del ser humano y a la inviolabilidad de su dignidad.

Los países que recogieron el testigo ofrecido por este órgano deliberante, con la intención de proteger los bienes citados y dar respuesta a los dilemas éticos, clínicos y jurídicos suscitados por la injerencia de los nuevos avances médicos y

¹ Artículo 162 del Código civil (CC): “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan:

1. Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.
2. Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.
3. Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158.

tecnológicos en esta delicada esfera², firmaron en Oviedo el 4 de abril de 1997 el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina³.

Así las cosas, el principio de autonomía de la voluntad que durante tantos años había sido anulado por la presencia en la relación clínica de un paternalismo extremo, quedaba ahora expresamente reconocido en el artículo 5 del Convenio de Oviedo, al disponer que: “La intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento”. Puesto que en este momento ya se tenía conciencia de que para que este derecho pudiera ser ejercitado con absoluta libertad, anterior al acto de consentir, debía quedar también reconocido y garantizado el acceso por parte del paciente a la información adecuada, en función de la naturaleza y riesgos que dicha asistencia implicara.

La ruptura con este modelo de actuación se hace todavía más evidente en relación al paciente menor, cuando en el siguiente precepto del citado cuerpo legal se establece que: “La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez”.

² Así queda establecido en el Preámbulo del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997. Instrumento de ratificación BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999: “Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es la de conseguir una unión más estrecha entre sus miembros y que uno de los medios para lograr dicha finalidad es la salvaguardia y el fomento de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”. Art. 1: “Las Partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina”.

³ El acuerdo fue adoptado por: Dinamarca, Eslovenia, Estonia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Islandia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Macedonia, Moldavia, Noruega, Países Bajos, Portugal, Rumanía, San Marino, Suecia y Turquía. El texto estaba abierto a los países del Consejo de Europa y a los estados no pertenecientes al mismo, pero que participaron en su elaboración, a saber, Australia, Canadá, Estados Unidos, Japón y El Vaticano.

Aunque las bases para la quiebra absoluta con el principio paternalista parecían establecidas, la imprecisión que envolvió la redacción de algunos de los preceptos que desarrollaron para nuestro Derecho interno lo establecido en el Convenio de Oviedo –el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y el artículo 46 de la Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia–, lejos de aportar la luz necesaria para resolver las cuestiones planteadas en este ámbito, suscitó serios problemas técnico-jurídicos de interpretación y aplicación.

La ausencia por tanto de criterios objetivos que respalden jurídicamente la evaluación de madurez realizada por los facultativos para proceder a la aplicación efectiva del artículo 162 CC, unido a la imprecisa redacción de la normativa que desarrolló el Convenio de Oviedo, ha propiciado que el curso de los acontecimientos y los resultados obtenidos en la salvaguarda de la dignidad y los derechos del menor, no estén siendo en todo caso los esperados.

Habida cuenta del estado de la situación y siguiendo la lógica de este proceso de análisis, resulta obligado cuestionarse entonces si el derecho del menor a decidir sobre su salud está realmente protegido en nuestro ordenamiento jurídico y en su caso, si la búsqueda del superior interés está siendo en todo caso garantizada.

Plantearnos esta cuestión y participar en el debate doctrinal y social que necesariamente surge a continuación, es siempre oportuno debido a la necesidad imperiosa que existe de dar respuesta cierta a los problemas que suscita la concesión de capacidad al menor para actuar en el espacio sanitario, pero hacerlo en el momento actual cobra especial interés, a raíz del tratamiento que a la menor de dieciséis años cumplidos se le da en el anteproyecto de ley reguladora de la interrupción voluntaria del embarazo informado en Consejo de Ministros en diciembre de 2013⁴.

El restrictivo carácter con el que el respeto a la autonomía de la voluntad para decidir sobre la propia salud es abordado en esta iniciativa legislativa, no ha pasado a nadie desapercibido. Las reacciones tan distintas que la elaboración de este

⁴ Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada, informado en Consejo de Ministros el 20 de diciembre de 2013.

anteproyecto ha suscitado en la sociedad, responden en pura lógica a los diferentes posicionamientos ideológicos que profesa el individuo, pero lo que realmente resulta sorprendente es el escaso tiempo transcurrido desde la última vez que fue abordada una materia de naturaleza tan delicada como la que nos ocupa, y el giro tan importante que sufre la misma desde que fue regulada en 2010. En la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, se presumía la madurez de la chica menor de dieciséis años cumplidos para interrumpir voluntariamente su embarazo dentro de los plazos y supuestos que la ley estipulaba⁵, y solo tres años más tarde el anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada de 2013, elimina de raíz esa presunción al igual que en su día lo hizo la ley 41/2002⁶.

El que la regulación existente sobre una materia tan sensible como la que estudiamos haya sufrido giros tan radicales en lapsos temporales tan exigüos como los que acabamos de exponer, refleja la dificultad que entraña para el legislador dar una respuesta. Los vaivenes experimentados en ella hacen necesario estudiar en profundidad cuál es la verdadera situación del menor como titular del derecho a decidir en un espacio tan delicado como el sanitario.

Desde la primera toma de contacto con la literatura existente sobre la materia podíamos advertir que los obstáculos que íbamos a encontrar a lo largo del camino, no iban a ser fáciles de superar. No en vano, a día de hoy siguen siendo importantes las dificultades para elaborar un protocolo de evaluación de madurez que de forma objetiva pueda sostener con seguridad y firmeza el criterio de actuación manifestado por el facultativo en su quehacer diario; tampoco ha pasado inadvertido el riesgo que puede suponer el reconocimiento de madurez que con carácter general⁷, otorga la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente al enfermo que haya cumplido

⁵ Artículo 13 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. BOE núm. 55, de 4 de marzo de 2010. “En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad”.

⁶ Artículo 9.4 de la Ley 41/2002: “La interrupción voluntaria del embarazo y la práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación”.

⁷ BRENNAN, J., PALERMO, P. y TAGLIAPIETRA, A. Engagement, Relación con Nivel de Estudios y Trayectoria Laboral. *Revista de Psicología GEPU*, 2012, 1 (7), 14-17.

dieciséis años, sin haber practicado ninguna comprobación adicional para ello más que la resultante de haber alcanzado dicha edad; discernir qué criterio debe seguirse en la elección de la prerrogativa fundamental que debe prevalecer, cuando con ocasión de una intervención sanitaria surja un conflicto de intereses entre representante y representado, era otro de los aspectos que quedó pendiente de respuesta, y eliminar con una redacción concisa la posibilidad de efectuar interpretaciones equívocas del trámite de audiencia dado a los padres, cuando el paciente de dieciséis y diecisiete años de edad se encuentra en una situación de grave riesgo para su salud, es todavía una asignatura pendiente para el legislador.

En lo referente al consentimiento dado por representación en el caso de los menores de edad, también quedaron extremos sin dilucidar en la normativa reguladora de la materia ya que, si la figura del representante debe defender en todo caso el interés superior del menor como principio inspirador de cualquier decisión que le afecte (según establece el artículo 211 CC), no es lo deseable entonces asistir a situaciones donde la voluntad dada por el representante no coincide con la del menor, ni tampoco con sus intereses. Esto podría traer causa bien del desconocimiento del representante de la verdadera situación que envuelve al paciente menor o de que, a pesar de tener conocimiento cierto, insiste aquel en abanderar un interés que considera más oportuno para su representado⁸.

Las dificultades descritas revelan que para que los derechos del menor y la protección de su superior interés lleguen a ser una realidad efectiva, los representantes legales, los facultativos que le van a asistir y los órganos jurisdiccionales, necesitan referentes legales y conductuales más sólidos de los que ahora mismo tienen a su disposición. El vacío normativo existente en aspectos necesariamente decisivos para solucionar los conflictos que surgen, la redacción laxa y confusa en extremos cruciales de la normativa reguladora de la materia y la ausencia de pautas clínicas orientadoras, no contribuyen a resolver esta delicada situación.

En el presente estudio analizaremos el camino recorrido en el proceso de ruptura de la sociedad con el principio de actuación que desde antaño había regido las pautas de actuación entre médico y paciente menor, poniendo de relieve aquellos

⁸ ESPEJO, M., MIQUEL, E., ESQUERDA, M., y PIFARRE, J. Valoración de la competencia del menor en relación con la toma de decisiones sanitarias: escala de la competencia de Lleida. *Medicina Clínica*, 2011, 136 (1), 22-26.

aspectos que propiciaron la quiebra con los cánones de regulación vigentes hasta ese momento. A continuación haremos una reflexión en torno a la figura del menor como titular del derecho a decidir en el ámbito sanitario. Abordar el estudio de los límites que el principio de seguridad jurídica obliga a establecer para proteger el derecho del menor a decidir, a saber, la edad como límite objetivo de la capacidad legal y la madurez como límite subjetivo de la capacidad natural para prestar válido consentimiento. En último lugar examinaremos la posibilidad de que la búsqueda del superior interés del menor, pudiera traducirse en un tercer límite del derecho del menor a decidir sobre su salud.

Después de ahondar en las cuestiones descritas tanto en la legislación existente sobre la materia, en los diferentes posicionamientos doctrinales y en los pronunciamientos de los órganos jurisprudenciales, procederemos a exponer las conclusiones alcanzadas intentando contribuir, en la medida de lo posible, a la difícil tarea de construir soluciones que garanticen la aplicación real de las prerrogativas reconocidas al menor y el reconocimiento efectivo de su superior interés.

II. RUPTURA DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL CON EL MODELO DE ACTUACIÓN VIGENTE DESDE ANTAÑO

Los postulados de los que se partía en las reivindicaciones sociales que a partir de la década de los años cincuenta del siglo pasado, reclamaban el reconocimiento expreso de los derechos fundamentales del menor, evidenciaban de una parte, la necesidad de adoptar un nuevo modelo ético de conducta donde la dignidad del ser humano fuera un bien inviolable, al tiempo que causaron un giro copernicano en el curso de actuación de la comunidad internacional, y consecuentemente en el desarrollo de los acontecimientos que a partir de ese momento tuvieron lugar.

Analizando las claves del cambio que, de forma pausada pero inevitable, se produjo en el estatus que había ocupado el menor en la sociedad hasta ese momento, observamos que en una primera instancia se estaba respondiendo a la necesidad de reconocer y garantizar los derechos fundamentales de todos y cada uno de los miembros de la sociedad –el menor entre ellos–. Éste parecía ser un hecho que la comunidad internacional parecía haber olvidado y que los horrores cometidos en la Segunda Guerra Mundial pusieron de manifiesto. Incluir por tanto en el contrato social

a aquellos grupos que injustamente habían sido apartados, era la premisa obligada de la que había que partir en este momento.

La segunda de las razones del cambio de rumbo en lo referente al trato que la sociedad empieza a dispensarle al menor es la transformación social y cultural que desde agosto de 1945 tuvo lugar a nivel global, como respuesta a lo acontecido durante los años previos. Empezar por tanto una revisión responsable del reconocimiento de los derechos humanos de la infancia, haciendo un estudio detallado del lugar que verdaderamente ocupaba el menor en la sociedad –para así poder dar respuesta adecuada a sus necesidades–, era el paso siguiente a dar en la búsqueda del superior interés del mismo.

Ello se tradujo fundamentalmente en el reconocimiento de la verdadera posición que éste ocupaba en la comunidad, y en la consiguiente necesidad de reconocerle capacidad suficiente para que pudiera tomar las decisiones oportunas con respecto a su persona. Desde esta nueva perspectiva, se estaba admitiendo *erga omnes* la titularidad del menor con respecto a sus derechos –aunque veremos que no ocurrirá de igual forma en todos los ámbitos de actuación–. Reconocido pues su estatus real en la sociedad, se manifiesta en repetidas ocasiones una voluntad firme de dotar al menor de un marco jurídico adecuado, donde la protección y el reconocimiento de sus derechos y la aplicación efectiva de los mismos estuvieran realmente garantizados.

Las primeras evidencias que reflejan este interés social por constatar jurídicamente la situación de desamparo real que envolvía a la figura del menor, las encontramos en la demanda expresa de protección para los derechos humanos recogida en los artículos 2, 22 y 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)⁹. En la misma línea en la que se había pronunciado el legislador del citado texto de 1948, lo hizo también la Carta Social Europea de 18 de octubre de

⁹ Art. 2 DUDH 1948: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Art. 22 *Idem*: Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la satisfacción de los derechos indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”. Art. 28 *Idem*: “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.

1961 en su artículo 7¹⁰, a lo largo de todo el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989¹¹, y el Convenio firmado en Oviedo el 4 de abril de 1997¹². Si bien es cierto que aunque en los textos citados, a excepción del Convenio de Oviedo, los Estados miembros del Consejo de Europa mostraron su inquietud por mejorar el nivel de vida de sus pueblos, también lo es que la intención de garantizar los derechos humanos se contempló en aquel momento de forma muy generalizada¹³.

¹⁰ Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea -redactada en Turín de 18 de octubre de 1961- por el Estado español, el 29 de abril de 1980. BOE núm. 153, de 26 de junio de 1980. En su artículo 7 garantiza el ejercicio efectivo del derecho a protección de los niños y adolescentes comprometiéndose las partes contratantes a fijar la edad mínima de admisión al trabajo, a prohibir que los niños en edad escolar obligatoria sean empleados en trabajos que les priven del pleno beneficio de su educación, a limitar la jornada laboral de los trabajadores menores de dieciséis años para adecuarla a las exigencias de su desarrollo y, en particular, a las necesidades de su formación profesional, a reconocer el derecho de los menores y los aprendices a un salario equitativo o, en su caso, otra retribución adecuada, a disponer que las horas que los menores dediquen a su formación profesional durante la jornada normal de trabajo con el consentimiento del empleador se considere que forman parte de dicha jornada, a fijar una duración mínima de tres semanas para las vacaciones pagadas de los trabajadores menores de dieciocho años, a prohibir el trabajo nocturno a los trabajadores menores de dieciocho años, excepto en ciertos empleos determinados por las Leyes o Reglamentos nacionales, a disponer también que los trabajadores menores de dieciocho años ocupados en ciertos empleos determinados por las leyes o reglamentos nacionales sean sometidos a un control médico regular, y finalmente a proporcionar una protección especial contra los peligros físicos y morales a los que estén expuestos los niños y los adolescentes, especialmente contra aquellos que, directa o indirectamente, deriven de su trabajo.

¹¹ Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de Ratificación del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones elaborado en Nueva York, el 19 de diciembre de 2011. BOE. núm. 27, de 31 de enero de 2014: "Todos y cada uno de los artículos de la presente Convención de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, reconocen la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, dedicando especial atención a los niños, entendiendo como tal a todo menor de dieciocho años cumplidos, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable alcance con anterioridad la mayor edad".

¹² Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina redactado en Oviedo, el 4 de abril de 1997. BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999. En el artículo 9 del presente texto es donde expresamente se reconoce el derecho del menor, dentro de las limitaciones establecidas legalmente por el derecho interno de cada estado, a decidir sobre su salud.

¹³ Extremo éste que ya fue puesto de relieve en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales firmado en Roma, el 4 de noviembre de 1950.

Esta falta de concreción en las garantías de los derechos humanos en general y en lo referido al menor en particular que acabamos de mencionar, se subsanó en gran medida en el Convenio firmado en Oviedo en 1997. Este documento fue la antesala real para la materialización de aquellos principios rectores establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales 1950¹⁴, en el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, en el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966¹⁵, en el Convenio para la Protección de las Personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de 1981¹⁶ y en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989¹⁷.

A pesar de que el valor jurídico del citado Convenio es limitado, ya que solo algunas de sus disposiciones son directamente aplicables¹⁸, este acuerdo no se contempló únicamente como una manifestación de Derecho positivo por los países firmantes. Ser un factor de armonización que impulsaba el necesario debate público sobre los problemas que surgían al hilo de los logros científicamente conseguidos y las

¹⁴ Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales elaborado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963, y de 20 de enero de 1966 respectivamente. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

¹⁵ Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales elaborado en Nueva York, el 19 de diciembre de 1966. BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977.

¹⁶ Convenio para la Protección de las Personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de 1981 (Estrasburgo, 28 de enero de 1981). Ratificado por España el 27 de enero de 1984. BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1985.

¹⁷ Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, que reconoce al niño el ejercicio del derecho a la vida, a la libertad de expresión, ideología y religión, honor, información, integridad física y moral con prohibición de las torturas o tratos inhumanos o degradantes.

¹⁸ Otras disposiciones necesitan medidas legislativas de los correspondientes derechos internos que las desarrollen, pero la principal deficiencia para la aplicación de este Convenio radica en la inexistencia de un mecanismo internacional de control de su cumplimiento, ya que son los Estados parte los que deben de informar sobre las medidas que estén adoptando para garantizar su aplicación. Esta deficiencia podría suplirse promoviendo el control jurisdiccional indirecto del Convenio por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos e incluso por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El reto sin duda está, a la vista de los acontecimientos, en la toma de conciencia de la sociedad civil y de los operadores jurídicos de la necesidad de invocar la aplicación inmediata de este Tratado.

respuestas que en cada caso fuera más oportuno dar, fue el segundo de los objetivos que fijaron los países que suscribieron este acuerdo. El tercer propósito, que debemos señalar como hecho diferenciador de este tratado con otros de igual nivel jerárquico, es que la posibilidad de atentar contra la dignidad humana podía proceder no solo de las acciones u omisiones de los poderes públicos, sino también de la acción directa de los particulares. Así pues, la responsabilidad penal internacional del individuo se ve sin duda reforzada, ya que no solo la persona tendrá que responder por los hechos que se le imputen sobre la base de su derecho penal interno sino que además, se le tendrá por responsable a nivel internacional por los actos considerados ilícitos por las normas internacionales¹⁹.

En la misma línea y en cuanto a nuestro Derecho interno se refiere, la Constitución española de 1978, de forma paralela a la intención que albergaban los textos normativos internacionales de proteger aquellos derechos humanos que con ocasión de los avances en las ciencias biomédicas pudieran verse vulnerados, reconocía el derecho a la salud en su artículo 43²⁰. Este precepto debía ser interpretado en todo caso, a la luz de lo establecido en el artículo 10.2 de nuestra Carta Magna, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Convenio de Oviedo como tratado internacional sobre esta materia suscrito y ratificado por España. Ahora bien, se hacía necesario un desarrollo legislativo que se hizo esperar hasta la promulgación de la Ley General de Sanidad en 1986²¹. Esta norma protegía la salud de las personas al tiempo que incluía en su ámbito una serie de derechos y obligaciones que debían ser asumidos y garantizados por la Administración. Sin restar mérito a la redacción del citado texto legal, lo cierto es que no se había profundizado todavía lo suficiente en el reconocimiento efectivo de la autonomía del paciente menor ni en la preceptiva información asistencial.

La regulación de la capacidad del menor para actuar en el ámbito sanitario elaborada en España en 1981 le otorga, según se desprende de la lectura del artículo

¹⁹ Así queda recogido en el preámbulo del Convenio de Oviedo donde se recuerda a cada miembro del cuerpo social sus derechos y obligaciones, incluyendo dentro del concepto genérico de "poderes públicos", a los agentes que actúen por cuenta del Estado y que directa o indirectamente generan responsabilidad penal internacional.

²⁰ La Constitución española de 1978 siguiendo la línea de los Tratados Internacionales firmados a raíz de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, reconoce el derecho fundamental a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad ideológica, religiosa y de culto, al honor y la intimidad personal. Derechos que con ocasión del ejercicio del derecho a la salud, pudieran verse eventualmente vulnerados. Establece también nuestra Constitución, la protección de la juventud y de la infancia como límite para el ejercicio de todas estas prerrogativas.

²¹ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986.

162 del Código Civil, capacidad para decidir en función de su madurez, teniendo en cuenta que las limitaciones que pudieran derivarse de la evaluación de la misma habían de ser interpretadas en todo caso de forma restrictiva, esto es, en beneficio siempre de la capacidad de actuación del menor, y no en sentido contrario, en consonancia con lo establecido en la Ley Orgánica de protección jurídica del menor de 1996²². De esta forma se daría al menor la posibilidad de tomar de forma gradual, plena consciencia de cuál era su situación personal y del entorno real en el que tendría que desenvolverse. Vemos pues, que desde principios de la década de los años ochenta del siglo pasado, nuestro Derecho interno reconocía de forma expresa la excepción de la representación de los padres con respecto a los hijos menores no emancipados en los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pudiera realizar por sí mismo.

Dentro del marco civil existen además otros preceptos que evidencian el reconocimiento legal de esta progresiva concesión de capacidad a los menores. El código civil establece que el mayor de catorce años puede testar –art. 663.1 CC– o ser testigo en los actos inter vivos –art. 1.246.3 CC–; el mayor de dieciséis años puede solicitar la emancipación judicial –art. 320 CC–, ser testigo en el testamento excepcional otorgado en tiempo de epidemia –art. 701 CC– o adquirir la mayoría de edad laboral –art. 6.1.del Estatuto de los Trabajadores–. El art. 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en esta línea, atribuye a los menores de edad la capacidad de consentir las intromisiones en tales derechos si sus condiciones de madurez lo permiten de acuerdo con la legislación civil; el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley de Protección de Datos de carácter personal, permite a los menores de 14 años prestar por sí mismos consentimiento para el tratamiento de sus datos.

Estas concesiones han demostrado que la mejor forma de proteger a la infancia es promover la autonomía del menor como sujeto capaz de tomar sus propias decisiones²³. Es cierto, y comúnmente está admitido, que el paso a la edad adulta

²² Años más tarde quedaría matizado el artículo 162 CC en el sentido en el que hemos expuesto por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE de 17 de Enero de 1996, que a su vez reconocía derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, a saber, honor, intimidad y propia imagen -art.4-, información -art. 5-, libertad ideológica y religiosa -art. 6-, asociación y reunión -art.7-, libertad de expresión -art. 8- y a ser oído -art. 9, vinculado a la tutela judicial efectiva-.

²³ BIRD, S. Childrens and adolescents. Who can give consent? *Australian Family Physician*, 2007, 36 (3), 2-3.

tiene lugar al cumplir los dieciocho años²⁴, pero también lo es que por debajo de esa edad, existe, como acabamos de ver, un reconocimiento legal expreso sobre ciertos ámbitos de autonomía antes de alcanzar la edad mencionada. El desarrollo legislativo que tiene lugar a partir del año 1981 refleja esta tendencia y otorga al menor de edad, la condición de sujeto de derechos con capacidad para tomar decisiones tendentes a modificar su medio. De esta manera podrá construir progresivamente una percepción real sobre su entorno y su situación personal.

Así planteadas las cosas y ante la necesidad de desarrollar en nuestro derecho interno el acuerdo suscrito por España en Oviedo en 1997, el 14 de noviembre de 2002 se aprueba la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica²⁵. Establecer las bases necesarias para el ejercicio de estos derechos suponía una gran conquista para una sociedad que realmente quería prosperar en condiciones de igualdad, pero la situación de desplome del Estado Social obligaba a centrar la atención no solo en el contenido material de estos derechos, sino también en la forma en la que debían ser ejercitados, siendo por tanto necesario atender a los cauces procedimentales adecuados para llegar a ser acreedores de los mismos²⁶.

En consonancia con lo anterior, el legislador intenta dar al paciente menor las máximas garantías y grado de protección en su relación con los profesionales de la salud en el ámbito sanitario. Nos encontramos pues ante la Ley 41/2002 con una

²⁴ Así queda establecido en el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".

²⁵ 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. Boletín Oficial del Estado, núm. 274, de 15 de noviembre de 2002.

²⁶ Esta posición doctrinal que otorga un papel protagonista a la justicia procedimental, es sostenida por Rawls y Dworkin. Su línea de investigación y su lucha por el reconocimiento efectivo de los derechos humanos, entra de lleno en la necesaria renovación del *Contrato Social* de Rousseau. Estos autores, *actualizan* los miembros de la comunidad acreedora de esos derechos y por tanto de justicia, incluyendo para ello a todos los miembros de la comunidad que fueron injustamente apartados. Incluir como sujeto de derechos a las personas menores de edad, así como atender al concepto *ser escuchado si tuviere suficiente juicio* se ha ido trasladando progresivamente a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que afectan al menor, introduciéndose de ese modo la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos. RAWLS, J. *Justicia como equidad: materiales para una teoría de la Justicia*. Madrid: Tecnos, 2012, 37-44. MYLES DWORKIN, R. *El dominio de la vida: argumentos sobre el aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Nueva York: Alfred A. Knopf, 1993, 47-52.

norma que en el intento de respetar al máximo al menor en cuanto al ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, de la dignidad de la persona y de la plena justicia equitativa, completa, detalla y resuelve los puntos que quedaron sin dilucidar en la Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986. Y como no podía ser de otro modo –al ser una ley protectora de derechos pertenecientes a la tercera generación–, hay por tanto principios y valores fundamentales que de ningún modo podemos dejar de estudiar para entender plenamente su significado, a saber, autonomía de la voluntad, beneficencia, no maleficencia y justicia.

La Ley 41/2002, ha supuesto sin duda un gran paso en el reconocimiento a la autonomía de la voluntad del paciente, pero lo cierto es que no todos los objetivos propuestos en el preámbulo de este cuerpo normativo están siendo finalmente alcanzados. A la intención de que el especial tratamiento dispensado al menor en los textos internacionales suscritos se viera reflejado de forma más concisa en nuestro Ordenamiento Jurídico de como lo había recogido en 1981 el Código civil, no le acompañó, como veremos más adelante con detenimiento, una redacción tan precisa como hubiera sido deseable.

Este es el contexto que envuelve e inspira la redacción de la Ley de derechos y deberes de los usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia de 2009²⁷ que, en virtud de las competencias legislativas y ejecutivas en materia de salud atribuidas por el Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia en su artículo 11.1²⁸, nació con la intención de agrupar y desarrollar los derechos y deberes que ostentan los usuarios del sistema sanitario en la Región. En este sentido garantista, el autor del texto autonómico consideró que en beneficio de los ciudadanos, del personal facultativo y de la propia Administración sanitaria como entidad encargada de custodiar en último término del cumplimiento de los derechos y deberes en este ámbito, era necesario definir y desarrollar los derechos que, con carácter en algunos casos meramente enunciativo, contenía la Ley 41/2002, pero como ya ocurrió con el texto de 2002, la

²⁷Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia. BORM núm. 114 de 20 de Mayo de 2009. BOE núm. 34 de 09 de Febrero de 2011.

²⁸ Artículo 11 del Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia. BORM de 18 de Junio de 1982 y BOE núm. 146 de 19 de Junio de 1982: “En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución en las siguientes materias: Sanidad, higiene, ordenación farmacéutica y coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo dispuesto en el número 16 del artículo 149.1 de la Constitución”.

norma autonómica incurre, en algunas ocasiones incluso de forma literal, en las mismas imprecisiones que la ley básica reguladora de la materia²⁹.

III. EL MENOR COMO TITULAR DEL DERECHO A DECIDIR: CONCEPTO, ALCANCE Y LÍMITES

III.1 *El derecho del menor a decidir sobre su salud: deber de abstención del facultativo a intervenir y derecho del paciente al propio sustrato corporal*

A pesar de que nuestra Carta Magna no recoge el derecho del menor a decidir sobre las actuaciones sanitarias que pueden ser practicadas sobre su persona, de la atribución de capacidad al enfermo menor de edad para emitir su voluntad sobre aspectos tan personales como la propia salud –expresamente recogida como anteriormente hemos visto en el Convenio de Oviedo, en la leyes que lo desarrollaron para nuestro derecho interno y en el Código civil–, se deriva el reconocimiento de un derecho humano fundamental.

²⁹ Será objeto de estudio de un epígrafe posterior, pero adelantamos en este momento la redacción de ambos artículos para poner de manifiesto la similitud y en ocasiones la literalidad entre los preceptos 46 de la Ley 3/2009 “Cuando se trate de un paciente menor de edad que no tenga capacidad intelectual o madurez emocional de comprender el alcance de la intervención. El consentimiento no se otorgará por sustitución en los supuestos de menores emancipados o mayores de dieciséis años de edad, si bien en caso de procedimiento de grave riesgo, según el criterio facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión que corresponda. Los padres que ejerzan la patria potestad o, en su defecto, quien ostente la representación legal de conformidad con la legislación civil, cuando se trate de menores a los que se refiere el primer párrafo del apartado 1.c) de este artículo. No obstante lo anterior, cuando a juicio del médico responsable, el menor tenga cierto grado de madurez emocional y comprensión, se le ofrecerá también a él la información adecuada a su edad, formación y capacidad y se escuchará su opinión si tiene doce años cumplidos”, y 9 de la Ley 41/2002: “Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: 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. Cuando el paciente esté incapacitado legalmente. 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 tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”.

La afirmación realizada está fundada en la fuerza de obligar próxima a la Constitución (CE) en la que sitúa el artículo primero de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a la jurisprudencia de este órgano intérprete supremo de la Constitución, como doctrina que sienta el sentido y alcance de los preceptos constitucionales cuando estos son aplicados³⁰. Así establecido, y teniendo en cuenta que el citado Tribunal en sentencia 154/2002 de 18 de julio (STC), a propósito de la vulneración de la voluntad de un paciente menor, al que con ocasión de una intervención sanitaria se le pretendía asistir de una forma no querida por él, se pronunció afirmando que: “el derecho a la integridad física y moral resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, a no ser que ello se haga al amparo de una justificación constitucional”³¹.

Con ello se pone de manifiesto que la violación del ejercicio de la autonomía de la voluntad en el momento de consentir a una asistencia sanitaria, sin existir amparo constitucional que lo justifique, implicará necesariamente la vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral del ser humano ya que, al transgredir el ejercicio de la autodeterminación personal, se conculca uno de los elementos esenciales para que la aplicación de este derecho, recogido en el artículo 15 CE, pueda ser garantizada. Así las cosas, a pesar de no existir un precepto expreso en la Constitución que reconozca el derecho fundamental del menor para decidir sobre su salud, sí que se deriva tal condición de la interpretación unitaria, armónica, sistemática y finalista de otros derechos que, como hemos visto, están expresamente recogidos en nuestra Carta Magna como fundamentales.

Esta concesión de autonomía personal que se otorga al menor, no actúa únicamente como elemento esencial sin el cual no podría ser reconocido el derecho fundamental a la integridad física y moral de la persona. Al ser respetado, también se está custodiando un pilar estructural del derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa y de culto recogido en el artículo 16 CE puesto que la emisión libre de la

³⁰ GARRORENA MORALES, Ángel. *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, 189.

³¹ Recogido en el artículo 15 de la Constitución española de 1978 (CE): “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

voluntad del paciente, está actuando como base legitimadora de la respuesta emitida por el menor en esta circunstancia y en este delicado espacio.

De igual modo ocurre con el respeto a la intimidad personal³² como otro de los derechos fundamentales reconocido en nuestro texto fundamental y cuya efectividad, queda garantizada cuando se protege al máximo nivel la autonomía del menor para decidir sobre su salud. Todo ello sin olvidar la declaración del artículo 20 del mismo cuerpo legal de que la protección de la juventud y de la infancia actuará como límite y referente para el ejercicio de todos estos derechos.

Entendiendo por tanto, que el respeto al ejercicio de la autonomía de la voluntad constituye elemento matriz de igual naturaleza que los derechos constitucionales reconocidos en los artículos 15, 16 y 18 CE, debemos estudiar los aspectos esenciales que dan estructura a este derecho, ya que el carácter personalísimo que determina la esencia del postulado de libertad sobre el que trabajamos, condiciona el reconocimiento del derecho a decidir, al respeto por parte de la comunidad global de dos facultades que discurren unidas inexorablemente a la idea de autonomía: por un lado comporta una facultad negativa que implica la imposición de un deber de abstención de los profesionales sanitarios para realizar actuaciones médicas a un paciente, salvo que éstas se encuentren legalmente justificadas³³, y por otro lleva implícita una facultad de oposición a la asistencia médica por parte del enfermo en el ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el derecho al propio sustrato corporal, como prerrogativa distinta del derecho a la salud o a la vida.

³² Como derecho fundamental recogido en el artículo 18 CE.

³³ El artículo 9.2 de la Ley 41/2002 establece en lo referente a los límites del consentimiento informado y consentimiento por representación que: "Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas. Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

Al analizar en la STC 154/2002 el significado constitucional de la segunda de las facultades mencionadas, esto es, la oposición que profesa un menor a un determinado tratamiento médico prescrito, sin existir alternativas asistenciales que en ese momento pudieran salvar su vida, advertimos que esta declaración firme de su voluntad forma parte esencial del ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa y de creencias del artículo 16 CE, y el respeto manifiesto del pronunciamiento constitucional a dicha exclusión cobra especial interés desde el momento en el que esta negativa del menor a la injerencia ajena sobre el propio cuerpo lleva implícita además de la defensa del derecho a profesar una determinada confesión, la salvaguarda del propio sustrato corporal como el derecho fundamental a la integridad física recogido en el artículo 15 CE.

El que no se hiciera un análisis de las condiciones de madurez, ni se estudiaran las circunstancias que envolvían al joven en el momento de decidir, no es óbice para señalar, como hace el Tribunal, que: “la reacción evasiva del menor a los intentos de actuación sanitaria, evidenciaba la existencia en él de unas convicciones firmes que no podían ser desconocidas ni por los facultativos que le atendieron, ni por los padres a la hora de dar respuesta a los requerimientos posteriores que les fueron hechos, ni tampoco por la autoridad judicial a la hora de valorar la exigibilidad de la conducta de colaboración que se les pedía”. El consentimiento o la oposición de un menor a la práctica de una asistencia sanitaria, no puede traducirse en ningún caso como irrelevante, pero a la vista de lo acontecido nos preguntamos dónde queda el respeto al menor como titular de sus derechos fundamentales en el ámbito sanitario.

En este orden de cosas debemos señalar que nuestro Ordenamiento Jurídico concede, tanto en el Código civil como en la normativa que desarrolló el Convenio de Oviedo, relevancia manifiesta a determinados actos o situaciones jurídicas del menor de edad. Así pues, en los actos relativos a los derechos de la personalidad, entre los que se halla precisamente el de integridad física, queda excluida la facultad de representación legal que tienen los padres del paciente menor de edad. Pero, aunque cierta y necesaria es tal exclusión, obligado es por otra parte encontrar el justo equilibrio de dicha exclusión con el deber de velar y cuidar del menor y sus intereses en el ejercicio de la patria potestad, de manera que al establecer un juicio ponderativo entre el derecho a la vida del menor –art. 15 CE- y el derecho a la libertad religiosa y de creencias –art. 16.1 CE-, habrá que atender a lo establecido por el Tribunal

Constitucional en SSTC 53/1985³⁴ y 120/1990 a tenor de cuya doctrina la vida es "un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional", teniendo "un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte". Entendiendo que al existir un conflicto entre derechos fundamentales, el principio de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante³⁵. Todo este desarrollo estudiado inexistente en sede del IGFEI.

III.2 Límites del derecho del menor a decidir sobre su salud

III.2.1 La edad del menor como límite objetivo de la capacidad legal para consentir

Alcanzar los dieciséis años edad es uno de los requisitos que nuestro Ordenamiento Jurídico establece como regla general para conceder capacidad de actuación en el ámbito sanitario. Los artículos 9.3 de la Ley 41/2002 y 46.1.c de la Ley 3/2009 marcan unos límites etarios para poder actuar válidamente en el foro aludido, pero, como veremos a continuación, alcanzar la edad que establece nuestra normativa para consentir no siempre resuelve el problema de la validez del consentimiento dado por el menor.

En la regulación del consentimiento otorgado en el ámbito sanitario comprobamos que, en el supuesto de los menores no incapaces ni incapacitados pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, la capacidad legal para prestar consentimiento válido en aquello que concierne a su salud, se les otorga al cumplir dicha edad. Al estudiar con detenimiento este requisito necesario para la concesión de la capacidad legal, establecido tanto en la ley estatal como en la autonómica, advertimos la falta de precisión en la redacción de algunos extremos claves para hacer realmente efectiva la protección del superior interés del menor, quizá como consecuencia del intento del legislador de dejar una puerta abierta para facilitar la resolución de casos excepcionales. Pero la indefinición que resulta ha menoscabado el grado de seguridad y certeza que debe conformar todo precepto legal.

³⁴ SSTC 53/1985, de 11 de abril y 120/1990, de 27 de junio.

³⁵ SSTC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 7, y 60/1991, de 14 de marzo, FJ 5.

Las normas citadas establecen que la edad a partir de la cual el menor de edad civil goza de autonomía y capacidad suficiente para tomar decisiones con respecto a su salud, exceptuando el acceso a técnicas de reproducción humana asistida y la intervención en ensayos clínicos, son los 16 años cumplidos, y en el caso de que éste menor esté en situación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres han de ser informados y su opinión tenida en cuenta para adoptar la decisión correspondiente.

A la vista de lo expuesto, constatamos que no solo se les concede la mayoría de edad sanitaria, y por tanto la capacidad legal exigida para consentir en este foro, a los menores que tienen los 16 años cumplidos, sino también a los menores emancipados que son capaces para consentir. Ello conduce a revisar los supuestos a través de los cuales tiene lugar la emancipación del menor. Al acudir al Código civil y dar lectura al supuesto contemplado en el epígrafe 2º del artículo 314 –referido a la emancipación que tiene lugar por matrimonio del menor–, comprobamos que el Ordenamiento Jurídico contempla la posibilidad de que el Juez de Primera Instancia pueda dispensar, con justa causa y a instancia de parte, el impedimento de edad para contraer matrimonio a partir de los catorce años, debiendo ser oídos en la tramitación del expediente de dispensa, el menor y sus padres o guardadores.

Si, como veíamos en las líneas precedentes, el Juez puede conceder dispensa de edad para contraer matrimonio a partir de los catorce años, y resulta que del hecho de contraer matrimonio se deriva la emancipación del menor, puesto que además no existe precepto legal que expresamente diga lo contrario³⁶, nos encontramos ante la posibilidad real de que un menor de catorce años que se encuentre en la situación descrita, esté también capacitado legalmente para consentir a la asistencia sanitaria sobre su persona.

No es ésta la única prerrogativa que el Ordenamiento Jurídico español, concede al menor siguiendo la interpretación restrictiva de las limitaciones de la capacidad de obrar del artículo 2 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor y del art.162 CC. De los preceptos aludidos que el menor puede prestar por sí mismo

³⁶ Así también lo ponen de manifiesto las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de marzo de 1989 y 14 de mayo de 2010.

consentimiento para el tratamiento de sus datos³⁷, testar³⁸ o ser testigo de actos inter vivos³⁹.

Pero, a pesar de lo expuesto, el legislador, al ser la concesión de la capacidad legal por emancipación como consecuencia del matrimonio a partir de los catorce años una situación excepcional, decidió adoptar de forma paralela las pertinentes precauciones con el objetivo de delimitar la capacidad del menor para consentir. El establecimiento de estas barreras a la prestación del consentimiento en nuestro Derecho interno responde, con toda lógica, a la todavía necesaria asistencia del menor para decidir sobre determinados actos. Así vemos como, ante la relevancia de los bienes jurídicos en juego, se exige que el menor esté asistido para consentir cuando vaya a tomar dinero a préstamo, a gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor⁴⁰.

Objetivamente, la medida restrictiva que acabamos de mencionar sobre la capacidad decisoria en sede económico-patrimonial puede considerarse acertada por las especiales y graves consecuencias que de ella pudieran derivarse. Un menor de edad, a partir de tener los catorce años cumplidos –que es cuando podría actuar válidamente por la vía del artículo 314.2 CC en el espacio sanitario–, en principio, adolece de la falta de experiencia y madurez necesaria para gestionar su patrimonio, pero resulta curioso entonces al comparar las situaciones descritas, el especial celo que manifiesta el legislador con el peculio del menor y la excesiva permisividad concedida al mismo para que decida sobre su salud. ¿Es acaso la salud del menor un bien jurídico de menor entidad que su patrimonio?

La casuística que a diario se presenta en los centros sanitarios y consultas médicas conoce también supuestos de menores que, no teniendo cumplidos los años que la ley exige para dar válido consentimiento, poseen grado de madurez suficiente para poder hacerlo. Nos referimos a aquellos casos en que, en principio, no se podría prestar consentimiento autónomo por no estar dentro de la franja etaria que

³⁷ Art. 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

³⁸ Art. 663.1 CC.

³⁹ Art. 1246.3 *Idem*.

⁴⁰ Arts. 22, 23 y 24 *Idem*.

legalmente autoriza al menor para hacerlo, pero en los que, atendidas las características especiales que concurren en su persona, se evidencia la falta de necesidad para ser representado en el acto de consentir.

Puesto que la normativa reguladora de la materia que venimos estudiando establece que será el médico responsable de la asistencia sanitaria que se va a practicar al menor el encargado de determinar, según su criterio, si este paciente no es capaz de tomar una decisión con respecto a la actuación que va a tener lugar, contrario sensu debemos entender que debe ser el juicio emitido por ese mismo facultativo el criterio válido para determinar cuándo un menor goza de madurez suficiente para decidir sobre la cuestión planteada⁴¹; quedando salvaguardada en caso de discrepancia de criterios la facultad de los padres o tutores legales para recurrir a los órganos jurisdiccionales competentes, a fin de que sean éstos, en último caso, los que resuelvan qué es lo que más beneficiará al menor.

De la lectura del artículo 9 de la Ley 41/2002 y 46 de la Ley 9/2003 murciana se desprende que el representante legal del menor que todavía no ha cumplido los dieciséis años será el encargado de prestar el consentimiento para la intervención sanitaria que precise, pero se le concede un estatus especial. Como mínimo le garantiza una posibilidad de acceso a la información y a la participación en la toma de decisiones en torno a su salud, distinta a la que le otorga al menor que todavía no tiene los 12 años cumplidos, y en función del grado de madurez que posea, quedará determinada su participación en la esfera decisoria.

En el supuesto de los menores con edades comprendidas entre 12 y los 16 años incapacitados o incapaces, ante la ausencia de capacidad tanto legal como natural para consentir, es el representante del menor el que está legitimado para hacerlo en su nombre. Aunque ya lo apuntábamos al comienzo del epígrafe, debemos resaltar que los menores aludidos carecen de capacidad legal y natural para prestar válido consentimiento, mas son acreedores del derecho a ser informados en la forma adecuada según lo exija cada caso concreto. El legislador ha fijado en los doce años el límite a partir del cual el menor debe recibir obligatoriamente información adecuada a sus circunstancias acerca de la asistencia sanitaria que va a tener lugar sobre su

⁴¹ ANDREU, M. B.: *Consentimiento por sustitución*, en Comentarios a la Ley 3/2009, de Derechos y deberes de los usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia SALCEDO, J. R. (dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, 143-183.

persona, sin que ello signifique que, por debajo de esa edad, no pueda recibir dicha información.

La Ley 41/2002 concede en el artículo 9.3.c, a los padres de un menor de dieciséis años cumplidos la posibilidad de ser escuchados cuando concurra grave riesgo para la salud de su hijo. A partir de este principio, hemos de plantearnos qué es lo que ocurriría si el menor corriera un riesgo que no revistiera gravedad. ¿Cesaría entonces la obligación de informar a los padres? Y en el caso de tener que seguir informándoles, ¿qué alcance tendría la audiencia concedida a los progenitores?

La incertidumbre sobre estas cuestiones causa la apertura de un debate legal, doctrinal y jurisprudencial que aporta luz a la verdadera posición jurídica del menor y sus representantes en el supuesto mencionado ya que, en este momento, a tenor de lo establecido en la Ley 41/2002, la capacidad legal para consentir, cuando se tienen dieciséis años cumplidos, la detenta el menor, esté o no en situación de grave riesgo. El que a los padres se les informe y se les escuche en esta delicada situación, en virtud del ejercicio de la patria potestad que ejercen sobre sus hijos, no implica en modo alguno que estén habilitados para representar a su hijo en la toma de decisión correspondiente.

En el supuesto descrito, la norma vuelve a dar un papel crucial al facultativo responsable de la asistencia sanitaria, puesto que es su criterio el que debe ser atendido para decidir la gravedad o no de la situación en la que se encuentra el menor y, en consecuencia, el responsable de dar o no audiencia a los padres para ser informados y escuchados.

Siguiendo la literalidad de la Ley, es el menor el que al gozar de capacidad, es en este momento el único titular del derecho a decidir sobre su salud, pero no parece que sea esto lo que sucede en todo caso si estudiamos detenidamente algunos de los pronunciamientos jurisprudenciales existentes al respecto así como las recomendaciones de actuación que en 2013 estableció la Fiscalía General del Estado.

Debemos también hacer mención a los supuestos de prácticas en ensayos clínicos y en técnicas de reproducción humana asistida. Las leyes 41/2002 estatal y 3/2009 murciana, establecen que se rigen por lo estipulado con carácter general sobre la mayoría de edad y las disposiciones especiales de aplicación. La exclusión del régimen especial viene motivada por el desconocimiento exacto de las consecuencias

que eventualmente pudieran derivarse de la participación en ensayos experimentales en el primer caso, y a la complejidad de los tratamientos aplicables, fundamentalmente a la mujer, en el segundo. En ambas circunstancias, para otorgar válido consentimiento habrá que esperar a alcanzar la mayoría de edad requerida por el art. 315 del Código Civil.

Junto a los dos supuestos mencionados se incluía también como excepción al consentimiento válido dado por un menor de dieciséis años cumplidos, hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo del año 2010, la interrupción voluntaria del embarazo. Pero el legislador entendió en ese momento que la naturaleza y las consecuencias de esta intervención no hacían necesario que la chica menor tuviera dos años más de madurez física y psíquica para prestar su consentimiento. Por tanto, según dispone el art. 13.4 de la citada norma: “En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad⁴².”

Otra situación a la que también se debe prestar especial atención es la protagonizada por un menor de 16 años cumplidos, pero todavía inmaduro, para decidir por sí mismo. Estamos ante la circunstancia en la que el menor posee la edad legal para prestar el consentimiento a una intervención sobre su persona, y sin embargo no es naturalmente capaz para hacerlo en ese momento. No nos referimos a la incapacidad otorgada por un Tribunal, ni tampoco al padecimiento de una discapacidad que, aunque no estuviera reconocida por un órgano judicial, le imposibilitara de forma manifiesta para consentir. Nos referimos al frecuente supuesto en el que el menor, aun teniendo la edad cumplida en la que se le presupone maduro y por tanto capacitado para consentir, y aun habiendo recibido la adecuada información, todavía no se ve preparado para decidir por sí mismo en lo referente a las

⁴² En el anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada la situación de la menor vuelve a dar un giro ya que el artículo 13.4 establece que: “En el caso del aborto de la mujer menor entre 16 y 18 años, no emancipada, o de la mayor de edad sujeta a curatela, será preciso el consentimiento expreso de ella y el asentimiento de los titulares de la patria potestad, tutor o curador. Si la embarazada fuera menor de 16 años o mayor de edad sujeta a tutela, además de su manifestación de voluntad, se precisará el consentimiento expreso de sus padres, si ejercieren la patria potestad, o de su tutor.”

actuaciones que van a tener lugar sobre su persona dentro del ámbito sanitario. ¿Realmente un adolescente de esa edad está preparado para decidir en todo caso y ante cualquier circunstancia en el espacio sanitario? ¿Se excedió el legislador al establecer la mayoría de edad sanitaria en los dieciséis años? A lo largo de este estudio intentaremos construir respuestas a las cuestiones planteadas.

III.2.2 La madurez del menor como límite subjetivo de la capacidad natural para consentir

Veámos en el epígrafe anterior que el Ordenamiento Jurídico determina quiénes tienen capacidad legal, en función del cumplimiento de unos determinados requisitos y, dependiendo del grado en que dichos requisitos se cumplan, reconoce o no capacidad para realizar válidamente el acto de que se trate. Pero, al hablar de capacidad natural, son condiciones de carácter psíquico las que, como afirma ALBALADEJO,⁴³ el sujeto precisa tener –además de la capacidad de obrar legal– para poder actuar conforme a ley. Así pues, la intervención del elemento volitivo y cognitivo constituye la base sobre la que se determina la tenencia o no esta capacidad.

La mayor edad exigida, o el hecho de no ser incapaz ni estar incapacitado judicialmente, son las variables fundamentales que determinan de forma objetiva la validez legal de las actuaciones realizadas por una persona. Pero, al intentar establecer la capacidad natural, tenemos que acudir necesariamente al estudio de aquellas aptitudes de carácter subjetivo que esa persona posee en el mismo momento de consentir a un acto en concreto.

El estudio de la casuística sanitaria y jurisprudencial ha puesto de manifiesto desde la entrada en vigor de la Ley 41/2002 que han sido muchos los supuestos en los que el menor, a pesar de tener la mayor edad que le exige el ordenamiento jurídico para decidir sobre determinadas actuaciones –fundamentalmente quirúrgicas y de diagnóstico grave–, no tenía las aptitudes cognitivas y volitivas necesarias para consentir por sí mismo. El acompañamiento, la escucha y la comunicación con el paciente en la toma de decisiones, seguía siendo, como sostiene OSUNA, muy

⁴³ ALBALADEJO, Manuel. *Opus cit.*, 230-231.

necesario en estos casos⁴⁴. Establecer como regla general los dieciséis años como mayor edad para decidir en el ámbito sanitario, implica asumir muchos riesgos. Suponer de forma general que se había alcanzado la madurez plena al cumplir dicha edad, sin ninguna garantía de que este hecho fuera en todo caso cierto, puede cerrar por completo las puertas a esa segunda oportunidad a la que todo menor, como hemos apuntado anteriormente, tiene derecho.

La decisión en último término sobre si se debe practicar o no una determinada intervención sanitaria cuando se duda de la madurez del paciente en el momento de consentir, sitúa al garante de sus derechos fundamentales en una situación harto complicada. La dificultad que entraña conocer con certeza absoluta quién goza de madurez para decidir en el ámbito sanitario quizá radique en la ausencia de rigor técnico de las normas reguladoras de la materia, y por tanto en la consecuente ambigüedad interpretativa existente dentro de la doctrina y de la jurisprudencia consultada, así como en la ausencia de patrones de evaluación de dicha madurez.

Decidir qué prerrogativa debe prevalecer, cuando con ocasión de la asistencia sanitaria prestada a un paciente se produce un conflicto entre los derechos fundamentales que constitucionalmente le son reconocidos, parece resuelto cuando el paciente posee mayoría de edad civil. Pero la situación se torna difícil de dilucidar cuando la persona sobre la que la intervención sanitaria debe tener lugar es un menor de edad, sin saber si realmente es maduro para decidir y cuando, además, en torno a la realización de esa intervención, ha surgido un conflicto de intereses contrapuestos.

La ley 41/2002 establece que será el facultativo responsable de la asistencia el encargado de la evaluación de la madurez del menor, pero en determinadas situaciones donde es manifiesto el conflicto de intereses, la inexistencia de criterios objetivos para evaluar dicha madurez hace que el facultativo opte, no por la solución que mejor protege los intereses del menor, sino por la opción que conlleva menos riesgos para la vida del paciente sin atender a la calidad de la vida que se pretende defender⁴⁵.

⁴⁴ OSUNA, Eduardo. *La escucha, la comunicación y el acompañamiento en la deliberación clínica*, Murcia: Diego Marín, 2013, 30-79.

⁴⁵ Es muy interesante en este punto el estudio que realiza ANDREU, M.B. en *La protección de datos personales de los menores de edad*, Navarra: Aranzadi, 2014, 22-29.

En la actualidad, el procedimiento que tienen a su alcance los facultativos para poder comprobar de manera objetiva el estado mental de un paciente, consiste en la realización de un test denominado Mini Mental State Examination (MMSE). A través de este examen, el médico puede detectar el posible deterioro cognitivo de una persona con un índice muy alto de fiabilidad. Pero, aunque este análisis es una prueba de incalculable valor, no es el examen idóneo para que el médico valore la madurez de un menor, ya que es muy probable que éste sea capaz de superar el citado test sin ninguna dificultad y, sin embargo todavía no haya alcanzado la madurez suficiente para decidir sobre su salud⁴⁶.

En este proceso de toma de decisión, el profesional sanitario no puede desconocer ni dejar a un lado las transformaciones que en las últimas décadas y en todos los ámbitos ha sufrido nuestra sociedad. Estas variaciones producidas, fundamentalmente sobre los nuevos patrones familiares existentes, están condicionando el desarrollo evolutivo de los menores como puso de manifiesto SÁNCHEZ, en su estudio sobre la obra de Gary J. Kneir⁴⁷, donde es posible comprobar que la pérdida de relación del menor con sus progenitores, representa una fuerte desventaja para la formación de su juicio, con respecto a los jóvenes que sí mantuvieron en buen estado dicha relación. También demostraba que la existencia de una buena relación entre el menor y sus padres le ayudaba a conseguir autocontrol e independencia⁴⁸, le proporcionaba un mayor grado de seguridad en la exploración del mundo, de tolerancia a la frustración, de empatía con las personas y de ajuste a reglas sociales y morales establecidas. El deterioro de esta relación entorpece el desarrollo del menor y lo aboca, como puso de manifiesto en 2013 la sentencia del caso Couch, a no tener una percepción real de su entorno y por tanto, no poder obrar en consecuencia.

⁴⁶ En el mismo sentido que en el ámbito sanitario, el Colegio Oficial de Notarios de Albacete intentó elaborar un test para evaluar la capacidad de personas a la hora de testar. Se trata de un proyecto que todavía está en espera de ser aprobado por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

⁴⁷ SÁNCHEZ, José. *Efectos traumáticos de la ausencia o disfunción paterna*. Veracruz: Federación Mexicana de Comunidades Terapéuticas A.C, 2014, 38-59.

⁴⁸ SCHWARTZ, J. *Teenager's Sentence in Fatal Drunken-Driving Case Stirs 'Affluenza' Debate*. New York Times, 28 de abril de 2014, 1-2.

La sentencia aludida resolvió el siniestro provocado en 2013 por el adolescente norteamericano Ethan Couch⁴⁹, que conducía con exceso de velocidad y bajo los efectos de las drogas sobrepasando por triplicado la tasa de alcohol permitida. Cuatro personas murieron atropelladas y otras nueve quedaron heridas de gravedad como resultado del siniestro. La petición del Ministerio Fiscal para el adolescente fue de veinte años de prisión, pero la juez Jean Boyd le condenó a diez años de libertad condicional y a un año de tratamiento psicológico en un hospital privado. La razón de una condena tan suave fue el diagnóstico de los psiquiatras de que el menor padecía *affluenza*⁵⁰.

Este término no aparece recogido como enfermedad ni está definido en ninguna versión del Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders. La escasa documentación que hasta este momento se ha podido encontrar alude al término *affluenza* no como una patología, sino más bien como una suerte de epidemia social de consumismo y materialismo exacerbado que en este caso padecía el menor. La doctrina sostiene que podría ser entendida como la versión moderna de la enfermedad que sufrían los adolescentes victorianos de familias acaudaladas que gozaban de demasiado tiempo libre y ninguna profesión que desarrollar: Ennui. Hoy, este padecimiento diagnosticado al adolescente sería la consecuencia inmediata de haber crecido en un entorno excesivamente permisivo, donde no existe conexión alguna entre los actos realizados y la recompensa o castigo recibido por haberlos cometido y donde consecuentemente, el proceso madurativo no discurre con normalidad.

Una parte de la doctrina⁵¹ que analiza la madurez del menor a propósito de esta sentencia, subrayó lo irónico de la situación, a saber, un adolescente que supuestamente sufre algún tipo de trastorno por no haber recibido nunca correcciones a su conducta desordenada, vuelve a tener un trato menos duro del que hubiera tenido otro menor que no hubiera crecido en un entorno tan privilegiado si cometiera la misma atrocidad.

⁴⁹ MITCH, M. *Teen sentenced to 10 years probation, rehab in 4 deaths*. Fort Worth Star-Telegram de 13 de febrero de 2014, 16-19.

⁵⁰ ALCINDOR, Y. *What's the future for 'affluenza' defenses*. USA Today, 26 de febrero de 2014, 12-13.

⁵¹ WILLIAMS, H., HARRIS, A., THOMPSON, M. & BRAYSHAW, A. *Consent to treatment by minors attending accident and emergency departments: guidelines*, *Accid Emerg Med*, 1997, 14 (1), 5-7.

Sin embargo, otro sector doctrinal puso de manifiesto el lado esperanzador de esta condena al dejar establecido como precedente que un adolescente que toma decisiones equivocadas merece una segunda oportunidad en la vida, que la rehabilitación es útil y que los padres tienen una responsabilidad en la crianza de sus hijos, en palabras de SCHWARTZ “es parte de la adolescencia cometer errores, son personas con tendencia al comportamiento impulsivo, pero lo importante es comprender que a esa edad aún están a tiempo de cambiar”⁵².

Cometer errores, necesitar ayuda, no ser capaz de prever las consecuencias de los actos y tener derecho a una segunda oportunidad, son señas de identidad de la adolescencia. Los jóvenes en esta etapa, están en un periodo formativo de sus vidas en el que los tropiezos van a ser frecuentes y tendrán que aprender de las equivocaciones cometidas, pero la inquietud que se nos plantea llegados a este punto es saber si ese aprendizaje es válido incluso en el supuesto en el que el error derivado de una decisión equivocada no admitiera una segunda oportunidad. ¿Se debe entonces permitir que el menor decida sobre su salud sin que haya constancia alguna de que esté preparado para hacerlo? ¿No estaríamos entonces asumiendo un coste demasiado elevado? O por el contrario ¿merece la pena asumirlo en aras del ejercicio de la autonomía de la voluntad?

Los pacientes menores de edad constituyen, como hemos visto, uno de los grupos que más dificultades presenta a la hora de valorar su competencia. Sin duda éste sigue siendo un tema complejo y controvertido debido a la dificultad propia de la misma valoración⁵³ y a la falta de respaldo legal que la sustente. A pesar de que el Definid Issue Test de Rest elaborado por KOHLBERG era un excelente examen de valoración de madurez, la dilación en el tiempo necesaria para su correcta aplicación y el alto entrenamiento que necesitan las personas encargadas de realizarlo hacían inviable su aplicación en la práctica clínica habitual.

⁵² SCHWARTZ, James. *Teenager's Sentence in Fatal Drunken-Driving Case Stirs 'Affluenza' Debate*. New York Times, 28 de abril de 2014, 13-14.

⁵³ Puesto que al tratar de medir el desarrollo de la madurez del individuo es preceptivo examinar de forma progresiva la evolución del juicio moral, el desarrollo cognitivo, la afectividad, la motivación y el contexto en el que se toma la decisión.

Ante el evidente vacío existente en la materia, un grupo de investigadores españoles⁵⁴, tomando como punto de partida los trabajos realizados por KOHLBERG – psicología evolutiva sobre el desarrollo de la autonomía del menor– y siguiendo la línea de estudio de los discípulos de PIAGET, elaboraron una escala de medida de aptitudes para la población adolescente entre doce y dieciséis años, con la intención de inferir el grado de madurez del menor a la hora de tomar decisiones relacionadas con su salud. El resultado fue la elaboración de la denominada Escala de Competencia de Lleida. Esta escala parte del análisis de las respuestas que los adolescentes consultados habían dado al cuestionario realizado por expertos en la materia⁵⁵. Los jóvenes debían escoger una de las cuatro respuestas que se les ofertaba para dar solución a dieciocho situaciones hipotéticas que desembocaban en un dilema moral. De las posibles soluciones a elegir, dos correspondían al nivel preconventional y las otras al nivel convencional⁵⁶, según los grados de madurez moral establecidos por KOHLBERG⁵⁷ y la base del criterio de juicio de expertos.

⁵⁴ El grupo de investigación estaba constituido por Mariola Espejo, Eva Miquel, Montse Esquerda y Josep Pifarre, pertenecientes a la Facultad de Medicina de la Universidad de Lleida, al IRB de Lleida, al CSMIJ Lleida-Sant Joan de Deus y al Hospital de Santa María de Lleida, respectivamente.

ESPEJO, M., MIQUEL, E., ESQUERDA, M., y PIFARRE, J. Valoración de la competencia del menor en relación con la toma de decisiones sanitarias: escala de la competencia de Lleida. *Medicina Clínica*, 2011, 136 (1), 26-30.

⁵⁵ El equipo de expertos estaba constituido por un psiquiatra, una pediatra, un médico cirujano, una médico de familia, un psicólogo, un filósofo y una enfermera de atención primaria.

⁵⁶ Kohlberg construye una clasificación de tres niveles de desarrollo del pensamiento moral: preconventional, convencional y posconvencional, estableciendo para cada uno de ellos tres tipos diferentes de relación entre el individuo y las reglas de la sociedad. Se descartó en este estudio contemplar la *posconvencionalidad*, ya que no es frecuente su manifestación en el adolescente.

⁵⁷ Kohlberg siguiendo las líneas de Piaget, estableció cuáles eran los instrumentos decisivos para poder elaborar la fundamentación y el desarrollo de la teoría del menor maduro. Sus trabajos tuvieron una enorme influencia en el desarrollo legislativo sobre la materia ya que las conclusiones alcanzadas demuestran que la mayor parte de los adolescentes consigue llegar a una primera etapa de madurez moral entre los 13 y los 15 años, y es entre los dieciséis y los dieciocho años cuando esta madurez alcanza cierta estabilidad.

El nivel *preconventional* es el propio de la infancia, en que las normas se viven como impuestas desde el exterior. En el nivel convencional, las normas se identifican con el grupo o el sistema social y es el nivel propio del adolescente maduro o el adulto. Entre los 10 y los 12 años se produce el paso de *preconventional* a convencional, alcanzándose la estabilidad más tardíamente.

Partiendo del estudio de las respuestas dadas, era posible llevar a cabo una evaluación de la madurez del adolescente, pero en este momento los avances conseguidos en este campo, todavía no cuentan con un reconocimiento oficial.

La laguna existente pues, en los protocolos evaluadores de madurez del menor, resulta si cabe más inquietante cuando, después de estudiar los datos obtenidos este año por el informe PISA (Programme for International Student Assessment)⁵⁸, observamos el bajo nivel de los resultados en lectura comprensiva que tienen los jóvenes con respecto a la información que reciben. Este dato, sin duda inquietante porque entorpece y dificulta enormemente su desarrollo evolutivo, puede resultar verdaderamente alarmante al hacer un ejercicio de extrapolación a la esfera sanitaria. Como es bien sabido, para que la autonomía de la voluntad del menor pueda llegar a ser reconocida de forma efectiva es preceptivo que el adolescente, una vez recibida la información adecuada, pueda comprenderla: únicamente así podrá manifestar su consentimiento de forma libre y consciente.

Las conclusiones alcanzadas por el citado informe demuestran que el menor presenta serias dificultades para comprender la información que le llega y, en este orden de cosas, difícilmente podrá aplicar los datos que recibe y no asimila a la toma de decisiones que la práctica diaria le presenta.

Además, el análisis del estudio PISA al que hacemos referencia, no se ha hecho con alumnos en riesgo de exclusión social, ni con aquellos jóvenes que no pueden titular en Enseñanza Secundaria Obligatoria por falta de conocimientos mínimos. El citado informe, con nefastos resultados para los adolescentes españoles, toma como muestra al alumno medio de los centros de Educación Secundaria, y una de las conclusiones más relevantes a las que llega, es que el adolescente no razona con lógica ni tiene una visión crítica de la realidad que percibe, y ello le incapacita para establecer nexos causales entre la teoría recibida y la práctica aplicada. Preocupa, pues, que el menor que presenta dificultades para comprender y aplicar la información

⁵⁸ Cada tres años la Organización para la cooperación y el desarrollo Económico (OCDE) realiza una evaluación acerca de lo que los jóvenes pertenecientes a sesenta y cinco países saben y son capaces de hacer a los 15 años. Parte el citado análisis del estudio de las competencias y destrezas en tres materias consideradas troncales, matemáticas, lectura y ciencias. A pesar de estar considerado como un sistema "objetivo" de comparación, su formulación está sujeta a muchas críticas, por cuanto es un análisis meramente cuantitativo. Ver en este punto SCHWARTZ, J., *opus cit.*, 2-3.

que recibe, sea el mismo menor que tiene concedida capacidad para decidir sobre su salud en el mismo momento en el que cumple dieciséis años de edad.

III.2.3 *La protección del superior interés del menor ¿un límite para decidir sobre la propia salud?*

Cuando el legislador español en 2002 le concedió al menor de dieciséis años cumplidos, expresamente y de forma general, la facultad para que pudiera consentir por sí mismo para la práctica de una intervención sanitaria sobre su propio cuerpo, hacía suponer en una primera instancia que el reconocimiento y la aplicación efectiva de los derechos de la personalidad del menor estaban siendo debidamente garantizados. Este consentimiento informado al que hacemos referencia debía ser entendido como el acto coincidente de la oferta y la aceptación, sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato⁵⁹. Al situarnos en el ámbito sanitario, esta concurrencia de voluntades se traduce en 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 su salud⁶⁰.

Anterior al acto de consentir y como medida preceptiva (salvo las excepciones expresamente contempladas por Ley⁶¹), el responsable sanitario deberá facilitar al paciente de forma comprensible toda la información veraz, adecuada y disponible en relación al estado de salud del mismo, así como los tratamientos alternativos existentes⁶². Pero la práctica clínica diaria pone de manifiesto la frecuencia con la que situaciones donde el paciente, a pesar de haber recibido la información conforme a los requisitos que la Ley establece, no puede prestar consentimiento de forma válida, puesto que, además de ser informado, se requiere, como hemos visto, que goce de la aptitud necesaria y suficiente para consentir⁶³. En este momento es cuando adquiere

⁵⁹ Art. 1262 CC: “El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato”.

⁶⁰ Art. 3 Ley 41/2002.

⁶¹ Art. 5 *Idem*.

⁶² Art. 10 *Idem*.

⁶³ Arts. 162 CC y arts. 3 y 9 Ley 41/2002.

relevancia la figura del representante legal del menor, cuya obligación es proteger hasta el extremo el verdadero y superior interés de éste.

Así las cosas, cuando, en el momento de consentir para que sea practicada una intervención sanitaria a un menor tiene lugar un conflicto de intereses y voluntades contrapuestas⁶⁴, en no pocas ocasiones advertimos que el consentimiento dado por representación abandera lo que el representante legal cree que es el superior interés del menor, sin indagar si realmente su postura es la correcta ni si esta última coincide con la de su representado⁶⁵.

Cuando el Código Civil, en el artículo 162, excepciona del ámbito de representación de los padres los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo, nos está advirtiendo sobre la necesidad de respetar el ejercicio por parte del menor de los derechos de los que es acreedor y en la medida en que sus condiciones de madurez se lo permitan.

En el mismo sentido se pronuncia la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), al disponer en su artículo 2 que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva. Ambos textos normativos muestran la firme intención del legislador de que los representantes legales del menor a la hora de consentir transmitan, de la forma más transparente posible, el interés superior de éste.

Como ya resaltábamos anteriormente, la obligación legal del representante del menor en el acto de consentir es proteger hasta el extremo el verdadero y superior interés de éste, pero la realidad de la asistencia sanitaria nos presenta situaciones donde el consentimiento dado por representación falta a la defensa de los intereses y a la realidad deseada por el representado, colocando así a los órganos jurisdiccionales –como último eslabón legal de la cadena decisoria–, en una situación francamente

⁶⁴ BIRD, S. Childrens and adolescents. Who can give consent? *Australian Family Physician*, 2007, 36 (3), 2-5.

⁶⁵ En este sentido se manifiestan SEOANE, J. A. en *La construcción jurídica de la autonomía del paciente*. EIDON, 2013, 1 (39), 7-9, SIMÓN, P. *El consentimiento informado*. Madrid: Triacastela, 2000, 27-29 y WILLIAMS, H., HARRIS, A., THOMPSON, M. & BRAYSHAW, A. Consent to treatment by minors attending accident and emergency departments: guidelines, *Accid Emerg Med*, 1997, 14 (1), 12-15.

difícil. Reconocer y garantizar la aplicación efectiva de los derechos de la personalidad, significa dar prioridad a la prerrogativa constitucional que, en la situación objeto de conflicto, mejor refleje su voluntad, sus derechos y consecuentemente su mayor interés.

Asistir a supuestos donde el menor que, pudiendo decidir –porque la Ley así se lo reconoce– sobre la procedencia de una intervención sanitaria sobre su persona, no se encuentra capacitado naturalmente para hacerlo, sucede con más frecuencia de la que nos gustaría admitir y de lo que el legislador en un principio previó. Presenciar el caso contrario tampoco es inusual, nos referimos a supuestos donde la capacidad natural del menor para tomar decisiones relevantes sobre su salud es evidente y sin embargo carece de la capacidad legal exigida para hacerlo.

Un claro exponente del supuesto de hecho que acabamos de plantear es el caso *Gillick vs. Departamento de salud de West Norfolk y Wisbech*⁶⁶. A pesar de que el artículo octavo de la *Family Law Reform Act*, de 1969, estableció los dieciséis años de edad para la concesión de la capacidad de actuación en el ámbito sanitario, la sentencia que resolvió el caso aludido entendió que la frontera de los dieciséis años para alcanzar la madurez no debía ser entendida como inquebrantable. Lo que hacía interesante la tesis sostenida en este caso fue que, frente al criterio objetivo de la edad, prevaleció el de la madurez de la menor y, por tanto, perdía su razón de ser la figura del representante legal.

El citado precepto de la *Family Law Reform Act* había establecido un límite etario a partir del cual se presumía plena capacidad del menor para consentir, pero lo allí establecido no significaba que por debajo de esa edad no se estuviera capacitado para poder hacerlo. En este sentido y no en otro, debemos entender la figura del representante del menor en el momento de prestar consentimiento. La salvaguarda del menor es lo que en definitiva y no otra cosa, da sentido a los derechos y deberes del representante legal.

En el supuesto en el que la voluntad dada por el representante no coincida con la defensa de los intereses de menor, también se contempla la retirada de la

⁶⁶ Sentencia dictada por la cámara de los Lores en el caso *Gillick vs. Departamento de salud de West Norfolk y Wisbech*, en la que se declaró la capacidad de unas adolescentes menores de dieciséis años para recibir tratamiento anticonceptivo puesto que comprendían el alcance y finalidad de dicho tratamiento.

autorización para representar, ya que las decisiones que se hayan tomado o se prevea tomar pudieran ser eventualmente contrarias para los intereses del paciente⁶⁷.

A pesar de que la situación que a continuación vamos a describir no contempla la figura del representante, puesto que el menor ya ha cumplido la mayor edad sanitaria, debemos mencionar el supuesto del paciente de dieciséis años cumplidos que se encuentra en situación de grave riesgo, y a criterio del facultativo se informa a los padres para que su decisión sea tomada en cuenta. Es comprensible el trámite de audiencia que se concede a los padres en la búsqueda del equilibrio entre la concesión de autonomía al menor para decidir cuando ya ha alcanzado la mayor edad sanitaria y el ejercicio de la patria potestad por parte de los progenitores. Pero la consideración que se tiene para con la figura de los padres no debe traducirse en una representación encubierta como en ocasiones la realidad clínica y jurisprudencial podría estar demostrando.

Así las cosas, nos preguntamos si ¿es posible proteger el derecho del menor de dieciséis años cumplidos cuando, siendo maduro para consentir, el representante legal lo hace por él? ¿Y qué debe primar si el verdadero interés superior del menor entra en colisión con el interés que su representante piensa que debe prevalecer? ¿Es respetada la autonomía del menor de dieciséis y diecisiete años cumplidos cuando en situación de grave riesgo adopta decisiones que no son las comúnmente aceptadas? Y en este caso, ¿se está transfiriendo la capacidad de actuar del menor en favor de la de sus padres y sus tutores legales?

Como apuntábamos al inicio de este estudio, la redacción de la normativa que desarrolló el Convenio de Oviedo no fue precisa en aquellos extremos que iban a actuar como base legitimadora en el acto de consentir. Por esta razón, la Fiscalía General del Estado (FGE), cumpliendo el mandato constitucional de velar por el interés del menor y ante la premura de tener que aportar respuestas concretas –a veces en cuestión de horas–, intentó unificar criterios de actuación a través de la circular 1/2012, de 3 de octubre, a fin de dar respuesta a los requerimientos de los facultativos con ocasión de una asistencia sanitaria.

En ella quedaba establecido que, para el supuesto en el que sea necesaria una intervención médica que conlleve grave riesgo para la vida o la salud del menor de

⁶⁷ Así lo pone de manifiesto el informe que adjunta el Convenio de Oviedo de 1997.

dieciséis años cumplidos, éste se niegue a ser intervenido y los representantes legales hayan manifestado su deseo para que dicha asistencia tenga lugar, queda establecido que el facultativo en este caso, aunque exista un conflicto de voluntades contrapuestas (en la que no debemos olvidar que el titular legal del derecho a decidir es el menor maduro), debe llevar a cabo la intervención sin necesidad de acudir al órgano judicial. La actuación sanitaria en este caso quedaría respaldada jurídicamente por lo estipulado por el art. 9.3.c. de la Ley 41/2002.

Una vez estudiado el supuesto anteriormente descrito y analizando la línea de actuación marcada por la FGE, surge la duda sobre si realmente la intención del legislador en el caso de concurrir grave riesgo para la vida o la salud del menor era que los padres decidieran en representación de este menor, al concurrir voluntades contrapuestas. Si el autor de la norma quería que ante esta situación la decisión y el consentimiento fueran dados por los progenitores, ¿no tendría entonces que haberlo establecido en la ley de forma expresa? Y si la FGE da prioridad –de forma objetiva y sin atender a las circunstancias concretas del caso– al criterio manifestado por los padres ¿no estaría entonces yendo más allá de lo que pretendió el legislador con este trámite de audiencia? Respetar la voluntad del menor de dieciséis años cumplidos sería una muestra de coherencia con el sistema establecido, no siendo admisible que una vez que se ha concedido capacidad al menor al cumplir los dieciséis años, esta capacidad quede entonces anulada porque la decisión adoptada por el menor no coincide con la que quizá hubiera tomado el hombre medio.

La única prerrogativa que la ley 41/2002 concede en el supuesto aludido a los progenitores es la de ser escuchados. En ningún momento la ley pretende anular la capacidad legal y natural que tiene el menor maduro para consentir en favor de la voluntad de sus padres. Pero tanto la FGE como la casuística hospitalaria ponen de manifiesto que en el caso planteado, la capacidad legal del menor para consentir al concurrir grave riesgo para su vida o su salud⁶⁸, queda –a efectos prácticos– anulada en favor de la de sus progenitores⁶⁹.

⁶⁸ En las directrices que establece la FGE solo se presta atención a la salud física, nada se dice si con motivo de la intervención sanitaria y si el riesgo que pudiera sufrir el menor fuera psíquico, cuál sería entonces la voluntad preferente. Pensemos en los casos de negativa por parte del menor maduro a seguir con tratamientos de quimioterapia, cuando los progenitores insisten en finalizar dicho tratamiento a pesar de las inciertas expectativas, ¿se debería continuar porque el derecho a la vida debe defenderse a costa de todo? ¿incluso del

De todo ello colegimos que tanto el legislador como la FGE entienden, que el menor en este caso no puede tomar en solitario decisiones que afecten a su persona puesto que las consecuencias en el foro sanitario al concurrir grave riesgo, podrían ser irrevocables. Se está exigiendo en este caso una capacidad natural mayor de la que habitualmente se le presupone al adolescente. Esa ausencia de capacidad natural suficiente a juicio de la FGE en los casos de grave riesgo menoscaba la capacidad legal para consentir, pero ¿en todos los casos de grave riesgo para la salud o la vida del menor, la capacidad legal debe quedar anulada por una supuesta ausencia de capacidad natural? Y si es así ¿por qué la ley no lo recoge explícitamente? ¿Qué sentido tiene dar un trámite de audiencia a los padres, cuando verdaderamente lo que a efectos prácticos se les está concediendo, es capacidad para decidir sobre la salud de su hijo?

Si lo que el legislador y los órganos jurisdiccionales consideran oportuno – aunque no lo digan de forma expresa– es que decidan los padres en los casos en los que el consentimiento a prestar requiere una madurez que el menor todavía no ha alcanzado, es en ese sentido –y no en el actual– en el que debería estar redactada tanto la Ley 41/2002 como la Ley 3/2009 murciana.

Otro de los supuestos que debemos estudiar es el que se plantea cuando la intervención sanitaria es necesaria porque la vida o la salud del menor corren grave riesgo, y tanto el menor como los padres se oponen a dicha intervención. La FGE entiende que es el facultativo el que en este supuesto debe plantear el conflicto ante el órgano jurisdiccional competente, bien de forma directa o a través del Ministerio Fiscal, quedando excusado de la consulta si la urgencia con la que se precisa realizar la intervención, impidiera posponerla.

sufrimiento psíquico insoportable al que se ve sometido un menor que recibe este tratamiento aun cuando las expectativas de curación sean prácticamente inexistentes?

⁶⁹ Aunque la ley expresamente no lo reconoce, la resolución de estos casos en la práctica clínica diaria demuestra que estamos ante un supuesto más de consentimiento por representación. Cuando surge conflicto entre la voluntad de los padres y la del hijo, si media riesgo vital o grave para su salud, el trámite de audiencia dado a los padres, no es en puridad para manifestar la opinión que los progenitores tienen al respecto, estamos asistiendo a un acto de consentir que, sin tener respaldo legal alguno, ha cobrado validez en la práctica clínica diaria.

El médico está legitimado en este caso para consultar al órgano jurisdiccional de guardia cuando la gravedad y la urgencia del supuesto de hecho así lo determinen, pero no tiene legitimación para promover el procedimiento. Su obligación concluye con la puesta en conocimiento de la autoridad judicial, bien directamente o a través del ministerio Fiscal, para que se proceda según corresponda en derecho. La razón de ser de esta medida es que el médico es el encargado de garantizar la seguridad del menor en ese espacio y en ese tiempo concreto, y las medidas que en otro momento deban adoptarse competen a otros órganos. Todo ello sin perjuicio de facilitar su testimonio como perito cualificado, si fuera requerido judicialmente para ello.

Lo que se traduce de la posición que la FGE adopta en esta situación es, que independientemente de la capacidad –legal y natural– del menor y de la de sus representantes, el órgano jurisdiccional y en su caso por razón de urgencia el facultativo responsable, van a optar –independientemente de las circunstancias que concurren– por la protección de la vida del menor, independientemente de las condiciones en las que ésta vaya a tener lugar. Merecería la pena –en este supuesto– un estudio detallado acerca del tipo de vida que se pretende custodiar. ¿Se intenta proteger una vida digna o solo se pretende salvaguardar la vida como bien jurídico supremo independientemente de cómo vaya ésta a desarrollarse? ¿Somemos al menor a una intervención para conseguir una vida a largo plazo, o el mero hecho de prolongar esa vida unos meses, legitima actuaciones demasiado invasivas en contra de su voluntad?

También pudiera darse el caso en el que, hallándose el menor en grave riesgo para su salud, dé su consentimiento para que se le practique una determinada intervención y sean en este caso los representantes legales los que se oponen a la asistencia. Puesto que en esta circunstancia es el menor el que tiene capacidad legal y natural, y la decisión se entiende que va en su propio beneficio, el facultativo estaría legitimado para prestar la pertinente asistencia aunque hubiera un conflicto de voluntades, sin necesidad de recurrir al Juez.

De todo lo expuesto podemos deducir que, en todas las actuaciones en las que surja conflicto entre derechos fundamentales, y una de las prerrogativas a custodiar sea el derecho a la vida, si es el menor el que decide protegerla, tanto el legislador, como los facultativos y los órganos jurisdiccionales, le reconocerán madurez suficiente

para consentir; si en cambio su decisión implica un riesgo vital, automáticamente se le niega la e niega e capacidad para decidir sobre su propia salud.

A nadie le pasa desapercibido que al anular la capacidad del menor para consentir, se está anulando al mismo tiempo su derecho a la autodeterminación. Si el legislador le concedió autonomía para consentir, ¿puede serle sustraída de forma arbitraria si aquello que el menor cree que debe primar no es lo que el legislador o su representante entendieron que debía priorizarse? Y si el menor no goza entonces de madurez suficiente para establecer prioridades, ¿se precipitó el legislador entonces al conceder capacidad general para consentir al cumplir los 16 años?

En los casos planteados partíamos de una premisa: el menor al que se debía clínicamente intervenir, era un menor maduro, con capacidad natural para consentir y dependiendo del periodo etario en el que se encontraba, con capacidad legal además para poder hacerlo. Pero no siempre es ésta la realidad de lo que acontece. En muchas de las ocasiones donde surge un conflicto de intereses opuestos en torno al consentimiento prestado para la práctica de una intervención sanitaria a un menor, nos encontramos con la falta de capacidad natural y legal del menor y la oposición de los padres a que dicha intervención tenga lugar, y de no producirse aquella, el riesgo para la vida y la salud del menor podría incrementarse.

La negativa de los padres que en este caso representan al menor, puesto que el ordenamiento jurídico les atribuye la posición de garantes, desde el momento en que no aceptan que dicha intervención tenga lugar sobre el hijo que está bajo su patria potestad, automáticamente les deja al margen de la posición de custodios, perdiendo su capacidad legal para decidir, en favor del órgano judicial competente⁷⁰.

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA. Es necesaria la adopción de una escala de evaluación de madurez que pueda respaldar el juicio emitido por un facultativo con ocasión de la asistencia sanitaria proporcionada a un menor. La correcta valoración del desarrollo madurativo es la llave que concede autonomía a un menor para que decida sobre su propia salud.

⁷⁰ Recordemos que la retirada de dicha autorización se contempla cuando las decisiones que se hayan tomado -o se prevea tomar- sean contrarias a los intereses del paciente menor. Así lo pone de manifiesto el informe que adjunta el Convenio de Oviedo de 1997.

Con ello se evita que el temor a las graves consecuencias que puedan derivarse de las decisiones tomadas por el paciente al que erróneamente se consideró maduro, continúe dejando sin efecto práctico la normativa existente al respecto.

SEGUNDA. Tener que dar una respuesta al conflicto de intereses que pudiera surgir con ocasión de la intervención sanitaria practicada a un menor, hace necesaria la creación de un equipo humano multidisciplinar con acreditada experiencia en la resolución de conflictos de esta naturaleza. La existencia de una figura grupal con presencia constante en el entorno sanitario, que esté familiarizada con las circunstancias que envuelven al menor en el momento de consentir, ayudaría a jueces, facultativos y particulares implicados, a brindar su protección de forma individualizada pero con la celeridad y la inmediatez que en muchas ocasiones exige el foro clínico, el superior interés del menor.

TERCERA. Otorgar madurez a un menor de dieciséis años de forma general sin tener en cuenta más variables que el hecho de haber alcanzado dicha edad, nos hace pensar seriamente si a la vista del desafortunado desarrollo que en ocasiones han tenido los acontecimientos, no será ésta una licencia, quizá, excesivamente permisiva. Si alcanzar la madurez lleva implícito el reconocimiento del derecho a decidir sobre la propia salud, recuperar entonces la idea que impulsó la redacción del artículo 162 CC y que a la vista de la actuación de las partes implicadas en la relación sanitaria parece olvidada, es el espacio del que nunca se debió salir.

Apostar entonces por volver a equiparar mayor edad civil y sanitaria y atender al supuesto concreto para la concesión de autonomía en este espacio por debajo de esa edad, es una alternativa que supondría la asunción de un menor nivel de riesgo por parte del adolescente, ya que lo irrevocable de las consecuencias que de algunos de sus actos podrían derivarse, induce a pensar que el precio a pagar en el intento de alcanzar la madurez plena puede ser demasiado alto.

CUARTA. Al adentrarnos en el estudio de la posición que ocupa el menor en la sociedad y en el ejercicio efectivo de su autonomía en los diferentes ámbitos que configuran su entorno, y al constatar que los requisitos que legalmente se le exigen para consentir difieren en función de la esfera en la que el menor pretende actuar –y en previsión de las consecuencias que pudieran acaecer–, entendemos que la posición de celo extremo que adopta el legislador para proteger unos derechos y clara

permisividad que manifiesta para garantizar y ejercer otros, debería ser corregida para no ser considerada ni desproporcionada, ni arriesgada.

La desproporción derivaría de la diferente consideración que sobre la madurez del menor se tiene, en función del ámbito en el que éste se sitúe para consentir, y el riesgo trae causa de la especial naturaleza de los bienes jurídicos en juego. Por todo ello, creemos que el criterio que se debe asumir para la adopción de las cautelas legales necesarias que protegen el superior interés, debe ser la custodia del derecho que eventualmente pudiera verse vulnerado detrás de cada actuación, y no la esfera en la que éste deba ser ejercitado.

QUINTA. La excepción de los padres que ostenten la patria potestad de sus hijos menores no emancipados para representarles legalmente en los actos relativos a los derechos de la personalidad, tiene sentido solo y únicamente, si como afirma el artículo 162 CC, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, el hijo pudiera realizarlo por sí mismo. De no hacerse así, el respeto a los derechos del menor y el reconocimiento de su superior interés se vería irremediablemente conculcado, ya que le estaríamos abocando a tomar decisiones trascendentales en un momento en el que todavía no está preparado para hacerlo.

SEXTA. La audiencia que el artículo 9 de la Ley 41/2002 concede a los padres cuando el menor de dieciséis años cumplidos se encuentra en grave peligro, puede entenderse como un acto en ejercicio de las facultades de velar por los hijos que le confiere la patria potestad de conformidad con el artículo 154 CC, pero no debe en ningún caso interpretarse como un supuesto más de consentimiento por representación. Esta concesión que la citada ley otorga a los progenitores a pesar de que el menor de dieciséis años cumplidos es plenamente capaz para consentir, responde a la búsqueda por parte del legislador del equilibrio entre la autonomía de la voluntad del paciente y el ejercicio de la patria potestad a la que todavía está sometido el menor, por lo que los progenitores pueden opinar y su opinión será tenida en cuenta, pero ello no significa –porque esa no fue la intención del legislador– que la capacidad del menor para consentir pueda ser desconocida en favor de la de sus padres.

SEPTIMA. Teniendo en cuenta que lo que legitima la figura del representante del menor es la defensa en todo caso y de la forma más transparente posible del superior interés, entendemos que la obligación del representante es indagar hasta el

extremo cuáles son las necesidades del menor. Consecuentemente, ese objetivo es el que el representante está obligado a salvaguardar en todos y cada uno de los casos en los que sea requerido para consentir.

OCTAVA. El respeto a la normativa vigente por parte de los particulares, los profesionales del ámbito sanitario y los órganos jurisdiccionales, y la coherencia con el sistema establecido obliga a que, una vez presumida la madurez del menor de dieciséis años cumplidos su decisión debe ser necesariamente respetada. Si no se está de acuerdo con la ley vigente, debe proponerse su modificación, si faltan soportes materiales que imposibilitan el cumplimiento de los preceptos establecidos, deben estos entonces elaborarse, pero lo que no es admisible en un Estado social y democrático de Derecho es que los órganos jurisdiccionales y los profesionales sanitarios vayan más allá de lo establecido por ley para el ejercicio de sus funciones.

NOVENA. La regulación del derecho del menor a decidir sobre su salud y la búsqueda de las medidas que garantizan su reconocimiento efectivo supone, como hemos visto a lo largo de este estudio, un reto de tal complejidad que hubiera sorprendido que el camino recorrido hubiera estado exento de dificultades. Pero a pesar del valioso aprendizaje que han supuesto los obstáculos encontrados, la búsqueda de soluciones que la defensa del superior interés del menor tiene por justas, motiva a seguir trabajando en un tema que la dificultad que entraña su tratamiento justifica que todavía siga abierto.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBALADEJO, M. Derecho civil 1 (2ª Ed.). Madrid: Edisofer, S.L, 2013.
- ALDERSON, P., SUTCLIFFE, K. & CURTIS, K. Children's Competence to Consent to Medical Treatment. The Hastings Center Report. ProQuest Health & Medical Complet, 2006, 36 (6).
- ANDREU, M.B. Consentimiento por sustitución, en Comentarios a la Ley 3/2009, de Derechos y deberes de los usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia, SALCEDO, J. R. (dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- ANDREU, M.B. La protección de datos personales de los menores de edad, Navarra: Aranzadi, 2014.

- BIRD, S. Childrens and adolescents. Who can give consent? Australian Family Physician, 2007, 36 (3).
- BRENNAN, J., PALERMO, P. y TAGLIAPIETRA, A. Engagement, Relación con Nivel de Estudios y Trayectoria Laboral. Revista de Psicología GEPU, 2012, 1 (7).
- DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. Sistema de Derecho Civil. 1 (12ª Ed.). Madrid: Tecnos, 2012.
- ESPEJO, M., MIQUEL, E., ESQUERDA, M., y PIFARRE, J. Valoración de la competencia del menor en relación con la toma de decisiones sanitarias: escala de la competencia de Lleida. Medicina Clínica, 2011, 136 (1).
- GARRORENA, A. Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.
- GONZÁLEZ-ROMA, V., SCHAUFELI W., BAKKER, A. & LLORET, S. «Burnout and engagement: Independent factors or opposite poles?». Journal of Vocational Behaviour, 2006, 68 (1).
- GUICHON, J. Medical emergencies in children of orthodox Jehovah's Witness families: Three recent legal cases, ethical issues and proposals for management. Paediatrics Childs Health, 2006, 11 (7).
- Informed consent/assent in children. Statement of the Ethics Working Group of the Confederation of European Specialists in Paediatrics, 2013.
- MITCH, M. Teen sentenced to 10 years probation, rehab in 4 deaths. Fort Worth Star-Telegram, de 13 de febrero de 2014.
- MYLES DWORKIN, R. El dominio de la vida: argumentos sobre el aborto, la eutanasia y la libertad individual. Nueva York: Alfred A. Knopf, 1993.
- OSUNA, E. La escucha, la comunicación y el acompañamiento en la deliberación clínica. Murcia: Diego Marín, 2013.
- RAWLS, J. Justicia como equidad: materiales para una teoría de la Justicia. Madrid: Tecnos, 2012.

- RYLANCE, G. Making decisión with children. A child's rights to share in health decisions can no longer be ignored, *BMJ*, 1996, 312 (1).
- SCHWARTZ, J. Teenager's Sentence in Fatal Drunken-Driving Case Stirs 'Affluenza' Debate. *New York Times*, 28 de abril de 2014.
- SEOANE, J. A. La construcción jurídica de la autonomía del paciente. *EIDON*, 2013, 1 (39).
- SIMÓN, P. El consentimiento informado. Madrid: Triacastela, 2000.
- WILLIAMS, H., HARRIS, A., THOMPSON, M. & BRAYSHAW, A. Consent to treatment by minors attending accident and emergency departments: guidelines, *Accid Emerg Med*, 1997, 14 (1).