



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

LA TOMA DE DECISIONES MÉDICAS EN EL MENOR DE EDAD Y CÓMO GARANTIZAR SUS DERECHOS

Autor: Irene Encinas Velasco
5º E-3 A
Filosofía del Derecho.

Tutor: M^a Ángeles Bengoechea Gil.

Madrid
Abril 2019

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS.	4
1.1	OBJETIVOS.	5
2.	EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DEL MENOR EN EL ÁMBITO SANITARIO.	6
3.	DERECHOS DEL MENOR Y CÓMO GESTIONARLOS EN TORNO AL ÁMBITO SANITARIO.	10
3.1.	ANTECEDENTES NORMATIVOS.	10
3.2.	DERECHO DEL MENOR DE EDAD A SER INFORMADO.	13
3.3.	EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL PERIODO DE MINORÍA DE EDAD.	16
3.4.	DERECHO DEL MENOR DE EDAD A SER OÍDO.	19
4.	VALORACIÓN DE LA CAPACIDAD DEL MENOR.	21
4.1.	EL MENOR MADURO.	22
4.2.	EL MENOR MADURO EN EL DERECHO POSITIVO.	24
4.3.	PROCESO DE DETERMINACIÓN DE LA MADUREZ DEL MENOR.	26
4.3.1.	<i>La psicología y las decisiones sanitarias.</i>	26
4.3.2.	<i>Papel del médico responsable.</i>	29
5.	LA FIGURA DEL REPRESENTANTE LEGAL. SITUACIONES DE CONFLICTO.	31
5.1.	QUIÉN DEBE DECIDIR.	31
5.2.	CRITERIOS A EMPLEAR PARA LA TOMA DE DECISIÓN.	32
5.3.	SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERESES.	32
6.	CONCLUSIONES.	34
7.	REFERENCIAS.	36
7.1.	LEGISLACIÓN.	36
7.2.	JURISPRUDENCIA.	37
7.3.	OBRAS DOCTRINALES.	37

Listado de abreviaturas

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CC: Código Civil.

CE: Constitución Española.

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos.

EE. UU.: Estados Unidos.

LAP: 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.

LGDCU: Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

LGS: Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

1. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS.

En el presente estudio se realizará un análisis a través del cual se permita conocer en profundidad como ha ido evolucionando con el paso del tiempo la relación ética entre médico y paciente menor de edad en los distintos modelos sociales surgidos en la historia. El reconocimiento del derecho del menor de edad a decidir en el ámbito sanitario sigue siendo un problema en la actualidad, configurándose como un punto de cierta inseguridad jurídica para los profesionales sanitarios¹.

Como afirma Slavcheva, se trata de un tema de gran relevancia tanto en el ámbito jurídico, como en el clínico y bioético ya que, en el tema a estudiar, entra en juego un sujeto de especiales características, pues se trata de supuestos en los que el paciente médico es un menor de edad. Más concretamente, desde el punto de vista jurídico, la particularidad de dichos supuestos radica en los derechos ejercidos, derechos de la personalidad².

Es imprescindible, dotar a la persona de una protección especial en todo aquello que implique una evolución de su personalidad por lo que, son los derechos de la personalidad, los que constituyen una garantía máxima del sujeto en el ámbito del derecho privado³.

Son muchos los autores que han definido el concepto de derechos de la personalidad, coincidiendo todos ellos, como afirma Bartolomé Tutor, en el enunciado de sus principales características, ya que se trata de derechos tanto innatos como inherentes a la persona, privados, absolutos e imprescriptibles. Se trata, por lo tanto, de una serie de derechos que nacen y se extinguen con la persona, siendo todo ser humano poseedor desde su nacimiento, de capacidad jurídica o natural⁴. La finalidad de estos derechos no es otra que proteger tanto la esfera física como espiritual de todo ser humano al incluir derechos de la personalidad, por un lado, el derecho a la vida y a la integridad física, y por otro, el derecho al honor, a la intimidad, y a la imagen⁵.

¹ RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, F. J., “El menor de edad y el proceso de toma de decisiones en el ámbito sanitario. Análisis de la cuestión en menores y sus representantes”. Tesis doctoral. Universidad de Murcia. Murcia: 2015, pp. 105-118.

² SLAVCHEVA MARKOVA, A., “El derecho de autodeterminación del menor maduro en el ámbito de la salud”, *Bioderecho*, n.6, 2017, pp. 1-27.

³ BARTOLOMÉ TUTOR, A., “Aproximación a los derechos de la personalidad”, *Los derechos de la personalidad del menor de edad*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 77-80.

⁴ Artículo 29 del Código Civil: “El nacimiento determinará la personalidad”.

⁵ RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, F. J., “El menor de edad y el proceso de toma de decisiones en el ámbito sanitario. Análisis de la cuestión en menores y sus representantes”, cit., pp. 105-118.

Lo esencial del presente estudio es determinar cuando los menores tienen capacidad para ejercitar dichos derechos, concretamente en el ámbito sanitario. En el ordenamiento jurídico español, la capacidad de ejercitar los derechos de la personalidad viene determinada por la capacidad de obrar⁶, la cual se adquiere plenamente con la mayoría de edad, es decir a los dieciocho años⁷, pero podemos encontrar ciertas excepciones a esta norma general, una de ellas, en la sanidad.

1.1 Objetivos.

El presente trabajo tiene como objeto el estudio y **análisis de la problemática surgida a la hora de tomar decisiones médicas en torno al tratamiento necesitado por un paciente menor de edad**. Para alcanzar dicho objetivo, es necesario alcanzar de igual forma una serie de objetivos más específicos:

- a) Conocer la evolución del tratamiento prestado por los profesionales sanitarios a los pacientes menores de edad a lo largo de la historia, y como se encuentra su comportamiento directamente relacionado con el modelo social de cada momento.
- b) Realizar un estudio con el fin de conocer los derechos del menor de edad que pueden verse influidos y afectar a este proceso de toma de decisiones médicas.
- c) Reconocer los derechos inherentes a la toma de decisiones médicas de pacientes y como son éstos aplicables a los pacientes menores de edad.
- d) Comprender la evaluación realizada por los médicos a cerca de la madurez de sus pacientes menores de edad, con el fin de tener en consideración la opinión de estos.
- e) Identificar los diferentes supuestos en los cuales un menor de edad necesita representación a la hora de tomar decisiones médicas y las diferentes situaciones conflictivas a las que éstos pueden enfrentarse.

⁶ Artículo 322 del Código Civil: “El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”.

⁷ Artículo 12 de la Constitución Española: “Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DEL MENOR EN EL ÁMBITO SANITARIO.

A lo largo de la historia, no ha sido frecuente asociar el concepto de autonomía con el de minoría de edad ya que, como consecuencia de la institución de la patria potestad, el menor de edad se encontraba en una situación de sumisión al padre de familia por lo que el menor era considerado como propiedad de terceros considerándose los asuntos relacionados con menores de edad como propios de la esfera privada⁸.

Para Curbelo, fue la observancia de las capacidades, tanto cognitivas como morales de los menores de edad, lo que llevó a plantearse la posibilidad de vincular el sujeto menor de edad con el concepto de autonomía. No es hasta la segunda mitad del siglo XX cuando finalmente llega el cambio en la concepción de la posición del menor en la sociedad, siendo ésta extrapolable al ámbito sanitario, y fomentada por una serie de factores relevantes de la época. La Revolución Tecnológica, junto con la aparición de la bioética y el nuevo concepto de familia moderna, el cual supone un cambio en las relaciones paternofiliales fomentando un trato igualitario y cada vez menos autoritario en el seno de esta, son factores clave a la hora de vincular ambos conceptos⁹.

Hasta ese momento, la sociedad se basaba en un modelo de conducta paternalista, siguiendo este modelo el ejercicio de las profesiones sanitarias¹⁰. Son numerosos los autores que han definido la idea de paternalismo, afirmando que la más consolidada es aquella propuesta por el profesor Gerald Dworkin, para el cual el paternalismo es *“la interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, el bien, la felicidad, las necesidades, los intereses o los valores de la persona coaccionada”*¹¹.

Como afirman J. Lázaro y D. Gracia, la relación existente entre paciente y médico comenzó a evolucionar a partir de la segunda mitad del siglo XX. Hasta entonces, el pensamiento de la población se basaba en la idea de que un enfermo, como consecuencia de su enfermedad, se encuentra en una situación de invalidez, lo que le impide por

⁸ SEBASTIÁ ALCÁCER, M. D., “La edad como condicionante del derecho: el caso del paciente menor”, tesis doctoral, Universidad de Valencia, Valencia, 2014, pp. 22-58.

⁹ CURBELO PÉREZ, D., “Principio de autonomía, menores y práctica clínica”, tesis doctoral, Universidad Nacional de Estudios a Distancia, 2013, pp. 11-38.

¹⁰La aplicación de la conducta paternalista al ámbito sanitario se puede resumir con la afirmación *“todo por el paciente pero sin el paciente”*.

¹¹DWORKIN, G., “Paternalism” en Wasserstrom, R. (ed.), *Morality and the law*, Wadsworth Publishing Co., Belmont 1971, pp. 107-126.

completo tomar cualquier tipo de decisión. La posibilidad de un enfermo de tomar decisiones se equiparada a la situación de un niño, pues ambos sujetos eran considerados incapaces de tomar decisiones y, al igual que un niño confía en su padre para tomar las decisiones importantes, ya que éste siempre decidirá lo más ventajoso para su hijo, el paciente confía que en que el médico actuará de igual manera. Se trata, por lo tanto, de un modelo de conducta paternalista ya que *“el médico ha de decidir en lugar del paciente y por el bien del paciente”*¹².

No es hasta **finales del siglo XIX cuando se comienza a considerar al paciente como sujeto de derechos** y ello como consecuencia de una rebelión tanto social como clínica acaecida en estos años, ya que en este periodo histórico, y como consecuencia de la revolución Industrial, el proletariado se levanta contra de la situación de miseria que sufrían, la cual se da también en el ámbito sanitario ya que existía una diferencia abismal entre el trato recibido por los “ricos” y los “pobres” a la hora de enfrentarse a problemas de salud. Es a partir de este momento cuando el paciente deja de ser un sujeto pasivo y surge un modelo basado en la autonomía individual.

Como conclusión, podemos afirmar que desde hace miles de años, la relación entre autonomía y minoría de edad se ha visto claramente limitado por la existencia de un modelo de conducta paternalista que, como consecuencia de la evolución social y normativa, se ha convertido en un modelo basado en la autonomía individual¹³.

Si fue en la **segunda mitad del siglo XIX cuando comenzó un proceso de reconocimiento de los derechos del menor y una regulación de estos en el marco jurídico**, uno de los hitos más importantes en esta evolución regulatoria se encuentra, en primer lugar y de forma muy genérica, en la Declaración Universal de los Derechos

¹² LÁZARO, J., GRACIA, D., “La relación médico-enfermo a través de la historia”, *Anales del sistema sanitario de Navarra*, vol.29, sup. 3, 2006, pp. 7-16.

¹³ SEBASTIÁ ALCÁCER, M, D., “La edad como condicionante del derecho: el caso del paciente menor”, cit, pp. 22-58.

Humanos de 1948¹⁴ (de aquí en adelante DUDH), en los artículos 2¹⁵, 22¹⁶ y 28¹⁷, pero no fue hasta el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, conocido como Convenio de Oviedo¹⁸, promulgado en abril de 1997, cuando la defensa de los derechos humanos alcanza una mayor concreción¹⁹.

Este cambio regulatorio fue impulsado por la comunidad internacional ya que, tras los devastadores resultados de tanto la Primera como la Segunda Guerra Mundial, la población comenzó a ser consciente de la necesidad de reconocer unos derechos universales que se puedan predicar de todos los seres humanos por el mero hecho de serlo²⁰.

En el momento de la promulgación del **Convenio de Oviedo**, en nuestro país estaba vigente la Ley General de Sanidad 14/1986 de 25 de abril²¹ (de aquí en adelante LGS), la cual regulaba de manera muy genérica la protección de la salud y el acceso sanitario, pero no profundizaba en el reconocimiento de la autonomía del menor de edad y su derecho a ser informado. El Convenio de Oviedo es el primer instrumento internacional con carácter jurídico vinculante para aquellos países que lo ratifican, los cuales, se obligan a la **creación de un marco jurídico sanitario que respete la dignidad de todo ser humano**. Con este convenio, lo que se pretende es armonizar la regulación existente en las diversas

¹⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH): Declaración proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 (III). Dicha declaración establece una serie de derechos humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo entero.

¹⁵ Artículo 2 DUDH: “1. *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.* 2. *Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.*”

¹⁶ Artículo 22 DUDH: “*Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.*”

¹⁷ Artículo 28 DUDH: “*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.*”

¹⁸ 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, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.

¹⁹ RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, F. J., “El menor de edad y el proceso de toma de decisiones en el ámbito sanitario. Análisis de la cuestión en menores y sus representantes”, cit, pp. 105-118.

²⁰ SEBASTIÁ ALCÁCER, M. D., “La edad como condicionante del derecho: el caso del paciente menor”, cit, pp. 22-58.

²¹ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE 29 de abril de 1986).

naciones reconociendo una serie de derechos hasta el momento olvidados como son el derecho a la información, la intimidad y el consentimiento informado.²²

Tras la ratificación por España del Convenio del Consejo de Europa²³ para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina era más necesario que nunca proceder a promulgar una normativa nacional que trasladara los derechos en el Convenio reconocidos a la aplicación de la medicina²⁴. Así, el 16 de mayo del 2003 entró en vigor la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica²⁵ (de aquí en adelante LAP). Tras el proteccionismo genérico planteado por la LGS, es la LAP la primera en afrontar cuestiones imprescindibles de regulación de la relación médico-paciente dotando, tanto al paciente como al profesional clínico, de una serie de derechos y deberes hasta el momento inexistentes.²⁶ La presente ley ha supuesto un claro avance en el campo de la medicina española al consolidar, finalmente, un marco jurídico en el que predomina el derecho a la información, al consentimiento informado, a instrucciones previas y a la historia clínica²⁷.

La aplicación de estos derechos presenta dificultades en aquellos supuestos en los que el paciente es menor de edad debido a que, como ya mencionamos con anterioridad, la determinación de la capacidad del menor puede resultar complicada en algunos casos como veremos a continuación.

²² GARCÍA ORTEGA, C, CÓZAR MURILLO, V, ALMENARA BARRIOS, J., “La autonomía del paciente y los derechos en materia de información y documentación clínica en el contexto de la Ley 41/2002”, Revista española de salud pública, nº4, 2004, pp. 469-479.

²³ 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, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.

²⁴ BERROCAL LANZAROT, A, I., “El consentimiento informado y la capacidad del paciente para prestarlo válidamente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, vol. 5, 2004, pp.11-123.

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 (BOE 15 de noviembre de 2002).

²⁶ GARCÍA ORTEGA, C, CÓZAR MURILLO, V, ALMENARA BARRIOS, J., “La autonomía del paciente y los derechos en materia de información y documentación clínica en el contexto de la Ley 41/2002”, cit., pp. 470-471.

²⁷ BERROCAL LANZAROT, A, I., “El consentimiento informado y la capacidad del paciente para prestarlo válidamente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre.”, cit., pp. 11-123.

3. DERECHOS DEL MENOR Y CÓMO GESTIONARLOS EN TORNO AL ÁMBITO SANITARIO.

3.1. Antecedentes normativos.

La aprobación de la LAP supuso una importante reforma en la regulación de la relación médico-paciente procediendo al desarrollo de una serie de derechos y deberes tanto del médico como del paciente. En dicha Ley se pueden encontrar cuestiones relativas al derecho a la información y al consentimiento informado²⁸, cuyo ejercicio en el caso del menor de edad se estudiará a continuación.

Entre los antecedentes normativos de los que deriva el reconocimiento del derecho a ser informado y, como consecuencia, a prestar su consentimiento de todos los pacientes nos encontramos la Constitución Española (de aquí en adelante CE), que es considerada como el antecedente más inmediato, y en la que se pueden observar en una serie de artículos los derechos reconocidos a los pacientes²⁹, que luego servirán de fundamento para el desarrollo normativo que realizarán otras normas.

Entre los artículos de la CE es necesario destacar, por un lado, una serie de preceptos que a pesar de su carácter generalistas, son muy relevantes a la hora de configurar los nuevos derechos reguladores de la relación médico-paciente. Así el artículo 10 CE³⁰, el que reconoce como fundamento del orden público y la paz social, el respeto tanto a la dignidad de la persona como la inviolabilidad de los derechos inherentes a la misma, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto de los derechos fundamentales. En segundo lugar, el artículo 14 de la CE³¹ reconoce la igualdad de todos los españoles ante la ley. En lo referido al derecho a la vida e integridad física y moral, es el artículo 15CE³² el que

²⁸ BERROCAL LANZAROT, A, I., “El consentimiento informado y la capacidad del paciente para prestarlo válidamente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre”, cit., pp. 11-123.

²⁹ BERROCAL LANZAROT, A, I., “El consentimiento informado y la capacidad del paciente para prestarlo válidamente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre”, cit, pp. 11-123.

³⁰ Artículo 10 CE: “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretaran de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

³¹ Artículo 14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

³² Artículo 15CE: “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.”

lo reconoce a todos los españoles por igual, y es el artículo 16.1³³ en el que se establece la obligación de respetar la libertad tanto religiosa como ideológica y de culto. En el artículo 17.1CE³⁴, encontramos el derecho a la libertad acompañado del reconocimiento del derecho a la seguridad mientras que, por último, es en el 18.1³⁵ donde se regula, siendo esto de gran relevancia para el ámbito sanitario, el derecho a la intimidad.

Por otra parte, es igualmente importante para la cuestión presente el Capítulo III de la CE³⁶, donde se recogen una serie de artículos relacionados directamente con el tema que nos compete, pues es en los diversos puntos del artículo 43³⁷ donde se regula el derecho a la protección de la salud, la tutela de la salud pública por parte de los poderes públicos y el derecho a la educación sanitaria³⁸.

Como segunda fuente principal de la que deriva el reconocimiento al derecho a la información de los pacientes destaca la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios³⁹ (de aquí en adelante LGDCU). Dicha ley tiene como objetivo la protección y defensa de los consumidores y usuarios ocupándose en el Capítulo IV⁴⁰ del derecho a una información cierta, eficaz, veraz y objetiva⁴¹. Esta regulación que se promulgo al objeto de proteger los derechos básicos de los consumidores es, por lo tanto, aplicable de igual modo a los consumidores de servicios sanitarios, aunque con cierto nivel de complejidad⁴².

³³ Artículo 16.1: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.”

³⁴ Artículo 17.1 CE: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.”

³⁵ Artículo 18.1 CE: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.”

³⁶ Capítulo III de la Constitución Española. De los principios rectores de la política social y económica.

³⁷ Artículo 43 CE: “1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio.”

³⁸ BERROCAL LANZAROT, A, I., “El consentimiento informado y la capacidad del paciente para prestarlo válidamente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre”, cit., pp 14.

³⁹ Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE 26 de julio de 1984).

⁴⁰ Capítulo IV LGDCU. Derecho a la información.

⁴¹ BERROCAL LANZAROT, A, I., “El consentimiento informado y la capacidad del paciente para prestarlo válidamente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre”, cit., pp 15.

⁴² BERROCAL LANZAROT, A, I., “El consentimiento informado y la capacidad del paciente para prestarlo válidamente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre”, cit., pp 16.

El artículo 43 de la CE fue regulado, por primera vez, por la LGS y más específicamente en su artículo 10.5⁴³ donde se reconoce el derecho tanto a pacientes como familiares de recibir una información completa y continuada tanto de su proceso como diagnóstico, pronóstico y alternativas al tratamiento recibido.

La necesidad de reforma tanto de la LGS y por ende del citado artículo 10.5, se pone de manifiesto con la entrada en vigor para España del Convenio de Oviedo, el cual, como mencionamos con anterioridad, establece una serie de principios de cumplimiento obligatorio para todos aquellos países que lo ratifiquen. Así, por ejemplo, el Convenio de Oviedo recoge en su Capítulo II⁴⁴ la obligatoriedad del consentimiento informado por parte del paciente para someterse a una intervención. En materia de menores de edad, el artículo 6 del convenio reconoce la protección de personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento, concretamente es en los puntos 2 y 3⁴⁵ donde hace referencia a la situación del menor de edad en cuanto a esta cuestión.

Por último, es necesario mencionar una serie de normas más específica y de aplicación estatal, autonómica, e incluso en el marco europeo, las cuales hacen referencia a materias que nos conciernen en lo relativo al derecho a la información, se trata de una serie de normas conocidas como ético-deontológicas que, como el Código de Deontología Médica⁴⁶ son de obligado cumplimiento⁴⁷.

⁴³ Artículo 10.5 LGS (*actualmente derogado por la LAP*): “*Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: 5. A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proyecto de Ley 14/1986, General de Sanidad diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.*”

⁴⁴ Capítulo II del Convenio de Oviedo. Consentimiento.

Obliga a la necesidad de un consentimiento por parte del paciente para realizar sobre su persona cualquier tipo de intervención, siempre y cuando, el paciente sea previamente informado de todo riesgo y consecuencia.

⁴⁵ Artículo 6 Convenio de Oviedo: “*Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento. 2. Cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta solo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por ley. 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.*”

⁴⁶ Código de Deontología Médica. Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos. Julio, 2011.

⁴⁷ BERROCAL LANZAROT, A, I., “El consentimiento informado y la capacidad del paciente para prestarlo válidamente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre”, cit., pp 16.

3.2. Derecho del menor de edad a ser informado.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica se divide en seis capítulos estructurados en base a dos materias esenciales, la primera de ellas engloba todo aquello referido al consentimiento informado y a la capacidad del paciente para su ejercicio configurándose este derecho como una manifestación del ejercicio de la autonomía del paciente, mientras la segunda se refiere a la documentación clínica.

La LAP, regula en su Capítulo II el Derecho a ser informado especificando, en su artículo 5, apartados 5.2⁴⁸ y 5.3⁴⁹ quien ostenta la titularidad de dicho derecho en los supuestos en los que el paciente esté incapacitado, sin distinguir si se trata de una incapacidad física, una incapacidad judicial, o de la propia de un sujeto menor de edad⁵⁰. Los citados artículos obligan, en primer lugar, a que, a pesar de la incapacidad del paciente, tanto éste como sus representantes legales sean correctamente informados a un nivel adecuado para posibilitar su comprensión. Si, a pesar de haber proporcionado la información a un nivel de comprensión lo más adecuado posible, el médico que le asiste considera que el paciente carece de capacidad, la información deberá ponerse en conocimiento de las personas vinculadas por su condición de familiares.

En conclusión, se observa que la LAP dispone una titularidad compartida del presente derecho. El derecho a ser informado pertenece tanto a los pacientes como a su representante legal o personas vinculadas.

Por otro lado, cabe destacar la existencia de algunas leyes autonómicas que regulan de forma más específica el derecho a la información del menor de edad como la Ley 3/2009 de la Región de Murcia⁵¹, la cual pretende esclarecer la situación del menor en su artículo 31, apartados 3 y 4⁵².

⁴⁸ Art 5.2 LAP: “El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal”.

⁴⁹ Art 5.3 LAP: “Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.”

⁵⁰ RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, F, J., “El menor de edad y el proceso de toma de decisiones en el ámbito sanitario. Análisis de la cuestión en menores y sus representantes”, cit., pp.120.

⁵¹ Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia (BOE 9 de febrero de 2011)

⁵² Conforme a estos artículos, todos los mayores de 12 años serán informados conforme a su nivel de comprensión al igual que sus padres o tutores. Posteriormente, la ley afirma que los menores emancipados y mayores de 16 años, son titulares de su propio derecho a la información, es decir, a partir de este momento desaparece la previamente mencionada titularidad compartida. Por lo que, tanto en el caso de los pacientes mayores de 16 años como aquellos cuyo médico considere capaz para comprender la información, no

El ejemplo más importante de transmisión de información a los pacientes se encuentra en el historial clínico⁵³. Hasta la promulgación de la LAP, existía un vacío sobre el concepto de “historia clínica” siendo definido por primera vez en dicha ley.⁵⁴ Conforme a lo establecido en la LAP, el historial clínico de un paciente contiene los actos médicos que a cada paciente le son realizados por lo que, es el propio paciente el titular del derecho a la información que contiene el mismo. Si contextualizamos lo anterior en el caso del menor de edad y lo conectamos con la doctrina del menor maduro (objeto de estudio en el siguiente capítulo), en el caso de que el menor se encuentre capacitado suficientemente para comprender la información aportada en su historial clínico, éste será titular del derecho a la información por lo que será necesario su consentimiento para que un tercero pueda acceder al mismo⁵⁵.

La propiedad de la historia clínica no es clara para todos y ha sido ampliamente discutida. Hasta la promulgación de la LGS existían dos corrientes distintas: Por un lado, encontramos una serie de autores que consideran que, efectivamente, el propietario es el propio paciente al tratarse de una fuente que contiene su propia información, que le permite conferir su consentimiento informado con un real conocimiento de causa. Por el contrario, existe la opinión de aquellos que consideran que es el profesional sanitario el titular del historial clínico ya que es resultado de su esfuerzo e instrumento de posteriores investigaciones clínicas, pudiendo incluso llevar a malinterpretaciones por parte del paciente al contar con anotaciones propias del sanitario encargado⁵⁶.

Conforme a la LGS, son las instituciones en las que se elabora la historia clínica las propietarias de ésta, ya que ostentan el derecho y obligación de custodia. Frente a esto, es necesario destacar que, cuando un sujeto acude voluntariamente a una institución sanitaria

existiría obligación de informar a las personas vinculadas a los mismos sin existir, de igual forma, una titularidad compartida del derecho a la información.

⁵³ Conforme a la opinión de M.T. Criado del Rio, en su obra *Aspectos médico legales de la historia clínica*, la historia clínica se define como un “documento médico-legal que recoge toda la relación médico-paciente y todos los actos médicos y sanitarios” Se trata, por lo tanto, de un documento donde quedan registrados los actos médicos realizados a cada paciente. En consecuencia, se trata de la prueba material en los casos de responsabilidad médica ya que, en dicho documento, se manifiesta si la actuación del médico fue llevada a cabo con la diligencia debida.

⁵⁴ Artículo 14.1 LAP: “La historia clínica comprende el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos, en el ámbito de cada centro.”

⁵⁵ CRIADO DEL RIO, M, T., *Aspectos médico legales de la historia clínica*, Zaragoza, 1999.

⁵⁶ CRIADO DEL RIO, M, T., *Aspectos médico legales de la historia clínica*, Zaragoza, 1999.

a recibir un tratamiento, no tiene por que acudir siempre a la misma, lo que da lugar a que se elaboren diferentes historiales en cada una de las instituciones sanitarias a las que un mismo paciente acude a lo largo de su vida. Al ver esto, parece lógico que todo el conjunto de documentos derivados de toda la información que el paciente aporta y el trabajo realizado por los sanitarios sea propiedad de la persona sin la cual no se hubiese realizado esta historia clínica⁵⁷.

Como se verá a continuación, la principal finalidad de prestar una información adecuada al paciente es que éste otorgue un consentimiento consciente a la hora de recibir cualquier tipo de tratamiento sanitario. En el caso de los menores de edad, se pueden dar situaciones de conflicto en la que un menor de edad no desee poner en conocimiento de sus padres o tutores la información obtenida por el facultativo sanitario. En este caso, como previamente se destacó, la LAP establece que es el facultativo sanitario el encargado de determinar si el menor tiene capacidad suficiente para comprender la información. A la hora de valorar esta capacidad, no podemos encontrar una escala de valoración de la capacidad de comprensión del menor por lo que, la legislación actual se apoya en el Reglamento 1720/2007⁵⁸, el cual establece que a partir de los 14, los menores están facultados para otorgar consentimiento al trato de sus datos personales, por lo que, si no desea que sus progenitores o tutores conozcan la información registrada en su historial clínico, son libres de ocultarlo.

No obstante, el artículo 9.4 de la LAP reconoce la posibilidad del facultativo de violar su obligación de secreto profesional en aquellos casos en los que el menor, a pesar de ser mayor de 16 años o emancipado, se encuentre en una situación de grave riesgo, supuesto en el que será informado su representante legal del estado de salud del menor, siendo éste quien prestará su consentimiento en lugar del paciente menor.

⁵⁷ MARTINEZ HERNÁNDEZ, J., “Historia clínica”, *Cuadernos de bioética*, vol. 17, nº 1, 2006, pp.57-68.

⁵⁸ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (BOE 19 de enero de 2008)

3.3. El consentimiento informado en el periodo de minoría de edad.

A continuación, se abordará el consentimiento, conocido como consentimiento informado en el ámbito sanitario, durante el periodo de minoría de edad.

Jurisprudencialmente, el Tribunal supremo, en su STS n°3/2001⁵⁹ del 12 de enero, considera el consentimiento informado como un derecho fundamental. Siguiendo en esta línea, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 37/2011⁶⁰ del 28 de marzo de 2011, afirma que es algo inherente al derecho fundamental de integridad física.

En la opinión de Sancho, este derecho es, más concretamente, una manifestación de la autonomía del paciente para decidir a cerca de su vida e integridad física en lo relativo al recibimiento de un tratamiento o actuación sanitaria. Este derecho puede ser ejercido por el sujeto en dos ocasiones diferentes, en primer lugar, en el momento inmediatamente anterior a llevarse a cabo la actuación sanitaria, denominándose entonces consentimiento informado, o también puede ser ejercido con carácter previo y como una previsión futura, para que, tal y como establece el artículo 11 de la LAP, en el supuesto caso de que en algún momento el sujeto no goce de capacidad plena, dichas instrucciones previas sirvan a los profesionales sanitarios como indicaciones para decidir por él⁶¹.

Regulado en el Capítulo IV de la LAP relativo a la autonomía del paciente, más concretamente, en el artículo 8, el consentimiento informado, conforme a lo establecido en dicho artículo, es necesario que sea “libre” y “voluntario” y es necesario para la realización de cualquier actuación sanitaria, siendo necesario que el paciente sea siempre suficientemente informado conforme a lo establecido en el artículo 4 de la misma Ley. Como regla general, el consentimiento se presenta verbalmente salvo en una serie de supuestos previamente determinados por la Ley, en los cuales el consentimiento será escrito: intervención quirúrgica, procedimientos invasores y cualquier procedimiento que

⁵⁹Sentencia Tribunal Supremo núm. 3/2001 (Sala de lo Civil), de 12 de enero. Recurso de Casación núm. 3688/1995 en el FJ primero, cito textualmente: “*El consentimiento informado constituye un **derecho humano fundamental**, precisamente una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la auto disposición sobre el propio cuerpo*”

⁶⁰ Sentencia Tribunal Constitucional núm. 37/2011, de 28 de marzo. Recurso de Amparo núm. 3574/2008. EL 28 de marzo de 2011, el Tribunal Constitucional dictó una sentencia a través de la cual interpretaba el Consentimiento informado. El Tribunal Constitucional considera a la posibilidad de negativa al tratamiento médico incluida en el art. 15CE, es decir, del derecho fundamental de integridad física o moral por lo que, en el momento en el que se impone la asistencia médica a una persona en contra de su voluntad se produce una violación de dicho derecho fundamental.

⁶¹ SANCHO GARGALLO, I., “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado”, *InDret*, n°209, pp. 5.

pueda suponer un perjuicio para el paciente. Sin perjuicio de ello, el paciente podrá, siempre que lo desee, revocar libremente y por escrito el consentimiento prestado.⁶²

Como afirma F.J. Rodríguez, la LAP aporta una regulación más exhaustiva que el Convenio de Oviedo⁶³ y expone de forma clara tres supuestos en los que el consentimiento es otorgado no por el paciente, sino por su representante⁶⁴:

- a. Cuando, a criterio del profesional médico, el paciente no sea capaz de tomar decisiones por sí mismo.
- b. Cuando se trate de un mayor de edad que sufra una incapacidad real declarada judicialmente.
- c. Cuando el menor de edad no sea capaz de comprender el alcance de la intervención.⁶⁵

Por lo que se refiere al menor y al objeto del presente estudio es el artículo 9.3.c) de la LAP el que se ocupa del tema y según el cual, en los supuestos en los que el menor de edad no comprenda el alcance de la intervención será su responsable aquel que decidirá por él siempre respetando el derecho del menor a ser oído (objeto de estudio en el siguiente epígrafe). De nuevo, se le atribuye al médico la responsabilidad de determinar la capacidad-madurez del menor de edad siendo, en opinión de F. J. Rodríguez, algo complicado debido a dos factores: una ausencia de formación específica para ello en la mayoría de los facultativos y la escasez de tiempo del que disponen en una consulta médica para conocer al sujeto y poder valorar correctamente sus capacidades.

Así, se puede concluir afirmando que en lo relativo al consentimiento informado de menores, el artículo 9.3.c) establece que en aquellos casos en los que un menor de edad no sea capaz para comprender el alcance de la intervención “se otorgará el consentimiento por representación” de lo que se interpreta que todo menor está habilitado para prestar su consentimiento en cuestiones referidas a su salud salvo en aquellos casos en los que el médico considere que no está capacitado, que serán los padres. Junto a esto, es preciso analizar el artículo. 9.4 p.2 según el cual, cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años, y se trate de una actuación de “grave riesgo” para la vida del menor

⁶² Artículo 8 LAP

⁶³ RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, F. J., “El menor de edad y el proceso de toma de decisiones en el ámbito sanitario. Análisis de la cuestión en menores y sus representantes”, cit., pp.124 - 132

⁶⁴ En aquellos casos en los que el paciente carezca de capacidad suficiente para prestar el consentimiento por sí mismo, necesita de un representante que lo haga por él. Para ello, es necesaria la concurrencia de una causa legal (falta de capacidad) y la existencia de una persona vinculada para decidir lo mejor para el paciente.

⁶⁵ Artículo 9.3 LAP

será el representante legal del menor quien teniendo en cuenta la opinión de este tomará la decisión.

En este punto, es relevante analizar la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002⁶⁶. Según los hechos probados de esta sentencia en 1994, un niño de 13 años sufrió una caída en bicicleta que derivó en una serie de lesiones que le llevaron a necesitar de urgencia una transfusión sanguínea para su supervivencia. Tanto los padres como el menor de edad eran testigos de Jehová por lo que los padres afirmaron no poder autorizar la mencionada transfusión y solicitaron un tratamiento alternativo. Al conocer la inexistencia de esa posibilidad, solicitaron el alta voluntaria, pero los profesionales sanitarios obtuvieron una autorización judicial para llevar a cabo la transfusión. Tras informar a los padres del peligro al que se enfrentaba el menor, estos decidieron no oponerse, siendo el propio menor el que se opuso. Finalmente, el menor falleció y la fiscalía acusó de un delito de homicidio a los padres siendo estos absueltos por la Audiencia Provincial de Huesca.

A continuación, el ministerio fiscal recurrió en casación y el Tribunal Supremo condenó a los padres por homicidio con agravante de paternidad y atenuante de obcecación⁶⁷.

Los padres interpusieron un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por considerar que tanto su derecho a la libertad religiosa como el derecho a la integridad física y moral de su hijo habían sido violados. Finalmente, el Tribunal Constitucional les otorgó el amparo solicitado por vulneración del derecho a la libertad religiosa⁶⁸.

Desde el año 1994, año en que ocurrieron los hechos objeto del recurso de amparo la legislación española, como se ha visto, ha sufrido una notable evolución en cuanto al consentimiento informado, por lo que se plantea la cuestión de como esta nueva regulación recogida en la LAP habría afectado a la resolución del TC.

En este sentido manifestar que ante la vaga regulación de la LGS que se limitaba a establecer la necesidad del consentimiento del paciente al tratamiento y la posibilidad de este de negarse al mismo (artículos 10.6 y 10.9 de la LGS), salvo en el supuesto, entre otros, de no estar capacitado para tomar decisiones, la LAP contiene una regulación más

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio.

⁶⁷ Cuando el menor fue informado tras la autorización judicial de que se le realizaría una transferencia sanguínea, éste reaccionó de forma violenta oponiendo “auténtico terror” obligando a los médicos a desistir por temor a que sufriese una hemorragia cerebral.

⁶⁸ “Es claro que en el presente caso la efectividad de ese preponderante derecho a la vida del menor no quedaba impedida por la actitud de sus padres, visto que éstos se aquietaron desde el primer momento a la decisión judicial que autorizó la transfusión. Por lo demás, no queda acreditada ni la probable eficacia de la actuación suasoria de los padres ni que, con independencia del comportamiento de éstos, no hubiese otras alternativas menos gravosas que permitiesen la práctica de la transfusión”.

minuciosa de estos mismos derechos y de acuerdo con la misma interpretando de manera conjunta lo dispuesto en los artículos 9.2, 9.3 y 9.4 de la citada Ley, no cabe duda que ante un supuesto similar al recogido en la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, el consentimiento debía de ser prestado por los padre, en representación del menor al encontrarse éste en una situación que le impide anímica ni intelectualmente tomar una decisión y emitir su consentimiento de manera consciente y libre, siempre respetando su derecho a ser oído.

3.4. Derecho del menor de edad a ser oído.

Por último, cabe destacar el derecho del menor a ser oído por sus representantes y los facultativos con carácter previo a la toma de decisiones en su nombre, derecho que aparece recogido en el artículo 9.3.c) de la LAP, según el cual en aquellos casos en los que el menor no sea capaz ni intelectual ni emocionalmente de participar en la toma de decisiones a cerca de la aplicación de un tratamiento médico sobre su persona, serán sus representantes quienes consientan siempre y cuando hayan escuchado su opinión. El reconocimiento de este derecho tiene como base la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁶⁹, según la cual todo menor tiene derecho a ser oído con independencia de su edad. Por lo tanto, el artículo 9⁷⁰ de la citada Ley afirma que el menor tiene derecho a ser oído en cualquier decisión que incida en su esfera personal, teniendo siempre en cuenta sus decisiones en función de su grado de madurez. Una vez más, la responsabilidad de determinar el nivel de madurez del menor recae sobre personal especializado considerándose, en todo caso, que el menor tiene suficiente madurez una vez cumplidos los 12 años.

⁶⁹ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE 17 de enero de 1996).

⁷⁰ Según el artículo 9 de la Ley de Protección Jurídica del Menor: “1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. En los procedimientos judiciales, las compareencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos.”

Por lo tanto, concluimos que el menor debe ser escuchado independientemente de su edad en función de las consideraciones propias de los facultativos y, una vez cumplidos los 12 años, se considera maduro para ello.

En opinión de Aranzazú Bartolomé, es necesario tratar el tema debido a que el apartado parece indicar que son los representantes los que deben oír la opinión del menor por lo que, en ocasiones de conflicto, es interesante destacar que posiblemente sea la opinión de los progenitores la que predomine sobre la del menor pudiéndose ver afectado así el *interés superior del menor*.

4. VALORACIÓN DE LA CAPACIDAD DEL MENOR.

Como se menciona en repetidas ocasiones a lo largo del presente trabajo, en la actualidad, uno de los principales avances en la atención sanitaria se encuentra en el reconocimiento de la autonomía del paciente. El término autonomía ha sido desarrollado por diversos autores, dando lugar, por lo tanto, a diferentes interpretaciones de este.

Para J Rawls, actuar autónomamente es “*actuar según principios que consentiríamos como seres racionales libres e iguales*”⁷¹, otra definición de autonomía es la dada por Dworkin, según el cual, la idea de autonomía debe partir del yo.⁷² No obstante, el presente estudio se basa en la definición clásica de Beauchamp y Childress, los cuales coinciden en la opinión de que para que un sujeto sea autónomo debe ser competente y estar libre de coacción⁷³.

En el ejercicio de la medicina es necesario que los profesionales valoren el grado de competencia de cada uno de los pacientes, especialmente en aquellos casos que susciten duda⁷⁴.

Los pacientes menores de edad constituyen un grupo de difícil determinación en cuanto a su competencia. Algunos autores entienden la competencia de un sujeto “*como la capacidad de tomar decisiones, basada en juicios morales internos y de actuar de acuerdo con estos juicios.*”⁷⁵. Por lo tanto, a la hora de valorar la competencia de un menor para tomar decisiones en el ámbito sanitario, es necesario considerar tres puntos: valorar el grado de madurez, valorar la gravedad de la decisión y valorar el contexto y las circunstancias en las que debe tomarse la decisión⁷⁶.

⁷¹ TORRALBA ROSELLÓ, F., “Los límites del principio de autonomía. Consideraciones filosóficas y bioéticas.”,2000, pp. 357. “vid” RAWLS, J., Theory and practice of autonomy, Oxford, 1971, pp.516.

⁷² TORRALBA ROSELLÓ, F., “Los límites del principio de autonomía. Consideraciones filosóficas y bioéticas.”,2000, pp.357, vid, DWORKIN, G., Theory and practice of autonomy, Cambridge, 1988, pp. 17.

⁷³ ESQUERDA ARESTÉ, M., MIQUEL FERNÁNDEZ, E., “El consentimiento informado del menor de edad: evaluación de la competencia para decidir sobre la salud”, De los Reyes, M., Sánchez, M., (ed), Bioética y Pediatría. Proyectos de vida plena, Sociedad de Pediatría de Madrid y Castilla-La Mancha, 2010, pp. 367-373 “vid” BEAUCHAMP, T., CHILDRESS, J., El respeto de la autonomía, 4ª ed. Barcelona, 1999.

⁷⁴ ESQUERDA ARESTÉ, M., MIQUEL FERNÁNDEZ, E., “El consentimiento informado del menor de edad: evaluación de la competencia para decidir sobre la salud”, De los Reyes, M., Sánchez, M., (ed), Bioética y Pediatría. Proyectos de vida plena, Sociedad de Pediatría de Madrid y Castilla-La Mancha, 2010, pp. 367-373.

⁷⁵ ESQUERDA ARESTÉ, M., MIQUEL FERNÁNDEZ, E., “El consentimiento informado del menor de edad: evaluación de la competencia para decidir sobre la salud”, De los Reyes, M., Sánchez, M., (ed), Bioética y Pediatría. Proyectos de vida plena, Sociedad de Pediatría de Madrid y Castilla-La Mancha, 2010, pp. 368.

⁷⁶ Idem

A continuación, el trabajo se centrará en la determinación del grado de madurez del menor conforme a la “teoría del menor maduro”.

4.1. El menor maduro.

La conocida como *doctrina del menor maduro* surge en EE. UU. como consecuencia de una serie de demandas⁷⁷ que, en los años 70, incoaron los padres de diferentes menores contra los profesionales sanitarios que atendieron a sus hijos con desconocimiento de sus progenitores⁷⁸. De igual forma y como consecuencia de una demanda incoada por una madre de una menor de edad, en Reino Unido surgió el conocido como *Gillick principle*⁷⁹ en 1985.

Esta teoría del menor maduro se fundamenta en reconocer a favor del menor de edad una presunción *iuris tantum* de capacidad y madurez, lo cual le permite tomar decisiones de forma autónoma que afecten tanto a su salud como a su integridad física y moral.⁸⁰ Se trata de un término contradictorio, ya que define a un sujeto adolescente legalmente

⁷⁷ **Canterbury vs Spence** fue el primero de dichos procesos:

J.W.Canterbury, trabajaba para el FBI cuando en 1958 (19 años, menor de edad en EEUU) sufrió un accidente. Canterbury se sometió a una cirugía de espalda con el aparente consentimiento de su madre, pero, el Dr. W. T. Spencer, cirujano que llevó la operación, no reveló el riesgo de parálisis. Después de la cirugía, Canterbury se cayó de la cama del hospital y poco después sufrió una parálisis de la parte inferior del cuerpo.

Canterbury demandó tanto al cirujano como al hospital, pero el juez del tribunal de primera instancia dictó un veredicto a favor de los acusados afirmando que el estándar de atención existente reconocido por los médicos permitía a éstos ocultar información sobre el tratamiento a los pacientes.

Canterbury apeló ante el Tribunal de Apelaciones que concluyó que el tribunal de primera instancia cometió un error al interpretar de forma diferente el estándar de atención de los médicos. Para el Tribunal de Apelación, un paciente debe recibir todos los datos materiales necesarios para que él o su tutor puedan dar un consentimiento válido.

⁷⁸ BARTOLOMÉ TUTOR, A., “Los derechos de la personalidad en el ámbito sanitario”, *Los derechos de la personalidad del menor de edad*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 199.

⁷⁹ **Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority.**

El conocido como *Gillick principle* surge de la decisión tomada por la Cámara de los Lores como consecuencia de una demanda interpuesta por la señora Gillick, quién objetó a cerca del asesoramiento del departamento de salud que había recibido su hija de 16 años sobre tratamientos anticonceptivos, afirmando que se trataba de un acto delictivo causado por la transmisión de una información a una menor de edad en contra de la voluntad de sus progenitores. Finalmente, la Cámara concluyó que un niño menor de 16 años, tiene la competencia legal necesaria para consentir a cerca del examen o tratamiento médico, si cuenta con el nivel de madurez y la inteligencia suficientes como para comprender la naturaleza e implicaciones del tratamiento.

⁸⁰ BARTOLOMÉ TUTOR, A., “Los derechos de la personalidad en el ámbito sanitario”, *Los derechos de la personalidad del menor de edad*, cit, pp. 199. “Vid” RODRÍGUEZ, P., *Autonomía del niño en las decisiones sobre su propio cuerpo*, Servicio de Publicaciones UCM, Madrid, 2004.

menor de edad, pero maduro, con cierta capacidad para tomar parte en decisiones sociales, sanitarias o de cualquier otro tipo que le afecten⁸¹.

En la opinión de Sánchez Jacob, la abundancia de literatura a cerca de la doctrina del menor maduro surge como consecuencia de la relevancia que el menor ha adquirido en la sociedad, en la cual, como afirma el autor, parece que se les rinde cierto culto. Por otro lado, parte de la importancia deriva de los medios de comunicación, los cuales se hacen eco de diferentes conflictos que surgen entre los padres y los clínicos a la hora de tomar decisiones relativas al tratamiento de menores⁸².

El término “menor maduro” se aplica a aquellos pacientes menores que, como consecuencia de una serie de factores, son considerados moralmente capaces para intervenir con responsabilidad y, como consecuencia, como “agente” activo en el proceso de concesión del consentimiento. En concreto, y como afirma Domingo en su obra, el concepto de “menor maduro” hace referencia a un paciente adolescente que, por lo tanto, es legalmente menor de edad, pero, suficientemente maduro para tomar decisiones relativas a su salud⁸³. Es imprescindible, como consecuencia, la diferenciación entre madurez moral y capacidad moral ya que, según afirma Sánchez Jacob, la capacidad moral de los menores debe ser medida por su capacidad de juzgar y valorar diferentes situaciones.

Siguiendo con la opinión de Sánchez Jacob, nos encontramos ante un tema complejo al ser necesario analizar cada caso en concreto. Llegado el momento de determinar el grado de madurez de un menor por parte de los profesionales clínicos, éstos se enfrentan a dos problemas: por un lado, la relación clínica con el menor conlleva una implicación no solo de los derechos de menor sino, igualmente, de sus padres o tutores legales y del resto del personal sanitario. Por otro lado, se enfrentan al problema de la inexistencia de una escala de evaluación certera de la madurez del menor, pues existen numerosas escalas de evaluación de la madurez del adulto, pero ninguna de ellas es de uso común en pediatría.⁸⁴ Para Sánchez Jacob, la doctrina del “menor maduro” se fundamenta en el hecho de que los derechos de la personalidad pueden ser ejercitados desde el momento en el que el

⁸¹ DOMINGO MORATALLA, A., “Adolescencia y menor maduro. La autonomía personal, un desafío a la moral profesional”, De los Reyes, M., Sánchez, M, (ed), Bioética y Pediatría. Proyectos de vida plena, Sociedad de Pediatría de Madrid y Castilla-La Mancha, 2010, pp. 49.

⁸² SANCHEZ JACOB, M., “El menor maduro”, *Boletín de pediatría*, vol. 45, n. 193, 2005, pp. 156-159.

⁸³ DOMINGO MORATALLA, A., “Adolescencia y menor maduro. La autonomía personal, un desafío a la moral profesional”, cit, pp. 49.

⁸⁴ SANCHEZ JACOB, M., “El menor maduro”, *Boletín de pediatría*, vol. 45, n. 193, 2005, pp. 156-159.

individuo sea capaz de disfrutarlos, hecho que sucede, con bastante seguridad, antes de los 18 años. No obstante, en el caso del menor de edad, la capacidad de autonomía deberá ser siempre demostrada al establecerse una presunción iuris tantum de capacidad y madurez susceptible de prueba en contrario⁸⁵.

Continuando con la opinión de Sánchez Jacob y según González Mirasol⁸⁶, es necesario destacar una serie de edades que presentan cierta transcendencia legal:

- 7 años: tradicionalmente es considerada como la edad en la que el niño alcanzaba lo que se entendía como “uso de razón”.
- 12 años: Edad en la cual, según la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, se considera que el menor tiene suficiente madurez.
- 16 años: A la edad de los 16, se reconoce en primer lugar, y conforme al artículo 6.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁸⁷s, la mayoría de edad laboral. Igualmente, a esta edad es reconocida mayoría de edad sanitaria conforme veremos con posterioridad. Es también reconocido a los 16 años en el Código Civil, el nacimiento del derecho a la emancipación en su artículo 317.
- Finalmente, a los 18 años es reconocida la mayoría de edad civil⁸⁸, penal⁸⁹, electoral⁹⁰, y contractual⁹¹ de todos los españoles.

4.2. El menor maduro en el derecho positivo.

Para la redacción de este apartado nos basaremos en el capítulo cinco de la obra de Bartolomé Tutor sobre los derechos de la personalidad del menor de edad: “Los derechos de la personalidad en el ámbito sanitario”, en el cual se realiza un análisis del traslado de la doctrina del “menor de edad” al derecho positivo a través del Convenio de Oviedo y la vigente LAP.

⁸⁵ BARTOLOMÉ TUTOR, A., “Los derechos de la personalidad en el ámbito sanitario”, *Los derechos de la personalidad del menor de edad*, cit, pp. 198-202.

⁸⁶ GONZÁLEZ MIRASOL, P., “Autonomía sanitaria del menor y responsabilidad médica”, Fiscal de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla – La Mancha, 2005, pp.13.

⁸⁷ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 29 de marzo de 1995).

⁸⁸ Artículo 12 CE y 315 CC.

⁸⁹ Artículo 1.1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de menores (BOE 13 de enero del 2000).

⁹⁰ Artículo 2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (BOE 20 de junio de 1985).

⁹¹ Artículo 1236 CC.

Es imprescindible para comprender la aplicación actual de esta doctrina realizar un análisis tanto del Convenio de Oviedo como de la LAP e identificar los inconvenientes derivados de su aplicación, así como la solución ofrecida tanto por la Fiscalía como por la doctrina científica a los problemas que la aplicación de ésta presenta.

El Convenio de Oviedo, que como se estudió anteriormente el Convenio de Oviedo es la primera norma internacional que establece un marco común para la protección de los derechos humanos en la aplicación de la medicina, regula en su artículo 5, la regla general referida al consentimiento de los pacientes a la hora de ser intervenidos, exigiendo tanto la necesidad de un consentimiento libre por parte del sujeto como el deber de informar a éste adecuadamente de los factores relevantes de la intervención (riesgos y consecuencias). No obstante, es el artículo 6.⁹² el que hace referencia a las personas sin capacidad para prestar el conocimiento previamente citado, exigiendo una reflexión acerca del grado de madurez del paciente menor de edad. Dicho Convenio parte de la idea de que la opinión del sujeto menor de edad va a ir adquiriendo mayor relevancia cuanto mayor sea su edad y capacidad.

Continuando con las premisas del Convenio de Oviedo, la LAP reconoce la capacidad del menor para prestar su consentimiento en el artículo 9.3 siempre y cuando sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, ya que en caso contrario el consentimiento se deberá prestar por sus representantes. Igualmente se ha de estudiar el artículo 9.4⁹³ donde la LAP el cual establece que, en el caso que se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no hayan sido declarados incapaces por sentencia judicial, ni sean incapaces intelectual o emocionalmente para comprender el alcance de la intervención, no cabrá la representación a la hora de prestar consentimiento salvo que se trate de una situación de grave riesgo para el paciente.

⁹² Artículo 6 Convenio de Oviedo: *“Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento. 2. Cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley. 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.”*

⁹³ Artículo 9.4 LAP: *“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.”*

Como consecuencia de lo anterior, González Mirasol⁹⁴ afirma la existencia de dos tipos de mayoría de edad sanitaria: simple y cualificada.

- a. Simple: Todo menor que haya cumplido los 16 años, ya que goza de independencia sanitaria y tiene capacidad plena para aceptar o rechazar información y tratamientos clínicos
- b. Cualificada: Comienza a los 18 años cuando el sujeto adquiere autonomía para consentir en materia de interrupción voluntaria de embarazo, la práctica de un ensayo clínico, y la practica de una técnica de reproducción asistida⁹⁵.

Concluyendo con lo expuesto, se puede afirmar que en el ámbito sanitario es necesario determinar el grado de madurez de los menores por los profesionales de la salud. La cuestión no es baladí por lo que nos planteamos una pregunta ¿Cómo se determina la madurez del menor?⁹⁶

4.3. Proceso de determinación de la madurez del menor.

Aránzazu Bartolomé afirma que a la hora de determinar el grado de madurez del menor es necesario destacar que el desarrollo del menor es un proceso progresivo en el cual intervienen factores tanto inherentes al propio sujeto como externos al mismo⁹⁷.

4.3.1. La psicología y las decisiones sanitarias.

Son muchos los psicólogos que han realizado diferentes test de capacidad sanitaria, pero, para el presente estudio, sea elegido el estudio de Drane, el cual presentó una escala móvil para determinar los niveles de competencia de los sujetos, teniendo en cuenta distintos supuestos de hecho e incluyendo en su estudio a los pacientes menores de edad.

⁹⁴ GONZÁLEZ MIRASOL, P., “Autonomía sanitaria del menor y responsabilidad médica”, cit, 2005, pp.38.

⁹⁵ Art 9.5 LAP: “La práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

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

⁹⁶ BARTOLOMÉ TUTOR, A., “Los derechos de la personalidad en el ámbito sanitario”, *Los derechos de la personalidad del menor de edad*, cit, pp. 212.

⁹⁷ BARTOLOMÉ TUTOR, A., “Los derechos de la personalidad en el ámbito sanitario”, *Los derechos de la personalidad del menor de edad*, cit, pp. 212.

En opinión de Drane, la determinación de la competencia, generalmente, se focaliza en las capacidades mentales del paciente (cognitivas y volitivas). Conforme al modelo de escala móvil planteado por el autor, en función de la severidad de las medidas, los estándares de competencia se tornan cada vez mas estrictos⁹⁸.

En el siguiente cuadro se muestran los distintos niveles de competencia definidos por DRANE en función de tres estándares, así como las decisiones médicas a adoptar de cara. Al consentimiento del paciente:

<p>ESTÁNDAR 1:⁹⁹ Tratamientos sencillos y efectivos.</p>	<p>Criterios de competencia:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Conciencia básica de la situación - Asentimiento de la propuesta <p>Competencia: Niños (10 años), ¹⁰⁰retraso mental leve, demencia senil leve e intoxicación</p> <p>Incompetencia: Inconscientes comatosos y pacientes en estado vegetativo persistente</p> <p>Decisiones médicas posibles:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Consentimiento de tratamientos eficaces en caso de alto beneficio y bajo riesgo. - Rechazo de tratamientos ineficaces en los mismos casos que el consentimiento (beneficio alto/riesgo bajo)
---	--

⁹⁸ DRANE, J., "The many faces of competency; The greater the risk, the stricter the standard". *The Hastings Center Report*, Vol.15, n.2, 1985, pp.17-21.

⁹⁹ El primer estándar es el menos estricto a la hora de dar consentimiento ya que se aplica en la toma de ciertas decisiones consideradas como no peligrosas. En cuanto a los criterios exigidos para prestar consentimiento en el primer estándar diferenciado por Jame Drane, el conocimiento satisface al componente cognitivo mientras que, el asentimiento, el componente volitivo del consentimiento.

¹⁰⁰ Jame Drane incluye a los menores a partir de 10 u 11 años en este nivel, sin perjuicio de los establecido en la correspondiente legislación vigente en relación con el consentimiento informado.

<p style="text-align: center;">ESTÁNDAR 2:¹⁰¹ Tratamientos menos seguros.</p>	<p>Criterios de competencia:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Comprensión de la situación médica. - Capacidad de elección basada en las expectativas de los profesionales médicos. <p>Competencia: Adolescentes mayores de 16 años, sujetos que padecen un retraso mental leve y con trastornos de personalidad.</p> <p>Incompetencia: Trastornos emocionales severos, fobias al tratamiento y alteraciones cognitivas.</p> <p>Decisiones médicas posibles:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Consentimiento de tratamientos eficaces. - Rechazo de tratamientos ineficaces.
<p style="text-align: center;">ESTÁNDAR 3¹⁰²: Tratamientos peligrosos.</p>	<p>Criterios de competencia:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Comprensión reflexiva y crítica de la enfermedad. - Decisiones racionales. <p>Competencia:</p>

¹⁰¹ En lo que se clasifica como estándar dos, Drane habla de tratamientos menos seguros. En este caso y con dicha denominación hace referencia a una serie de supuestos: cuando el diagnóstico es dudoso y la condición es crónica, cuando existe un diagnóstico certero, pero tratamiento más dudoso o cuando hay alternativas diferentes. En estos casos, el paciente debe comprender los riesgos de su estado, debe comprender las condiciones de su tratamiento para ser capaz de ponderar los riesgos y llegar así a una decisión deliberada.

¹⁰² El criterio más estricto de competencia se encuentra en el estándar tres, hace referencia a aquellas decisiones sobre tratamientos con cierto grado de peligrosidad, engloba una decisión hasta un punto irracional para el paciente que puede incluso ser amenazante para su vida. En el nivel que nos encontramos se requiere que el paciente aprecie lo que está eligiendo, requiere el grado más alto de comprensión incluyendo una decisión emocional.

	<p>Adultos (mayores de 18 años), enfermos perfectamente reflexivos y sujetos con madurez suficiente.</p> <p>Incompetencia: Pacientes indecisos y con trastornos de personalidad cambiante o histerias.</p> <p>Decisiones médicas posibles:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Consentimiento de tratamientos eficaces. - Rechazo de tratamientos ineficaces.
--	--

No obstante, encontramos una clara objeción a este modelo de escala móvil, ya que ésta se puede entender como una limitación a la voluntad de los pacientes y, en ocasiones, se puede dar el caso de no respetar sus decisiones pero, es necesario, de alguna forma, limitar las competencias de los pacientes a la hora de tomar ciertas decisiones para las que no se vean capacitados por lo que, lo que el autor pretende con el mostrado estudio es justificar el nivel de capacidad de los pacientes, es decir, en lugar de limitar su libertad, salvaguardar su autonomía.

Pero, continuando con la opinión de Bartolomé Tutor, no podemos olvidar que el *quid* de la cuestión es determinar la capacidad y madurez del menor en cada caso concreto ya que, ésta puede verse influenciada en cada caso no solamente por los factores destacados por Drane sino, de igual forma, por diferentes factores de carácter emocional, familiar o moral que, de igual forma han de tenerse en cuenta por los facultativos encargados de discernir el nivel de madurez de los sujetos¹⁰³.

4.3.2. Papel del médico responsable.

Como ya ha sido mencionado en diversas partes del presente estudio, la responsabilidad de determinar el grado de madurez del menor de edad recae sobre los facultativos que lo

¹⁰³ BARTOLOMÉ TUTOR, A., “Los derechos de la personalidad en el ámbito sanitario”, *Los derechos de la personalidad del menor de edad*, cit, pp 218.

atienden por lo que, su intervención, cuando se enfrentan a pacientes menores de edad, no se limita a lo estrictamente médico. No obstante, la intervención de una tercera persona, el representante del menor es imprescindible debido a que, el facultativo debe poner en conocimiento de éstos toda la información necesaria para que estén debidamente informados y así puedan adoptar las decisiones que mejor se ajusten al interés del menor y asumir su deber de cuidado de estos.¹⁰⁴

Los facultativos se enfrentan, por lo tanto, a dos problemas: determinar la madurez del sujeto y resolver posibles problemas derivados de la colisión entre la opinión del menor y sus progenitores.

En cuanto al primer problema mencionado, la dificultad a la que se enfrentan los facultativos es la inexistencia de una escala válida de determinación de la capacidad de los menores de edad la cual determine si las personas menores presentan las aptitudes necesarias para calificarlas como maduras en el ámbito sanitario, independientemente de su edad¹⁰⁵.

A la hora de determinar la capacidad del menor, lo más razonable es realizar una valoración global donde el facultativo debe tratar no solo el grado de madurez del menor a través de un diálogo serio, honesto y sincero con el menor, sino que también es importante obtener una visión de las circunstancias y contexto en el que el menor debe tomar la decisión ya que, las circunstancias tanto familiares como personales pueden ser decisivas a la hora de valorar la capacidad.¹⁰⁶ Como consecuencia, TERRIBAS considera que la tarea de determinar la madurez debería ser llevada a cabo por el médico de cabecera del menor, ya que tendrá un trato más cercano y fructífero al tener un conocimiento del contexto en el que vive el menor, no obstante, en la mayoría de los casos la madurez es valorada por profesionales desconocidos para el menor¹⁰⁷.

¹⁰⁴ BARTOLOMÉ TUTOR, A., “Los derechos de la personalidad en el ámbito sanitario”, *Los derechos de la personalidad del menor de edad*, cit, pp 219.

¹⁰⁵ SIMÓN LORDA, P., “Marco ético y jurídico general”, *El final de la vida en la infancia y la adolescencia. Aspectos éticos y jurídicos en la atención sanitaria*, Junta de Andalucía. Consejería de Salud, Sevilla, 2011, pp.40.

¹⁰⁶ SIMÓN LORDA, P., “Marco ético y jurídico general”, *El final de la vida en la infancia y la adolescencia. Aspectos éticos y jurídicos en la atención sanitaria*, Junta de Andalucía. Consejería de Salud, Sevilla, 2011, pp. 10-46.

¹⁰⁷ BARTOLOMÉ TUTOR, A., “Aproximación a los derechos de la personalidad”, *Los derechos de la personalidad del menor de edad*, cit, pp.221, Vid, TERRIBAS, N., “Aportaciones de los profesionales”, en Corcoy Bidasolo, M (Coord.), *Consentimiento por representación: cuestiones problemáticas*, pp.135.

5. LA FIGURA DEL REPRESENTANTE LEGAL. SITUACIONES DE CONFLICTO.

Como ya se mencionó en numerosas ocasiones, el artículo 9.3 de la LAP recoge una serie de supuestos en los que el consentimiento es prestado por representación.¹⁰⁸ Estos supuestos requieren la concurrencia, por un lado, de una causa legal de falta de aptitud para consentir, junto con la existencia de personas vinculadas al paciente, cuya adecuación para decidir es reconocida por la ley.¹⁰⁹

Este tipo de consentimiento especial otorgado por los representantes se denomina “consentimiento por representación” y se puede dar tanto en el caso de que se trate de un paciente menor de edad, como de un mayor incapacitado¹¹⁰.

Especial relevancia tiene el apartado c) del citado artículo 9.3 de la LAP, según el cual se reconoce el consentimiento por representación en aquellos casos en los que el paciente menor de edad “no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención”. Como afirma Sancho. Gallardo, es de destacar que, a sensu contrario, entendemos por capacidad natural el juicio suficiente en la comprensión de la situación y la capacidad de asumirla y tomar decisiones.

En estos supuestos de incapacidad para consentir del paciente menor de edad es necesario analizar dos factores relevantes para la toma de decisiones por parte de su representante: Quién debe asumir la toma de decisiones y cómo debe llevarse a cabo.

5.1. Quién debe decidir.

En función a lo establecido en la ley, a falta de capacidad natural, la decisión corresponde a aquellos que ostenten su representación legal, siendo éstos los que deben decidir sobre el menor. Como regla general, el consentimiento es prestado por los padres, no privados de la patria potestad, el tutor o, en su defecto, el defensor judicial, y en el caso que el

¹⁰⁸ El artículo 9.3 de la LAP reconoce el consentimiento por representación en los siguientes casos:
“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.”

¹⁰⁹ SANCHO GARGALLO, I., “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado”, *InDret*, nº209, pp.22.

¹¹⁰ SIMÓN LORDA, P., “Marco ético y jurídico general”, *El final de la vida en la infancia y la adolescencia. Aspectos éticos y jurídicos en la atención sanitaria*, cit, pp. 10-46.

menor fuese declarado en situación de desamparo, la entidad pública correspondiente actuará como representante legal¹¹¹.

La relación entre el personal sanitario y los responsables del menor será importantísima en el caso de ausencia de capacidad natural del menor ya que, primero se produce una relación entre el médico y el paciente y, en el momento en el que considere la ausencia de capacidad, el facultativo debe proporcionar a los familiares una información concreta, ayudándoles siempre en la toma de las decisiones adecuadas y enfocadas a buscar el beneficio del menor de edad.

5.2. Criterios a emplear para la toma de decisión.

Toda persona que tome una decisión en representación de un tercero debe actuar buscando siempre el mayor beneficio de la persona representada y respetando su dignidad. Para ello el representante del menor, antes de adoptar una decisión, deberá tener en cuenta tres cuestiones:

- Los deseos del paciente menor de edad ya que, como se especificó con anterioridad, el menor siempre tiene derecho a ser oído, tras ser correctamente informado de su estado de salud. La edad a partir de la cual su opinión debe ser obligatoriamente tenida en consideración son los 12 años.
- En aquellos supuestos en los que el menor, por encontrarse en un estado grave, no pueda prestar su opinión, el representante debe atenerse a lo que el menor hubiera deseado si ahora pudiese comunicarlo.
- Lo que, tanto en opinión del representante como del facultativo, se considere más beneficioso para el menor¹¹².

5.3. Situaciones de conflicto de intereses.

Como consecuencia de la prestación del consentimiento por representación, pueden darse situaciones de conflicto entre los intereses del menor y los de sus progenitores o representantes. A continuación, se analizarán las tres situaciones de conflicto de intereses más comunes:

¹¹¹ SANCHO GARGALLO, I., “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado”, *InDret*, nº209, pp.22.

¹¹² SIMÓN LORDA, P., “Marco ético y jurídico general”, *El final de la vida en la infancia y la adolescencia. Aspectos éticos y jurídicos en la atención sanitaria*, cit, pp. 10-46.

- **Supuestos de rechazo por parte del menor maduro de un tratamiento vital:**
En el caso de que se trate de un menor de 16 años, es obligación del facultativo médico determinar su grado de madurez y, por lo tanto, la validez de su consentimiento. En la opinión de Ojeda Rivero, el cual se apoya de igual forma en autores como Abellán Salort (2008) o Parra (2003), en estos casos son contrarios a la validez del consentimiento prestado por el menor¹¹³. En el momento que el rechazo del tratamiento vital deriva de un menor con 16 años cumplidos, conforme a lo establecido en la 9.4 LAP, no cabe consentimiento por representación salvo situaciones de “*grave riesgo para la vida o salud del menor*”, lo que se presenta, en ocasiones, como un límite a la autonomía del menor mayor de 16 años que se encuentra en estado grave.
- Otro supuesto de conflicto de intereses es aquel que se da en ciertos casos en los que existe **duda a cerca de la madurez del menor de 16 años y, su opinión, discrepa de la de sus progenitores o representantes legales**. En este caso, se acudirá a lo dispuesto en la legislación civil, la cual permite al médico instar resolución judicial en aquellos casos que exista discrepancia en la decisión y pueda suponer un peligro para la vida del menor.¹¹⁴ En este supuesto es de destacar la citada previamente Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002.
- Por último, se plantea la situación de **conflicto de opiniones ente los progenitores y el médico**: En este caso, es necesario actuar en consideración al mayor beneficio para la salud del menor¹¹⁵.

En estos casos de conflicto es de nuevo necesario destacar la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, donde, en primer lugar, los facultativos se enfrentan a una situación de discrepancia con los progenitores del menor de edad, entonces los facultativos solicitan una autorización judicial, la cual les autoriza la intervención, por considerar que es lo más beneficioso para el menor. Una vez admitido el tratamiento por parte de los progenitores, es el propio paciente menor de edad el que se opone a recibir un tratamiento vital.

¹¹³ OJEDA RIVERO, R., “El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo”, *InDret, revista para el análisis del derecho*, 2015, pp. 17, vid,

¹¹⁴ RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, F, J., “El menor de edad y el proceso de toma de decisiones en el ámbito sanitario. Análisis de la cuestión en menores y sus representantes”, cit.,pp.140-156.

¹¹⁵ RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, F, J., “El menor de edad y el proceso de toma de decisiones en el ámbito sanitario. Análisis de la cuestión en menores y sus representantes”, cit.,pp.140-156.

6. CONCLUSIONES.

Como se mencionó al comienzo del presente estudio, el objeto del mismo es conocer e interpretar la problemática derivada de la toma de decisiones médicas sobre pacientes menores de edad.

Gracias a la investigación llevada a cabo a través de una profunda revisión de la literatura, se alcanzan una serie de conclusiones con el fin de satisfacer los objetivos predeterminados.

Podemos observar como a lo largo de la historia, la relación existente entre médico-paciente ha evolucionado conforme a los cambios producidos en la sociedad. Hasta la segunda mitad del siglo XIX, el modelo de conducta médica se basaba en una relación paternalista donde el profesional sanitario decidía en nombre del paciente sin tener en consideración sus deseos u opiniones, siendo a partir de la segunda mitad del siglo XIX, cuando comienza a considerarse al paciente como titular de una serie de derechos. Por lo tanto, desde el nacimiento de la medicina, la relación entre la autonomía del paciente y minoría de edad se ha visto claramente limitada por la existencia de un modelo de conducta paternalista que, como consecuencia de la evolución social y normativa, se ha convertido en un modelo basado en la autonomía individual.

En España, la LGS, que entró en vigor en 1986, regulaba de forma genérica la protección de la salud sin profundizar en el reconocimiento de la autonomía del menor, si bien como consecuencia de la promulgación del Convenio de Oviedo, fue necesario adaptar a éste la normativa nacional, para incorporar a ella los principios que el Convenio recogía. Como consecuencia de esta adaptación se promulga la vigente LAP, en la que se regulan los derechos y deberes tanto del paciente como del profesional sanitario.

La citada LAP reconoce el derecho del menor tanto a ser informado de los tratamientos y actuaciones médicas de que puede ser objeto, como la necesidad de oír al menor y obtener su consentimiento a los mismos, si bien, ante este reconocimiento de los derechos del menor surge el problema de determinar cuando estos pacientes menores de edad son competentes para ejercer dichos derechos, o por el contrario necesitan de complementar su capacidad con la de sus representantes legales.

La determinación del grado de capacidad y competencia corresponde al médico encargado de cada caso y, es necesario que, a la hora de valorar a competencia de un menor para tomar decisiones en el ámbito sanitario se tengan en consideración tres factores: su grado de madurez, la gravedad de la decisión y el contexto y las circunstancias en las que el facultativo debe tomarse la decisión.

Para la determinación del grado de madurez los autores han acudido a la doctrina del menor maduro.

Esta teoría del menor maduro se fundamenta en reconocer a favor del menor de edad una presunción *iuris tantum* de capacidad y madurez, la cual le permite tomar de forma autónoma decisiones que afecten tanto a su salud como a su integridad física y moral. Esta teoría se aplica a aquellos pacientes menores que, como consecuencia de una serie de factores, son considerados moralmente capaces para intervenir con responsabilidad y, como consecuencia, como “agente” activo en el proceso de concesión del consentimiento. En cuanto a la determinación de este grado de competencia necesario, no existe una escala que determine la edad exacta en la que el menor pueda considerarse maduro, por lo que, es el propio profesional sanitario que conozca del caso el que deba determinar la capacidad del menor de edad para comprender la información y consentir.

Por último, es necesario destacar que en aquellos supuestos en los que no exista dicha capacidad o competencia del menor, son sus representantes legales los que deben decidir en su nombre, siempre y cuando sean capaces de comprender plenamente la situación del menor y de adoptar la decisión que más le beneficia.

El reconocimiento de la autonomía del paciente menor de edad ha evolucionado en paralelo a la ampliación de la capacidad de obrar de los menores de edad, a los cuales se les reconoce cada vez un ámbito mayor de actuación con independencia de la tutela de sus representantes, pasando de ser sujetos totalmente pasivos de las relaciones jurídicas en las que eran parte al tener cada vez una intervención más relevante en las mismas.

La autonomía del paciente menor de edad no es sino una manifestación más de la autonomía de la voluntad de los menores, por lo cual la evolución futura de aquella dependerá en buen grado de como progrese ésta.

7. REFERENCIAS.

7.1. Legislación.

Constitución Española de 1978.

Código Civil de 1889.

Código de Deontología Médica. Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos. Julio, 2011.

Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH): Declaración proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 (III).

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE 29 de abril de 1986).

Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE 26 de julio de 1984).

Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia (BOE 9 de febrero de 2011).

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 (BOE 15 de noviembre de 2002).

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE 17 de enero de 1996).

Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (BOE 20 de junio de 1985).

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de menores (BOE 13 de enero del 2000).

Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (BOE 19 de enero de 2008).

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 29 de marzo de 1995).

7.2. Jurisprudencia.

Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority (1986) AC 112.

Jerry W. Canterbury appellant, v. William Thornton Spence and The Washington Hospital Center, a body corporate, appellees. United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit. May 19, 1972.

Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio.

Sentencia Tribunal Constitucional núm. 37/2011, de 28 de marzo. Recurso de Amparo núm. 3574/2008.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 3/2001 (Sala de lo Civil), de 12 de enero. Recurso de Casación núm. 3688/1995.

7.3. Obras doctrinales.

BARTOLOMÉ TUTOR, A., “Aproximación a los derechos de la personalidad”, *Los derechos de la personalidad del menor de edad*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 77-104.

BARTOLOMÉ TUTOR, A., “Los derechos de la personalidad en el ámbito sanitario”, *Los derechos de la personalidad del menor de edad*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp.197-264.

BEAUCHAMP, T., CHILDRESS, J., *El respeto de la autonomía*, 4ª ed. Barcelona, 1999.

BERROCAL LANZAROT, A, I., “El consentimiento informado y la capacidad del paciente para prestarlo válidamente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, vol. 5, 2004, pp.11-123.

CRIADO DEL RIO, M, T., *Aspectos médico legales de la historia clínica*, Zaragoza, 1999.

CURBELO PÉREZ, D., “Principio de autonomía, menores y práctica clínica”. Tesis doctoral. Universidad Nacional de Estudios a Distancia. 2013, pp. 11-38.

DOMINGO MORATALLA, A., “Adolescencia y menor maduro. La autonomía personal, un desafío a la moral profesional”, De los Reyes, M., Sánchez, M., (ed), *Bioética y Pediatría. Proyectos de vida plena*, Sociedad de Pediatría de Madrid y Castilla-La Mancha, 2010.

DRANE, J., “The many faces of competency; The greater the risk, the stricter the standard”. *The Hastings Center Report*, Vol.15, n.2, 1985.

DWORKIN, G., “Paternalism” en Wasserstrom, R. (ed.), *Morality and the law*, Wadsworth Publishing Co., Belmont 1971, pp. 107-126.

DWORKIN, G., *Theory and practice of autonomy*, Cambridge, 1988.

ESQUERDA ARESTÉ, M., MIQUEL FERNÁNDEZ, E., “El consentimiento informado del menor de edad: evaluación de la competencia para decidir sobre la salud”, De los Reyes, M., Sánchez, M., (ed), *Bioética y Pediatría. Proyectos de vida plena*, Sociedad de Pediatría de Madrid y Castilla-La Mancha, 2010, pp. 367-373.

GARCÍA ORTEGA, C, CÓZAR MURILLO, V, ALMENARA BARRIOS, J., “La autonomía del paciente y los derechos en materia de información y documentación clínica en el contexto de la Ley 41/2002”, *Revista española de salud pública*, nº4, 2004, pp. 469-479.

GONZÁLEZ MIRASOL, P., “Autonomía sanitaria del menor y responsabilidad médica”, Fiscal de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla – La Mancha, 2005.

LÁZARO, J., GRACIA, D., “La relación médico-enfermo a través de la historia”, *Anales del sistema sanitario de Navarra*, vol.29, sup. 3, 2006, pp. 7-16.

MARTINEZ HERNÁNDEZ, J., “Historia clínica”, *Cuadernos de bioética*, vol. 17, nº 1, 2006, pp.57-68.

RAWLS, J., *Theory and practice of autonomy*, Oxford, 1971.

RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, F, J., “El menor de edad y el proceso de toma de decisiones en el ámbito sanitario. Análisis de la cuestión en menores y sus representantes”. Tesis doctoral. Universidad de Murcia. Murcia: 2015, pp. 105-118.

SANCHEZ JACOB, M., “El menor maduro”, *Boletín de pediatría*, vol. 45, n. 193, 2005.

SANCHO GARGALLO, I., “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado”, *InDret*, nº209, pp. 5.

SEBASTIÁ ALCÁCER, M, D., “La edad como condicionante del derecho: el caso del paciente menor”. Tesis doctoral. Universidad de Valencia. Valencia, 2014, pp. 22-58.

SIMÓN LORDA, P., “Marco ético y jurídico general”, *El final de la vida en la infancia y la adolescencia. Aspectos éticos y jurídicos en la atención sanitaria*, Junta de Andalucía. Consejería de Salud, Sevilla, 2011.

SLAVCHEVA MARKOVA, A., “El derecho de autodeterminación del menor maduro en el ámbito de la salud”, *Bioderecho*, n.6, 2017, pp. 1-27.

TERRIBAS, N., “Aportaciones de los profesionales”, en Corcoy Bidasolo, M (Coord.), *Consentimiento por representación: cuestiones problemáticas*.

TORRALBA ROSELLÓ, F., “Los límites del principio de autonomía. Consideraciones filosóficas y bioéticas.”, 2000.