

LA SALUD Y LA AUTONOMÍA EN LA REFORMA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA POR LEYES 8/2015 Y 26/2015

Salome Adroher Biosca

*Profesora propia ordinaria de Derecho internacional privado
Universidad Pontificia Comillas*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Principios generales. A. Artículo 2: interés superior del menor. B. Artículo 3: menores con discapacidad y enfermedad. C. Artículo 9: el derecho del menor a ser oído y escuchado. **3. Salud y sistema de protección. 4. Salud de menores y consentimiento.**

1. INTRODUCCIÓN

En julio de 2015 se publicaron en el BOE dos leyes que modificaban de forma muy importante el sistema español de protección a la infancia y a la adolescencia: la Ley 8/2015 y la Ley 26/2015¹.

Esta esperada reforma incorporaba obligaciones y recomendaciones de instituciones tanto nacionales e internacionales; en el tema objeto de este trabajo deben destacarse, en particular, las Observaciones a España realizadas en 2010 por el Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño² y las Recomendaciones Generales de este Comité³, así como diversos

Informes tanto del Defensor del Pueblo⁴ como del Fiscal General del Estado⁵.

El proceso de elaboración de estas leyes fue muy participado y consensuado con todos los sectores afectados. Se creó un grupo de trabajo de los dos Ministerios coproponentes, Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y Justicia que, partiendo de los textos que el Gobierno anterior había elaborado y llevado en “primera vuelta” a Consejo de Ministros el 8 de julio de 2011, preparó los primeros borradores que sometió posteriormente tanto a la Comisión de Directores generales de infancia de CCAA, como a un Grupo de trabajo creado *ad hoc* el 7 de abril de 2013 en el seno del Observatorio de infancia en el que participaron, entre otros, las principales ONGs de infancia y profesores de diversas Universidades.

1 Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE nº 175 del jueves 23 de julio de 2015 y Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE nº 180 del miércoles 29 de julio de 2015.

2 Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: España. Comité de los Derechos del Niño 55 período de sesiones 13 de septiembre a 1 de octubre de 2010.

3 Observación general nº 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una considera-

ción primordial. Observación n.º 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado.

4 *La escucha y el interés superior del menor* de 2014.

5 Circular 8/2011 1/2012 sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.

Los Anteproyectos fueron aprobados en primera vuelta en el Consejo de Ministros del 24 de abril de 2014 y tras los informes preceptivos de diversos órganos⁶ e incorporadas gran parte de las propuestas, se remitieron para Dictámen de Consejo de Estado que lo emitió el 28 de noviembre de 2014. Tras la inclusión en los textos de todas las observaciones esenciales de este órgano y gran parte del resto, fueron aprobados como Proyectos de ley (orgánica y ordinaria) de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia en Consejo de Ministros del 20 de febrero de 2015 y en julio de ese mismo año se convirtieron en leyes tras un trámite parlamentario rápido y marcado también por el consenso. Culminaba así un proceso en el que, finalmente, fueron modificados veinte textos legales diversos⁷.

Son diversos los aspectos relativos a la autonomía de los menores y su salud a los que afecta la reforma: me referiré a ellos en tres grandes apartados; en primer lugar haré referencia a los principios generales, en segundo lugar al papel de la salud de los

menores en el sistema de protección y finalmente a la salud de los menores y el consentimiento de los mismos o de sus representantes legales.

2. PRINCIPIOS GENERALES

Los principios generales que informan el nuevo sistema están recogidos en los artículos 2, 3 y 9 de la LOPJM.

A. ARTÍCULO 2: INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

La reforma, de acuerdo con la Recomendación General nº 14 de Comité de Derechos del niño, define el *interés superior del menor*, por vez primera en el ordenamiento jurídico español desde un contenido triple. Por una parte, como derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor así como su desarrollo integral. Debe destacarse que el artículo 2 de la LOPJM ha pasado de ser ordinario a ser orgánico con esta reforma, reforzando de esta manera el derecho fundamental de los menores a que su interés superior tenga una consideración primordial. Esta fue una de las recomendaciones del Senado⁸ y del Comité de Naciones Unidas⁹.

En relación al tema que nos ocupa, debe destacarse el principio general relativo a la capacidad de

6 Consejerías de las CCAA, Ministerios afectados (Justicia, Sanidad Servicios sociales e igualdad, Empleo y Seguridad Social, Hacienda y Administraciones Públicas, Economía y Competitividad, Interior y Asuntos exteriores y cooperación), Organismos diversos (Consejo General de la Abogacía, Defensor del Pueblo, Consejo Económico y Social, Foro de integración social de los inmigrantes, Fiscalía General del Estado, Consejo General del Poder judicial, Comisión General de Codificación, Consejo Estatal de ONGs, Consejo estatal de Discapacidad, Consejo estatal de mayores, Agencia Española de protección de datos, Consejo Territorial de Servicios sociales y Dependencia. Además llegaron informes del CERMI, FIAPAS, CNSE y del Consejo General de Colegios de educadoras y educadores sociales.

7 En la ley orgánica se modifican: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. En la Ley ordinaria se modifican: Código Civil, Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 Marzo por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores, Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, 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, Ley 40/2003, de 18 de Noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, Ley 7/2007, de 12 de Abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo de educación, Ley Orgánica 8/2013 para la mejora de la calidad educativa, Ley 43/2006 para la mejora del crecimiento del empleo, Ley 38/2006 de promoción de la autonomía personal y atención a la dependencia, Ley general de Seguridad social (RD 1/94), Ley de enjuiciamiento criminal, Ley 35/2011 de la jurisdicción social y Ley de clases pasivas del Estado (RD 670/1987).

8 Definir el interés superior del menor de manera que deje de ser un concepto jurídico indeterminado en toda su extensión, y permita una interpretación más homogénea por parte de jueces y tribunales, introduciéndose criterios básicos para su determinación, conforme a las conclusiones.

9 El Comité recomienda al Estado parte que: adopte todas las medidas adecuadas para asegurarse de que el principio del interés superior del niño oriente todas las medidas y decisiones que adopten los gobiernos central y autónomos en relación con las disposiciones jurídicas, así como las decisiones judiciales y administrativas, que repercutan en los niños.

obrar¹⁰ así como la centralidad del derecho a la vida y a la “salud” del menor así como a que su opinión sea definitoria en la determinación de su interés superior¹¹.

B. ARTÍCULO 3: MENORES CON DISCAPACIDAD Y ENFERMEDAD

De acuerdo con la recomendación que el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas hizo a España en 2010¹², son varias las disposiciones generales que adaptan la legislación española a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad pero quiero aludir en este punto, en particular, al artículo 3 de la LOPJM tanto en la remisión general que realiza el precepto a la citada Convención como a su interpretación sin ningún tipo de discriminación¹³.

C. ARTÍCULO 9: EL DERECHO DEL MENOR A SER OIDO Y ESCUCHADO

La modificación del artículo 9 de la LOPJM, que ahora se titula “derecho a ser oído y escuchado”, ha seguido la Observación nº 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado, y regula esta primera e importantísima manifestación de su derecho de participación en todos los ámbitos, con la obligación correlativa de ofrecerle la información necesaria con carácter previo, la imprescindible adaptación de este derecho a las circunstancias del

10 Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

11 2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

12 El Comité alienta al Estado parte a que prosiga e intensifique sus esfuerzos de promoción y protección de los derechos de los niños con discapacidad, teniendo en cuenta la Observación general No 9 del Comité (2006), sobre los derechos de los niños con discapacidad.

13 Por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.

menor (su edad, discapacidad, extranjería...) y con la obligación de que, sobre todo en el ámbito judicial, pueda ejercerlo en un contexto “amigable”¹⁴.

Tanto en este precepto, como en otros muchos de diversas leyes (LOPJM, CC, LEC...), se establece ahora la obligatoriedad de escuchar en todo caso al mayor de doce años, y, en caso de edad inferior, siempre que tenga suficiente madurez, término que sustituye al de “juicio” en línea con la terminología empleada en los principales convenios internacionales en la materia y el concepto de “menor maduro” que se va abriendo camino en las ciencias sociales¹⁵.

3. SALUD Y SISTEMA DE PROTECCIÓN

La reforma del sistema de protección en profundidad es una de las claves principales de estas dos nuevas leyes. Se modifica tanto la “entrada” al sistema, con una definición estatal del riesgo y del desamparo y de sus procedimientos, como de las medidas de protección que se adoptan en los casos de separación del niño de su familia de origen, priorizando las medidas familiares (acogimiento familiar y adopción) sobre las residenciales.

En relación a la “entrada” al sistema, los peligros para la salud del menor se configuran, en algún caso, como causas de riesgo y en todo caso como razón para el desamparo.

En la regulación del riesgo, que supone la primera actuación de protección apoyando a la familia en el ejercicio de sus responsabilidades familiares y sin “separación” del menor de su entorno, se introduce la figura del riesgo prenatal, existente en algunas

14 Se incorpora, de esta manera, una de las recomendaciones que hizo a España el Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño: El Comité recomienda al Estado parte que prosiga e intensifique su labor para aplicar plenamente el artículo 12 de la Convención y promueva el debido respeto por las opiniones del niño a cualquier edad en los procedimientos administrativos y judiciales, como las vistas que se celebren sobre su custodia y las causas sobre inmigración, así como en la sociedad en general. También le recomienda que promueva la participación del niño, facilite el ejercicio efectivo de ese derecho y vele por que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones en todos los asuntos que le conciernen en la familia, la escuela y otros entornos, como la comunidad, la formulación de políticas nacionales, así como en la aplicación y evaluación de planes, programas y políticas. El Comité recomienda al Estado parte que tenga en cuenta su Observación general No 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado (CRC/C/CG/12), aprobada en 2009.

15 BARTOLOMÉ TUTOR, A. *Los derechos de la personalidad del menor de edad*. Aranzadi, Navarra 2015.

normas autonómicas, en el artículo 17.9¹⁶ y en el nº 10 del mismo artículo la declaración de riesgo en el caso de la negativa de los progenitores a un tratamiento médico¹⁷.

Sin embargo es la regulación del desamparo del artículo 18 en la que la salud del menor y los riesgos para la misma, aparecen de manera más clara toda vez que los supuestos de desamparo, que suponen la separación inmediata del menor de su entorno familiar de origen, reflejan fundamentalmente supuestos de maltrato, incluido el prenatal¹⁸.

El cuidado en la salud en las medidas del sistema de protección se manifiestan tanto en la previsión de la administración de medicamentos en los centros de protección residencial ordinarios¹⁹ como en los destinados a menores con problemas de conducta²⁰, así

16 La administración pública competente para intervenir en la situación de riesgo adoptará, en colaboración con los servicios de salud correspondientes, las medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento, de las situaciones de posible riesgo prenatal, a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido. A tales efectos, se entenderá por situación de riesgo prenatal la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido. Los servicios de salud y el personal sanitario deberán notificar esta situación a la administración pública competente, así como al Ministerio Fiscal. Tras el nacimiento se mantendrá la intervención con el menor y su unidad familiar para que, si fuera necesario, se declare la situación de riesgo o desamparo del menor para su adecuada protección.

17 La negativa de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores a prestar el consentimiento respecto de los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida o integridad física o psíquica de un menor constituye una situación de riesgo. En tales casos, las autoridades sanitarias, pondrán inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, tales situaciones a los efectos de que se adopte la decisión correspondiente en salvaguarda del mejor interés del menor.»

18 Art. 18.2.c) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor. En particular cuando se produzcan malos tratos físicos graves, abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de aquellas. (...) También se entiende que existe desamparo cuando se produzcan perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal.

19 Art. 21. h) En relación con los menores en acogimiento residencial, las Entidades Públicas y los servicios y centros donde se encuentren... Administrarán los medicamentos que, en su caso, precisen los menores bajo prescripción y seguimiento médico, de acuerdo con la praxis profesional sanitaria. A estos efectos se llevará un registro con la historia médica de cada uno de los menores.

20 Artículo 33. *Administración de medicamentos.* 1. La administración de medicamentos a los menores, cuando sea

como en la consideración de “derecho” del acogedor familiar el de la la información médica del menor²¹.

4. SALUD DE MENORES Y CONSENTIMIENTO

Por último, voy a referirme a la reforma de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y de documentación clínica. La modificación del artículo 9 de esta Ley, que no figuraba en el Anteproyecto aprobado por el Gobierno anterior en 2011, se produce a iniciativa del Ministerio Fiscal en el grupo de trabajo mixto (Ministerios de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y Justicia) que preparó los primeros textos y figura ya en el Anteproyecto de ley aprobado por Consejo de ministros el 24 de abril de 2014²².

necesario para su salud, deberá tener lugar de acuerdo con la praxis profesional sanitaria, respetando las disposiciones sobre consentimiento informado, y en los términos y condiciones previstas en 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. 2. En todo caso, deberá ser un facultativo médico autorizado quien recete medicamentos sujetos a prescripción médica y realice el seguimiento de su correcta administración y de la evolución del tratamiento. A estos efectos se llevará un registro con la historia médica de cada uno de los menores.

21 1. Los acogedores familiares tendrán derecho a: f) Disponer de la documentación identificativa, sanitaria y educativa del menor que acogen.

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

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

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

c) En el supuesto de que 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 y realizada la consulta de acuerdo a la edad y madurez del menor y en todo caso si tuviere 12 años cumplidos. Cuando se trate de menores emancipados o con dieciséis años cumplidos no cabe prestar el consentimiento por representación, salvo que el tener su capacidad judicialmente complementada en virtud de sentencia le impida la adecuada defensa de sus intereses. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los representantes legales o curadores de los menores serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

En los supuestos contemplados en los puntos b) y c) de este apartado, si los representantes legales, tutores o personas que tuvieran que prestar el consentimiento por representación o ser informados no consintieren o se mostraran contrarias a las intervenciones clínicas indispensables para el cese de la situación de riesgo, sin perjuicio de que los facultativos procedan como

Había doctrina científica consolidada que reclamaba una tal modificación²³.

En el trámite de informes preceptivos, tanto el Consejo General del Poder judicial²⁴, como el Consejo Fiscal²⁵ consideraron necesaria la reforma de esta cuestión si bien tildaron el texto propuesto de insuficiente e incompleto.

Es por ello que en el texto que el Gobierno remite al Consejo de Estado con fecha 27 de octubre de 2014, tras recibir el último informe preceptivo del Consejo General del Poder Judicial fechado el 3 de octubre de 2014, además de incorporar otras muchas novedades derivadas de propuestas incluídas en los diversos informes preceptivos en relación a otras leyes, modifica el texto del artículo 9 de la Ley 41/2002 para responder adecuadamente a lo señalado por los máximos órganos de gobierno de jueces y fiscales.

Dos son las principales modificaciones respecto del texto anterior en los apartados 4 y 6. En el primero, y en relación al consentimiento respecto de los menores mayores de 16 años o emancipados si existe de grave riesgo para su vida o salud, lo prestará su representante legal tras oír el menor y tener en cuenta su opinión (el texto anterior señalaba que se oíría a los representantes legales pero no se establecía quien debería prestar el consentimiento). En el segundo se prevé la posibilidad de que los profesionales sanitarios tomen decisiones en caso de urgencia para salvaguardar la salud o la vida del paciente incluso en contra del criterio de los representantes legales cuando estos no atiendan al mayor beneficio para la salud del paciente²⁶.

previene esta ley, deberán ponerlo en conocimiento de la Entidad Pública correspondiente y del Ministerio Fiscal.»

23 DUPLA, M.T. Y BARDAJI, M.D. “Decisiones y consentimientos respecto de la salud del menor”. En *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina* (ADROHER BIOSCA, S. Y MONTALVO JÄÄSKELAINEN DIRS. Y CORRIPIO GIL-DELGADO, R. VEIGA COPO, A. COORDS.). Ed. Aranzadi, Navarra 2008.

24 Trata de poner en conocimiento de la Entidad pública de protección de menores y del Ministerio Fiscal los supuestos de conflicto entre la salud de un menor y el criterio de sus representantes. Si bien esta disposición resulta adecuada, se presenta como insuficiente pues poco –o nada- aporta para la resolución de las situaciones de conflicto, cuya regulación debería abordarse.

25 Una reforma del art. 9 de la Ley de Autonomía del Paciente debiera recoger la esencia de la Circular 1/2012, abordando los distintos supuestos de conflictos y aclarando las cuestiones procesales. En definitiva, entendemos que la reforma propuesta es notoriamente insuficiente y resuelve pocos problemas.

26 «Artículo 9. Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación.

«1. La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de

terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.

2. 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:

a) 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.

b) 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.

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

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

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

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años.

4. Cuando se trate de menores emancipados o mayores de dieciséis años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.

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

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

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

El Informe del Consejo de Estado reconoce que se trata de una modificación en profundidad de los párrafos mencionados, que califica como modificación *in toto*²⁷, y, si bien reconoce que su razón de ser está en la incorporación legal de los criterios de la Fiscalía General del Estado que el propio Consejo de Estado juzga como correcta²⁸, reprocha *severamente* al Gobierno que se introduzca en esta fase del procedimiento de elaboración²⁹. Llama la atención este

el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.»

27 En las versiones anteriores del Anteproyecto, la modificación del precepto era parcial, pero en la versión sometida a la consideración del Consejo de Estado, como se ha indicado, se le da una nueva redacción completa. En la memoria, en relación con esta modificación completa del precepto, se indica que se efectúa de acuerdo con la Circular 1/2012, de la Fiscalía General del Estado, sobre tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.

28 El proyectado artículo 9.4 pretende sustituir el consentimiento de los menores emancipados o mayores de 16 años por el consentimiento de los representantes legales. El vigente artículo 9.4 prevé que “*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*”, en tanto que el Anteproyecto prevé que “*cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor; según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor; una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo*”.

Se sigue así por el Anteproyecto lo expresado en la Circular de la Fiscalía General del Estado nº 1/2012, cuando afirma (Apartado III) que “*estas situaciones excepcionales de máximo conflicto por la gravedad de los riesgos y la importancia de los bienes jurídicos en juego, han de superarse priorizando el interés superior del menor y paciente sobre la voluntad expresada por el mismo o en su caso, por sus representantes legales*”. Y para ilustrar esa afirmación enuncia una serie de supuestos en los que el legislador no ha tenido en cuenta el consentimiento del menor para decidir determinadas intervenciones médicas que pueden comprometer de forma importante su salud o tener consecuencias irreversibles (así, en el Código Penal o en la legislación de trasplantes).

La regulación proyectada altera, pues, el contenido del artículo 9 de la Ley 41/2002. Esta modificación supone una modificación de las reglas de prestación del consentimiento, a fin de establecer una específica tutela del superior interés del menor. Como indica la mencionada Circular de la Fiscalía, “*la solución de los posibles conflictos de intereses cuando están en juego graves riesgos, debe partir de la irrelevancia de la voluntad de los menores de edad, ya expresada por sí mismos o a través de sus representantes legales, cuando su sentido en uno u otro caso, sea contrario a la indicación médica cuya omisión comporte riesgo vital grave para la vida o la salud del paciente menor de edad, incluso en aquellos casos en que hubiere expresado su voluntad en contra*”. **Las razones apuntadas, que motivan el cambio legal, se estiman acertadas por el Consejo de Estado.**

29 Como se expuso con anterioridad, una reforma del calado de la que ahora se examina no puede aparecer en la etapa final del expediente sin que haya sido objeto de valoración por los diferentes órganos preinformantes, que han conocido de una versión reducida de la modificación que ahora se pretende llevar a cabo. Este modo de proceder merece un severo reproche, en la medida en que supone la introducción extemporánea de noveda-

reproche cuando son otras muchas las modificaciones que el Gobierno ha introducido en esta fase de Anteproyecto a Proyecto en otras muy diversas disposiciones todas ellas derivadas de la incorporación de propuestas de los diversos organismos informantes³⁰.

La explicación de esta posición del Consejo de Estado tiene probablemente sus raíces en la coyuntura política del momento: el 22 de septiembre dimitió el Ministro de Justicia, Alberto Ruiz Gallardón, por la retirada del Anteproyecto de ley de modificación de la regulación del aborto³¹ y los medios publicaron cuatro días después que se salvaría uno de los aspectos de este anteproyecto, el relativo al consentimiento de las embarazadas menores de edad, a través de su inclusión en las leyes de infancia³². Así se explican las alusiones a la ley del aborto en el informe del Consejo de Estado³³ que “sospecha” que el Go-

des normativas en un proyecto en la recta final de su tramitación.

30 Se han publicado diversos estudios y comentarios sobre esta circular. Así DE LORENZO, R “La circular de la Fiscalía General del Estado 1/2012 y los testigos de Jehová” en publicación de Derecho sanitario nº 35, 4 de noviembre de 2002 o también Montalvo Jääskeläinen, F. “El menor: un paciente complicado (al menos, desde la perspectiva legal)”. Revista CESCO de Derecho de Consumo, Nº. 8, 2013.

31 “Dimito como consecuencia de la decisión adoptada por el Gobierno de retirar el proyecto de Ley (...) Más que desautorizado, siento que no he sido capaz de cumplir el encargo que se me hizo (...) Yo no soy la persona para poder llevar adelante con convicción la nueva forma de regulación del aborto que ha sido anunciada por el presidente” (El País 23 de septiembre de 2014).

32 El país 26 de septiembre de 2014: “El Ministerio de Sanidad, que dirige Ana Mato, tiene ya prácticamente lista la fórmula para cumplir la orden del presidente del Gobierno, Mariano Rajoy, de modificar la ley del aborto del PSOE solo en un punto concreto. El punto en el que, según el PP, hay consenso: la supresión de la parte de la ley de 2010 —un artículo y una disposición adicional— que permite que las embarazadas de 16 y 17 años aborten sin autorización de sus padres (y, en algunos casos, también sin informarles). (...) El cambio se hará, según fuentes del Ejecutivo, incluyendo esa minirreforma del aborto en un paquete mucho más amplio, la ley de protección a la infancia, cuyo anteproyecto ya aprobó hace meses el Consejo de Ministros y que implica la modificación de un total de 13 leyes. Ahora está pendiente de informes para enviarlo al Consejo de Estado. El Gobierno confía en presentarlo inmediatamente, la semana que viene (ya con la modificación puntual sobre el aborto), y que la ley entre en las Cortes a finales de octubre”.

33 Estas novedades deben ser examinadas recordando las consideraciones que efectuó el Consejo de Estado en su dictamen del expediente nº 1.389/2009, de 17 de septiembre, sobre un anteproyecto de Ley Orgánica que posteriormente fue aprobado como Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (...).

Debe repararse, en cualquier caso, en que el alcance de estas reglas se limitará a aquellos supuestos de prestación del consentimiento por menores que están regulados en leyes ordinarias, pero no en leyes orgánicas, como es señaladamente el caso de la citada Ley Orgánica 2/2010, que establece en su artículo 13 los requisitos comunes para la interrupción voluntaria del embarazo, entre los que se encuentra el consentimiento de la mujer embarazada.

bierno ha querido realizar una reforma “encubierta” de la interrupción voluntaria del embarazo por esta vía, desconociendo principios básicos tales como la imposibilidad de modificar una ley orgánica a través de una ordinaria.

Es evidente que el texto remitido al Consejo de Estado no contenía tal pretensión que sin embargo fue modificada con una ley posterior: la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo³⁴.

Finalmente, el Consejo de Ministros aprobó los proyectos de Ley el 20 de febrero de 2015 que remitidos posteriormente a las Cortes³⁵

34 ROMEO MALANDA, S. “La menor edad ante la interrupción del embarazo: consentimiento y confidencialidad” en *En Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina* (ADROHER BIOSCA, S. Y MONTALVO JÄÄSKELAINEN, F. DIRS. Y CORRIPIO GIL-DELGADO, R. VEIGA COPO, A. COORDS.). Ed. Aranzadi, Navarra 2008.

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

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

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

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

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de 12 años.

4. Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.

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

6. En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspon-

estas en julio los aprobaron de forma definitiva³⁶.

diente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

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

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

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

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

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

4. Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.

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

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

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