

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE MENOR DE EDAD. PROBLEMAS DERIVADOS DE UN RECONOCIMIENTO DE SU CAPACIDAD DE OBRAR CON DISTINTAS INTENSIDADES

Josefa Cantero Martínez
Profesora Titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Castilla-La Mancha.
Josefa.Cantero@uclm.es

1. PLANTEAMIENTO INTRODUCTO- RIO: LAS EDADES DEL MENOR.

El previo consentimiento del paciente a cualquier actuación médica constituye uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento sanitario, tal como se recoge expresamente en el artículo 2 de la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*. Sólo se pueden llevar a cabo intervenciones médicas sobre el cuerpo del paciente después de que éste haya sido previamente informado de la finalidad que persigue dicha intervención e ilustrado sobre las ventajas, riesgos, consecuencias e inconvenientes de la misma. Únicamente si existe este conocimiento previo, el paciente puede libremente elegir y expresar su consentimiento al respecto.

Evidentemente, este derecho a la elección o al consentimiento informado presupone que el paciente reúne unas determinadas habilidades y facultades que le permiten comprender el significado y alcance de sus actos, que posee determinadas aptitudes de comprensión y discernimiento. Por ello, cuando estas facultades para comprender y consentir no existen o están disminuidas, como sucede con los menores, nuestro ordenamiento exige que esa merma sea suplida por los padres o tutores del menor. Pues bien, en este trabajo me propongo analizar una concreta vertiente de la capacidad de obrar del paciente menor de edad, esto es, su facultad o aptitud para ejercitar algunos de los derechos sanitarios de que es titular. Me centraré únicamente en la cuestión relativa a su capacidad para la adopción de decisiones que afectan a su salud, esto es, en el régimen del denominado consentimiento informado.

Las relaciones cotidianas en las que el menor requiere los servicios del médico de atención primaria no suelen plantear grandes problemas jurídicos en la medida en que en ellas se presume un consentimiento tácito y automático que permite actuar al facultativo y legitima su actuación. El problema surge y adquiere especial relevancia jurídica cuando la intervención del profesional sanitario es más intensa y requiere una actuación directa sobre el cuerpo del menor. En estos casos tiene una importancia esencial el consentimiento del paciente que, con arreglo a su autonomía individual y al libre desarrollo de su personalidad, se convierte en sujeto receptor del acto médico pues, sin esta libre concurrencia de voluntades, la actuación del médico queda deslegitimada y puede ocasionar su responsabilidad jurídica, incluso la penal. Acontece, no obstante, que la respuesta que da nuestro ordenamiento jurídico a esta cuestión, tratándose de menores, no es tan clara como hubiera sido deseable.

El primer problema con el que topamos al analizar esta materia se plantea por la necesidad de compatibilizar las normas civiles, que son las que establecen el régimen jurídico general de la capacidad de obrar del menor, con las normas sanitarias, que son las que especifican esta capacidad en el ámbito de la salud. Sucede, sin embargo, que no existe una única manifestación general de la capacidad de obrar, sino que en el propio Código Civil existen diferentes tratamientos de ella dependiendo del tipo de actividades que se pretendan realizar¹. Como regla general, se ha establecido que la capacidad de obrar se adquiere automáticamente al llegar a la mayoría de edad, esto es, al cumplir los dieciocho años. Así de claro y contundente se muestra el art. 315 del CC al establecer que el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil. Hasta ese momento, son los padres o tutores del menor los que complementan esa falta

de capacidad, salvo que se trate de actos relativos a derechos de personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo. El consentimiento informado formaría parte de esos derechos de naturaleza personalísima que, en principio, sólo puede ejercitar el menor por sí mismo (art. 166 del CC).

Para ciertas actuaciones, no obstante, nuestro ordenamiento civil exige una edad mayor. Es lo que sucede, por ejemplo, con la adopción, pues demanda que al menos uno de los adoptantes tenga veinticinco años (art. 175). Para otras actuaciones se ha rebajado la edad hasta los catorce años, tal como ocurre con la capacidad para testar (art. 663.1) o incluso para contraer matrimonio si existe una previa dispensa judicial (art. 48 del CC). Asimismo, los menores que a partir de los dieciséis años estén emancipados están capacitados para regir su persona y bienes como si fueran mayores de edad, aunque también están sometidos a ciertas limitaciones que exigen la intervención de sus padres o curadores para la realización de actividades de gran trascendencia jurídica, como pueden ser la suscripción de préstamos, la venta de inmuebles, de empresas o, en general, de objetos de extraordinario valor (art. 323).

El ordenamiento, pues, gradúa la capacidad de obrar del menor según su madurez y según la importancia de los actos a realizar. Acontece, sin embargo, que la normativa civil, tal como acabamos de apuntar, excluye la representación legal de los padres para los actos relativos a derechos de la personalidad de sus hijos de acuerdo, eso sí, con las leyes y con sus condiciones de madurez. A partir de ahí, se ha interpretado por algunos civilistas que este precepto consagra un ámbito de capacidad de obrar general del menor conforme a su capacidad natural, esto es, a su aptitud volitiva e intelectual, de modo tal que si el menor tiene capacidad natural y no se encuentra imposibilitado para manifestar su voluntad, sólo su consentimiento podría legitimar el acto médico. La elección de un determinado tratamiento médico o su negativa a someterse al mismo no podría ser suplida por la voluntad de los padres, y ello porque el acto de autorizar una intervención en la integridad física de una persona es un acto personalísimo, que formaría parte de lo que la normativa civil denomina como “derechos de personalidad”. La única cautela

¹ Para profundizar sobre el tema, nos remitimos, entre una copiosa doctrina, a JORDANO FRAGA, Francisco, “La capacidad general del menor”, *Revista de Derecho Privado*, 1984; GÓMEZ PAVÓN, P., *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, editorial Bosch, Barcelona, 1994, pág. 94. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001; GARCÍA GARNICA, M^a del Carmen, *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.

sería comprobar que, en atención a sus circunstancias personales, el menor ostenta capacidad natural para prestar el consentimiento informado². Obviamente esto supone trasladar al profesional sanitario una gran carga que resulta muy difícil de acreditar y que puede tener importantísimas consecuencias, pues podría derivar en una eventual exigencia de responsabilidad, ya no sólo patrimonial, sino incluso penal. En este sentido, puede decirse que la tendencia que está mostrando nuestro legislador en los últimos años hacia un mayor reconocimiento de la autonomía del menor resulta poco compatible con el grado de seguridad jurídica que debe envolver la actuación del profesional sanitario.

Para mitigar este marco de incertidumbre jurídica, la normativa sanitaria contemplada en la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica de autonomía del paciente y de los derechos y deberes en materia de información y documentación clínica*, ha precisado la “mayoría de edad sanitaria” a los dieciséis años, aunque con importantes excepciones. Según lo dispuesto en el art. 9.3.c), se otorgará el consentimiento por representación:

“Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”.

Aunque la redacción de este precepto no es tan clara como hubiera sido deseable, puede interpretarse que también el legislador sanitario ha querido graduar la capacidad sanitaria del menor de edad en función de su grado de madurez y de la importancia de la intervención. Como regla general, la capacidad legal para disponer sobre la propia salud se ostenta a partir de los dieciséis años. Este es el

único umbral de seguridad jurídica que ha previsto el legislador para configurar las relaciones entre el médico y el paciente menor de edad, aunque para tomar decisiones de gran relevancia, como son las relativas a intervenciones de gran riesgo, el otorgamiento de voluntades anticipadas o las que implicarían el sometimiento del menor a ensayos clínicos, tratamientos de fertilidad o abortos, existe una remisión directa a las reglas generales de capacidad, esto es, a la mayoría de edad. El mismo tratamiento recibirá el menor de edad emancipado. Si el menor de dieciséis años es capaz “intelectual y emocionalmente” de comprender el alcance de la intervención, también parece desprenderse que podrá él mismo otorgar el consentimiento sin la intervención de sus padres o tutores, aunque la redacción de la ley es poco clara en este punto. Si no es así, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. En estos casos, pues, el ordenamiento jurídico no confiere al paciente la facultad de gobernar sus propios intereses y, por tanto, tampoco la potestad de decidir las cuestiones relativas a su salud. Se comprende que deben ser los padres o tutores quienes decidan y otorguen el consentimiento por representación, aunque nuestro ordenamiento ha conferido a los menores el derecho a ser previamente oídos si tienen más de doce años.

Ante este panorama no son pocas, ciertamente, las dudas que se plantean y que obligan a realizar una interpretación integradora de ambos ordenamientos, el civil y el sanitario. ¿Existe algún límite para los padres o tutores a la hora de tomar decisiones relativas a la salud de sus hijos? ¿Se pueden rechazar tratamientos médicos, aunque ello pueda suponer la muerte del menor? ¿Qué valor ha de darse a la opinión del menor mayor de doce años? ¿En qué criterios debe basarse el médico para decidir que el paciente menor de edad es capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de una intervención? Todos estos interrogantes no hacen sino situar al profesional sanitario en una posición de notable incertidumbre jurídica.

Pues bien, en las siguientes páginas nos proponemos desbrozar algunas de estas cuestiones para intentar esclarecer el régimen de capacidad sanitaria del menor. Este análisis adquiere un especial interés debido al variado marco jurídico de capacidades que ha previsto nuestro legislador, que resul-

² GARCÍA GARNICA, M^a del Carmen, El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.

ta especialmente confuso en el caso de rechazo de tratamientos médicos, toda vez que en estos supuestos la respuesta ni siquiera está expresamente contemplada en el texto de la ley, sino que hay que encontrarla en la interpretación realizada por nuestros jueces y tribunales, esto es, en la jurisprudencia. A todo ello habría que añadir otro factor más de dificultad, el que deriva de las distintas normativas autonómicas, que han venido a completar este marco, a veces a esclarecerlo y, en ocasiones, a establecer ciertas particularidades en el régimen de capacidad del menor para determinadas actuaciones médicas. Como buena prueba de ello, puede traerse a colación el *Decreto 49/2009, de 3 de marzo, de protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y de creación del Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad en Andalucía*. En este caso, para el válido otorgamiento del consentimiento se aumentan considerablemente los deberes jurídicos del médico, que deberá garantizar que la información que recibe el menor es completa, objetiva y adaptada a sus necesidades y desarrollo madurativo. Sobre él recaerá también la obligación de asegurarse de que el menor que pretende someterse a una operación de cirugía estética dispone de suficiente madurez mental para su correcta valoración. Para ello se requiere realizar un previo examen psicológico del menor a los efectos de determinar su grado de madurez. Dicho informe tendrá que ser incorporado a su historia clínica y ser valorado por el médico, quien determinará finalmente la pertinencia o no de la intervención, así como la idoneidad del menor para someterse a la operación estética.

2. LA EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO LEGAL DEL MENOR EN LOS ÚLTIMOS AÑOS.

Antes de seguir avanzando en nuestro análisis, conviene tener en cuenta, no obstante, que la negación y las limitaciones que establece el ordenamiento civil a la capacidad de obrar del menor no responde a una finalidad limitativa o por sí misma restrictiva. No se trata de reprimir al menor o de mantenerlo gratuitamente bajo la jerarquía de los padres o tutores. Su finalidad es primordialmente tuitiva o protectora del menor, dada su inexperiencia, su natural falta de madurez y su dependencia

personal y patrimonial de los padres o tutores³. Por ello, los representantes legales quedan legitimados para ejercer por sustitución este derecho personalísimo, aunque buscando siempre el bienestar y la protección de la persona sustituida.

Desde este planteamiento, resulta fácilmente comprensible que la letra b) del originario artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad se estableciera directamente la obligación del médico de solicitar de los padres o del tutor legal el consentimiento para poder tratar a un menor de edad. En realidad, este artículo no se pronunciaba expresamente sobre esta materia, sino que se limitaba a establecer que, cuando el usuario no estuviera capacitado para tomar decisiones, el consentimiento previo debía ser otorgado por sus familiares o personas allegadas. No se contemplaba expresamente ninguna posibilidad de que el menor pudiera intervenir en la adopción de decisiones relativas a su salud, aunque algunos autores habían interpretado que si los menores reunían condiciones de madurez suficientes y su capacidad de juicio y entendimiento les permitía entender el alcance del acto médico debían ser ellos mismos quienes otorgaran su consentimiento, tal como se deduciría del propio artículo 162 del Código Civil. Otros autores, por el contrario, habían realizado una interpretación excesivamente exagerada de este precepto al entender que, al no señalar la ley ninguna edad, debía mantenerse la mayoría de edad civil, pues cuando la regulación civil ha querido modificarla lo ha hecho expresamente.

En todo caso, es resaltable el avance que se ha producido en estos años en materia de capacidad de obrar del menor. El régimen del paciente menor de edad ha ido experimentando una significativa evolución, aunque no exenta de problemas, toda vez que nuestro legislador ha graduado finalmente su capacidad de obrar en función de su madurez y edad. Ello, por otra parte, parece una solución

³ Entre otros muchos autores, resaltan esta idea JORDANO FRAGA, Francisco, "La capacidad general del menor", *Revista de Derecho Privado*, 1984; GARCÍA GARNICA, M^a del Carmen, *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004; PARRA LUCÁN, María Ángeles, "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español!", *Aranzadi Civil* número 2, 2003.

razonable, toda vez que la minoría de edad abarca un amplio período de tiempo (desde el nacimiento hasta los dieciocho años) durante el cual se va construyendo y desarrollando la capacidad natural del menor y, parece obvio, que la capacidad natural de un menor de pocos años no es la misma que ostenta un adolescente de dieciséis. En coherencia con ello, a medida que el menor va creciendo y desarrollándose, tanto física como intelectualmente, la legislación sanitaria le ha ido reconociendo un mayor ámbito de autonomía y válida actuación pues, evidentemente, no es lo mismo tratar a un niño de tres años que a un menor que está emancipado o que está a punto de cumplir la mayoría de edad. Su capacidad natural no es la misma. Por ello, la buena lógica y el respeto que siempre se ha de otorgar a la autonomía de la persona aconsejaban tener en cuenta las circunstancias personales del menor y, sobre todo, su grado de madurez para atenuar de esta manera y en la medida de lo posible el grado de interferencia de los padres en la esfera de libertad de sus hijos.

Esta misma idea fue recogida en la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*, que propugna la promoción de la autonomía del menor cuando ello sea posible. Esta norma ha supuesto ciertamente un punto de inflexión en esta materia al marcar el paso de una visión estrictamente “protectora” del menor hacia otra “promocional” o de fomento de su autonomía que, como no podría ser de otra manera, se ha visto reflejada en la legislación sanitaria. El problema es que no resulta nada fácil lograr un equilibrio adecuado entre esta nueva tendencia promocional de la autonomía del menor, por una parte, con la visión exclusivamente protectora que hasta ahora había tenido el régimen previsto por el legislador sanitario y, por otra, con la seguridad jurídica que requiere el médico para desarrollar su labor profesional, tal como después veremos. Por lo demás, este cambio de filosofía fue tempranamente recogida en algunos textos que, aunque tenían carácter internacional, adolecían, no obstante, de la importante virtud de ser jurídicamente vinculantes y obligatorios para los distintos ordenamientos jurídicos. Así, por ejemplo, el artículo 5 de la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los derechos del paciente de septiembre de 1981 disponía que incluso si el paciente es menor de edad “debe participar en las decisiones al máximo que lo permita su capacidad”.

Este importante obstáculo de la falta de obligatoriedad de las previsiones contempladas en estos textos, sin embargo, desapareció con el *Convenio de Oviedo para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina de 4 de abril de 1997*, toda vez que en dicho texto –elaborado en el seno del Consejo de Europa– se contempla expresamente la obligación de los Estados firmantes de adoptar en sus legislaciones internas las medidas que sean necesarias para dar aplicación a lo dispuesto en dicho convenio. Pues bien, dentro de estas obligaciones, y con la intención siempre de lograr el máximo grado posible de respeto a la autodeterminación de las personas, el artículo 6.2 del Convenio dispone como regla general que cuando un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, autoridad o de una persona o institución designada por la ley, aunque la opinión del menor debe ser tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez.

Si tenemos en cuenta que dicho convenio fue ratificado por el Estado español y que desde el mes de enero del año 2000 le resulta vinculante, llamaba la atención que el legislador estatal no hubiera contemplado expresamente la necesidad de que también la voluntad de los menores fuera tenida en cuenta por el médico como un importante factor decisivo en aquellos supuestos en los que, a juicio del médico, el menor de edad demostrara poseer un importante grado de discernimiento y madurez, esto es, lo que en el ámbito civil se conoce como capacidad natural. Esta falta de regulación resultaba especialmente significativa si teníamos en cuenta que esta posibilidad ya había sido explícitamente recogida en la última reforma que se realizó del Código de Ética y Deontología Médica en el año 1999 y que algunas legislaciones autonómicas que se habían promulgado en los últimos años en materia sanitaria ofrecían ya una regulación bastante más detallada y completa que la estatal respecto al consentimiento del menor. No resultaba en modo alguno lógico que algo tan importante como el derecho a la autonomía del paciente menor de edad fuera objeto de un trato tan desigual dependiendo exclusivamente de la Comunidad Autónoma de residencia.

La necesidad de respetar el derecho a la autodeterminación del paciente, aunque éste no haya alcanzado todavía la mayoría de edad, la suscripción de los textos de carácter internacional que prevén su intervención en la toma de decisiones médicas y la necesidad de lograr cierto grado de homogeneidad en algo tan importante como los derechos de los pacientes que, no olvidemos, entroncan directamente con algunos derechos fundamentales, hacían absolutamente necesaria la intervención del legislador estatal en esta materia⁴. El objetivo no era otro que el de elaborar una normativa que, con carácter de norma básica, estableciera un tratamiento más uniforme y respetuoso con el principio de autodeterminación en todo el territorio nacional. Y esto es básicamente lo que vino a hacer la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y deberes en materia de información clínica, de la que nos ocuparemos seguidamente.

3. EL RÉGIMEN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL MENOR DE EDAD EN LA LEY DE AUTONOMÍA DEL PACIENTE.

La actual regulación del consentimiento del menor refleja una nueva concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y dotados de cierto grado de autonomía para la toma de decisiones relativas a su salud. Tal como se puso de manifiesto en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996, el desarrollo legislativo postconstitucional refleja esta tendencia al introducir la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad. “El conocimiento científico actual permite concluir que no existe una

diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos”, pues se ha entendido que sólo de esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Por otra parte, la idea de que el menor “debe ser escuchado si tuviere suficiente juicio” se ha ido trasladando y afianzando en las distintas parcelas del ordenamiento jurídico, incluida la sanitaria. Esta idea introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos, de tal forma que las limitaciones que pudieran establecerse deben interpretarse de forma restrictiva.

Sucede, no obstante, que el legislador ha graduado la relevancia que el médico debe dar a la voluntad de su paciente en virtud de determinadas variables, como son las relativas a su edad, a su grado de madurez mental y, sobre todo, a la relevancia de la intervención médica lo que, sin duda, lo sitúa automáticamente ante un marco de cierta complejidad jurídica. Efectivamente, si el paciente es menor de edad y no es capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, el consentimiento se presentará por representación. Serán en estos casos sus representantes legales, esto es, sus padres o tutores, quienes tomen la decisión y, en consecuencia, presten el consentimiento informado. La única indicación que al respecto nos da el legislador se refiere a la necesidad de que esta decisión sea adecuada a las circunstancias concretas del caso y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del menor y con respeto a su dignidad personal. En estos supuestos también nos especifica el art. 9.5 de la Ley 41/2002 que el paciente menor participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. No obstante, si el menor tiene doce años cumplidos deberá ser escuchada su opinión, aunque, al igual que ocurría en el supuesto anterior, nuestro ordenamiento no nos dice qué valor tendrá que darle el pediatra a su opinión ni cuál prevalecerá en caso de que ésta no coincida con la de sus representantes legales o, incluso, con la del médico.

Por último, se establece una tercera categoría que no está exenta de problemas. Nos referimos a

⁴ Esta tendencia gradual al reconocimiento de los derechos del menor y de su autonomía se ha visto también reflejada en la propia doctrina del Tribunal Constitucional, que ha venido reconociendo la necesidad de respetar los derechos del menor en función de su edad, especialmente si se trata de derechos fundamentales. En este sentido, puede traerse a colación su Sentencia de 18 de julio de 2002 o de 29 de mayo de 2000, en las que explicitó que el ejercicio de sus derechos fundamentales no puede abandonarse por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales deberá modularse en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar.

los supuestos de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos. En este caso se ha producido una sustancial rebaja de la mayoría de edad sanitaria, toda vez que ya no cabe prestar el consentimiento por representación. Será el propio paciente el que tome las decisiones y preste su consentimiento, salvo que se trate de una actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, en cuyo caso los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente. La interrupción voluntaria del embarazo -al menos por el momento-, 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. Veámoslo con algo más de detalle.

A) EL RECONOCIMIENTO DE LA CAPACIDAD DE OBRAR SANITARIA A LOS DIECISÉIS AÑOS. LA FIJACIÓN DEL UMBRAL DE MADUREZ DEL MENOR Y SUS MÚLTIPLES EXCEPCIONES.

La Ley 41/2002 pretende hacerse eco de esta nueva concepción del menor y trasladarla al ámbito de las relaciones médico-paciente. Su artículo 9 viene precisamente a contemplar con carácter básico una regulación bastante más acorde con el respeto al derecho a la autonomía del paciente legalmente incapaz o menor de edad aunque, no obstante, en algunos aspectos de esta nueva regulación se siguen vislumbrando ciertas connotaciones propias de una concepción todavía excesivamente paternalista de la medicina. Su principal novedad consiste en disponer una rebaja de la mayoría de edad en materia sanitaria al fijarla en dieciséis años.

Ha previsto el legislador, efectivamente, que en los casos de menores emancipados y adolescentes de más de dieciséis años les corresponde a ellos mismos otorgar el consentimiento para someterse a cualquier tipo de intervención médica. Se les reconoce capacidad obrar, aunque no plena, como ahora veremos. La doctrina ha advertido de los riesgos que supone partir sin más del criterio cronológico en los pacientes menores de edad, sin ningún tipo de aclaración, pues la clave se encuentra en la presencia en el menor de condiciones de madurez suficientes, de capacidad natural, lo que no siem-

pre guarda relación directamente proporcional con su edad, sino que debe analizarse en cada caso concreto, dada la patente variabilidad existente en esta materia en los distintos sujetos⁵. En este sentido, podría resultar una herramienta muy útil el examen psicológico de madurez del menor para someterse a determinado tipo de intervenciones, tal como se ha hecho, por ejemplo, en Andalucía para las operaciones de cirugía estética de los menores, aunque, obviamente, la inversión de tiempo que ello requiere y los gastos que provocaría en el sistema público sanitario harían inasumible la generalización de este modelo.

El reconocimiento de la capacidad de obrar sanitaria a los dieciséis años tiene, sin embargo, importantes excepciones. La primera de ellas se refiere a la posibilidad de prever de forma anticipada los tratamientos a los que desearía someterse el menor en caso de encontrarse en una situación futura en la que no pudiera él mismo consentir, esto es, aceptar o rechazar tratamientos. El artículo 11 de la Ley de autonomía del paciente niega a los menores de edad la posibilidad de realizar documentos de instrucciones previas. Como ha señalado GARCÍA GARNICA, ciertamente llama la atención la exclusión de estos supuestos, pues la naturaleza jurídica del consentimiento informado no varía por el hecho de que éste lo emita anticipadamente o no. A mi juicio, sin embargo, ya no se trata únicamente de un problema de inmutabilidad de la naturaleza jurídica del consentimiento, sino de las graves consecuencias que de dicho documento se pueden derivar. Pensemos, por ejemplo, en una desconexión de un respirador automático o el rechazo a someterse a técnicas de reanimación. En estos casos, el supuesto de hecho sería equiparable al de la negativa del menor a someterse a tratamientos vitales que, como después señalaremos, se aparta del régimen general de autonomía del menor y se somete a importantísimas cautelas.

La segunda excepción afecta a aquellos supuestos en los que el médico tenga que realizar una actuación de grave riesgo. En estos casos, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente. Esta solución puede crear importantes problemas prácticos en caso

⁵ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001.

de discrepancia entre la opinión de los padres y la de los hijos mayores de dieciséis años o emancipados en la medida en que no determina el valor que el médico ha de otorgar a la opinión de los padres ni proclama con exactitud a quién corresponde en estos casos la “toma de la decisión correspondiente”. Lo único claro que se deduce de este precepto es la existencia de un mandato para que la opinión de los padres “sea tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”, pero ¿a quién va dirigido este mandato? Si la opinión de los padres ha de ser meramente tenida en cuenta es porque el legislador no ha querido atribuirles la adopción de la decisión final. Si tal es el caso, resultaría curioso que el legislador no haya seguido lo que es su tónica general en esta regulación de los límites a la autonomía del menor y haya previsto la automática sustitución de su voluntad por la de sus padres.

Tampoco este mandato parece que vaya destinado al menor, toda vez que sería absurdo proclamar, por un lado, la autonomía del menor y al mismo tiempo, y por otro lado, obligarle a que en la prestación de su consentimiento tuviera que tener en cuenta la opinión de sus padres. Todo parece apuntar, pues, a que en estos casos y paradójicamente la última decisión estará en manos del propio médico. De ser ello así, la medida resultaría ciertamente paradójica, pues si con la nueva regulación se ha pretendido lograr un mayor grado de respeto a la autonomía de los menores limitando los supuestos en que su voluntad es sustituida por la de sus padres, no tendría sentido cambiar su voluntad por la de los propios facultativos. A la vez que ello podría ser foco de importantes problemas jurídicos, toda vez que el importante grado de discrecionalidad que se le otorgaría al médico y la falta de criterios orientadores para la adopción de la decisión final fácilmente podrían dar argumentos para una eventual exigencia de responsabilidad del facultativo en caso de que la intervención no lograra los resultados esperados. Ésta es, al menos, la solución que parece haberse apuntado en Andalucía para el sometimiento de los menores a operaciones de cirugía estética, toda vez que, a la vista del informe de madurez realizado por el psicólogo, será finalmente el facultativo quien determinará la pertinencia o no de la intervención (art. 5.6 del Decreto 49/2009, de 3 de marzo).

La tercera excepción expresa al principio de autodeterminación del menor emancipado o mayor

de dieciséis años se refiere a los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo, realización de ensayos clínicos o sometimiento a técnicas de reproducción asistida. En todos estos casos, la nueva regulación tendrá un papel meramente supletorio según lo previsto en la Disposición Adicional Segunda, pues se aplicará la normativa específica que resulte de aplicación y, en todo caso, se considerará la mayoría de edad conforme a la regulación civil. A estos supuestos, habría que añadir también otros muchos que no aparecen expresamente contemplados en la Ley de autonomía del paciente, sino en su correspondiente normativa sectorial. Ello sucede, por ejemplo, con el trasplante de órganos, la esterilización y la cirugía transexual, toda vez que el artículo 156 del Código Penal impide que el menor pueda prestar su consentimiento, ni siquiera aunque reúna condiciones de madurez suficientes. También la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, exige que el consentimiento sea otorgado por representación cuando sea un menor el que se somete a cualquiera de las técnicas de investigación biomédica, condicionando su empleo al respeto de la dignidad del menor y en beneficio siempre de su salud. Se le reconoce, eso sí, un derecho a “participar” a lo largo del proceso de investigación en la medida de lo posible y según su edad y capacidad para la toma de decisiones (art. 4.2).

Se trata, en definitiva, de connotaciones paternalistas del nuevo modelo que nos permiten concluir que, en realidad, el reconocimiento de la autodeterminación del menor va a ser muy relativo en las intervenciones médicas que tengan una considerable importancia. Es más, cabría plantearse hasta qué punto habría que conceder valor a la autonomía de un menor que se oponga a un tratamiento cuando ello implique poner en peligro su salud y su vida. Si para aquellos otros actos el ordenamiento jurídico niega validez a su consentimiento, con mayor motivo habrá que negar relevancia a su decisión cuando ello pueda suponer una seria lesión para su salud o integridad física.

Recientemente ha vuelto a resurgir el debate acerca de la conveniencia de seguir manteniendo el aborto como una excepción del nuevo régimen de capacidad del paciente mayor de dieciséis años y la necesidad de converger hacia otros modelos europeos que permiten la práctica libre de abortos a chicas menores de dieciséis años sin el consen-

miento de los padres. Me refiero al *Proyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo* (publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A de 2 de octubre de 2009), cuya Disposición Final Segunda pretende modificar la Ley 41/2002 con el fin de que la prestación del consentimiento para la práctica de una interrupción voluntaria del embarazo se sujete al régimen general previsto en esta ley y eliminar la excepcionalidad establecida en este caso. Si sale adelante dicho proyecto en estos mismos términos, supondría el aborto libre durante las primeras catorce semanas de gestación, no sólo para las chicas de más de dieciséis años, sino también para las de menor edad con tal que sean intelectual y emocionalmente capaces de comprender el alcance de la intervención y tengan más de 12 años⁶.

Con el nuevo régimen se pretende seguir la propuesta realizada por la *Subcomisión de la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados sobre la reforma de la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en el marco de una nueva norma sobre derechos y salud sexual y reproductiva*, publicada el 24 de febrero de 2009, que recomendó aplicar a la interrupción voluntaria del embarazo el mismo régimen que a las demás actuaciones médicas al entender que “no reviste una mayor gravedad que otras intervenciones clínicas y en la medida en que se refieren al espacio más íntimo de las personas”. A mi juicio, sin embargo, esta premisa resulta de dudosa aceptación. Buena prueba de que la interrupción voluntaria del embarazo no es una mera actuación sanitaria más es el hecho del régimen especial de información al que está sometida la válida prestación del consentimiento. La mujer, en este caso la menor, adoptará su decisión sólo tras haber sido informada de todas las prestaciones, ayudas y derechos a los que pue-

de acceder si desea continuar con el embarazo, de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales derivadas de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, así como de la posibilidad de recibir asesoramiento antes y después de la intervención. El Proyecto de Ley dispone un plazo de reflexión de al menos tres días y, además de exigir la claridad y objetividad de la información, impone condiciones para que ésta se ofrezca en un ámbito y de un modo exento de presión para la mujer.

En todo caso, no nos vamos a detener más en esta cuestión, no sólo porque la solución a este problema es sumamente compleja al ser muchos y muy distintos los intereses en juego que el legislador debe tutelar y, fundamentalmente, porque la cuestión depende de convicciones morales y religiosas que exceden de lo estrictamente jurídico⁷. En caso contrario, sobrepasaríamos con creces el objeto de este trabajo. No obstante, tal vez sería recomendable que en este caso el legislador no se limitará sin más a incluir esta materia en el régimen general del consentimiento del menor de edad pues, como estamos viendo en este trabajo, resulta excesivamente complejo y presenta importantes márgenes de inseguridad jurídica para el profesional sanitario, especialmente para la franja de edad comprendida entre los 14 y los 16 años. Y si decidiera hacerlo, que al menos lo haga en unos términos más expresos y certeros, fijando criterios de edad más seguros que eviten el riesgo del médico de incurrir en responsabilidad,⁸ especialmente en

⁷ En el fondo de este debate existe también un problema jurídico de compatibilidad de estas restricciones con los principios generales recogidos en el Convenio de Oviedo. Por un lado, porque dichos límites al principio de autodeterminación del menor no aparecen contemplados en el Convenio y, por otro, porque su artículo 26 dispone que el ejercicio de los derechos contenidos en el Convenio no podrá ser objeto de otras restricciones que las previstas por ley que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad pública, la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud pública o la protección de los derechos y libertades de las demás personas.

⁸ Resulta curioso observar que el objetivo expresamente confesado por el legislador orgánico en su Exposición de Motivos no sea otro que el de reforzar “la seguridad jurídica en la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo pues, tal como ha puesto de manifiesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 20 de marzo de 2007, “en este tipo de situaciones las previsiones legales deben, en primer lugar y ante todo, asegurar la claridad de la posición jurídica de la mujer embarazada”. No tendría sentido que en la

⁶ Desde determinados sectores se ha apuntado a la necesidad de que se reconozca al menos a los padres el derecho a ser informados de la petición de interrupción voluntaria del embarazo presentado por las menores de edad, especialmente si tienen menos de dieciséis años, a efectos de valorar su madurez. Con ello se trataría de armonizar el derecho a decidir sobre el aborto de la mujer menor con las facultades de orientación y consejo que derivan de la patria potestad, aunque no sería tampoco desacertado que dicho derecho de información cediera en aquellos casos de violencia doméstica acreditada, desarraigo familiar, agresiones y abusos sexuales u otros graves incumplimientos de los deberes de la patria potestad.

este caso en la responsabilidad penal que prevé el art. 144 del Código Penal, que castiga al profesional que produzca el aborto de una mujer sin su consentimiento con una pena de prisión de cuatro a ocho años y de inhabilitación especial de tres a diez años para ejercer cualquier profesión sanitaria. Nos encontramos ante una materia en la que los profesionales necesitan que el legislador perfile umbrales de edad con mayor seguridad jurídica y marque criterios seguros para que puedan ejercer su actividad sin incurrir en responsabilidad.

En cualquier caso, dejando al margen este debate sobre el aborto y volviendo a nuestro hilo conductor, podría cuestionarse incluso la falta de coherencia interna del sistema que a veces demuestra el modelo previsto por nuestro legislador, pues no podemos olvidar que la institución civil de la “capacidad de obrar” ha respondido siempre a una filosofía protectora del menor, dada su falta de capacidad natural o de conocimiento, su inexperiencia, su dependencia personal y patrimonial de sus padres y, sobre todo, su falta de madurez intelectual y volitiva. Por ello mismo, la nueva filosofía promotora o promocional de la autonomía del menor no puede desconocer su naturaleza jurídica tutelar o protectora. Es preciso armonizar ambos objetivos y, a la vez respetar el principio de seguridad jurídica que el legislador debe proporcionar al médico para el ejercicio de su actividad. Por ello mismo, parece perfectamente lícito y razonable, a mi juicio, que se establezcan cierto tipo de limitaciones al principio de la soberana autonomía del menor mayor de dieciséis años. Ahora bien, dicho esto, también parece un poco exagerado que en todos estos casos el legislador directamente y sin más haya sustituido la voluntad del menor por la de los padres, sin contemplar siquiera explícitamente la obligación al menos ser escuchado, de que su opinión pueda ser también tenida en cuenta o incluso la instauración de algún mecanismo judicial para la resolución del conflicto. Estas medidas hubieran permitido introducir algo más de coherencia en un modelo que proclama la libre determinación y autonomía del menor maduro, toda vez que en todos estos supuestos el menor estaría reci-

propia Exposición de Motivos de la Ley se intente justificar ésta precisamente en la necesidad de reforzar la posición jurídica de la mujer y que al mismo tiempo se introdujera al profesional sanitario en la marisma de inseguridad jurídica que supone a día de hoy el régimen del consentimiento de la mujer menor de edad.

biendo un trato peor que si tuviera menos de doce años, pues en este caso, aunque el consentimiento venga atribuido a su representante legal, existe el deber de escuchar al menos su opinión.

La sana lógica y el buen juicio nos llevarían también a esta solución, más que nada porque ello también podría derivarse de la interpretación del Convenio de Oviedo y del Código Civil. Ahora bien, desde parámetros de buena técnica jurídica hubiera sido deseable mayor claridad al respecto y que el legislador sanitario hubiera concretado explícitamente este derecho a ser oído también en estos otros supuestos. Esta solución tan drástica se aleja considerablemente de la idea del máximo respeto a la dignidad de la persona y a la libertad individual en que se concreta la nueva filosofía inspiradora de la reforma.

B) LA POSICIÓN DEL MENOR QUE SE ENCUENTRA ENTRE LOS DOCE Y LOS DIECISÉIS AÑOS. EN TODO CASO, SU DERECHO A SER OÍDO.

Mayor inseguridad jurídica presenta todavía el régimen del menor de dieciséis años que es capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. Aunque el art. 9.3 de la Ley 41/2002 no deja muy clara cuál es su situación, parece desprenderse que él mismo puede otorgar válidamente su consentimiento⁹. Si no

⁹ Para PARRA LUCÁN, por ejemplo, el art. 9.3 permite entender que en estos casos se excluye la representación de los padres si el menor es capaz de comprender el alcance de la intervención. Ahora bien, a juicio de la autora ello no significa que pueda prescindirse del consentimiento de los padres y contar sólo con el del propio menor. Esto último no parece razonable, y resulta preferible conciliar la regla con lo previsto en el ámbito del ejercicio del deber de guarda de los padres (arts. 154, 215, 216, 267 y 269 del Código Civil). En definitiva, pues, se excluiría la representación (es decir, no cabe que otro tome la decisión por el menor), pero no la intervención de los padres, que deberían prestar también su consentimiento, junto con el del menor, como manifestación del deber de velar por él. PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Op. Cit.* A mi juicio, sin embargo, no parece que ésta haya sido la voluntad del legislador en la redacción de este precepto, aunque ciertamente no falta lógica en esta argumentación, en la medida en que permite al menos armonizar la normativa civil de la representación con el nuevo régimen autónomo de la autonomía sanitaria del menor. Si ésta hubiera sido la intención del legislador, lo hubiera establecido expresamente. Si tal hubiera sido el caso, habría sido mucho más sencillo y clarificador exigir expresamente un doble consentimiento, el del menor y el de los padres o representantes legales. Más bien da la impresión

reúne estas condiciones de capacidad, el consentimiento lo otorgará su representante legal después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Es decir, la capacidad de obrar no se reconoce automáticamente, sino que dependerá del previo análisis que realice el médico acerca de la madurez y juicio del menor, lo que supone trasladar a este profesional de una importante carga de discrecionalidad que lo sitúa automáticamente en un marco de enorme incertidumbre jurídica. El único dato incontestable que proporciona este régimen es el reconocimiento del menor (mayor de doce años) de su derecho a ser oído. En este punto concreto el régimen del consentimiento del menor previsto en la Ley 41/2002 se nos muestra como una regulación soberana y completamente independiente del régimen general previsto en la normativa civil, que hace difícilmente compatible este régimen de autonomía del menor con el deber de los padres de cuidar de los hijos y de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante la minoría de edad, tal como se consagra en el art. 39.3 de nuestra Constitución y se detalla en la regulación civil sobre la representación legal.

El médico, por otra parte, debe informar adecuadamente al menor, toda vez que el artículo 5 de la Ley, tras atribuir al propio paciente la titularidad del derecho a la información asistencial, recalca este derecho incluso en caso de incapacidad. Sin desconocer, obviamente, el deber de información al representante, para hacer efectivo el derecho del menor a ser oído resulta completamente imprescindible reforzar y condicionar los deberes de información asistencial del médico, de tal forma que la información suministrada esté perfectamente adaptada a las circunstancias personales del menor, a su edad y madurez, esto es, deberá ser adecuada a sus limitadas posibilidades de comprensión y discernimiento. Mayores problemas presenta la determinación del valor que el pediatra ha de dar a la voluntad del menor, especialmente cuando éste discrepe de la decisión de los padres.

Con el reconocimiento de esta obligación de audiencia del menor, el legislador no ha hecho sino trasladar al ámbito sanitario la regulación general

de que el legislador ha querido atribuir al médico un importante grado de discrecionalidad para que sea él mismo quien se arriesgue en cada caso, so pena de incluir en responsabilidad, y decida a quién corresponde finalmente el otorgamiento del consentimiento informado.

prevista en el ámbito civil, confirmando así el carácter promocional de la autonomía del menor que inspira en la actualidad su régimen jurídico. Recordemos que desde el ámbito civil se obliga a los padres a oír a sus hijos menores de edad no emancipados antes de adoptar decisiones que les afecten si éstos tienen "suficiente juicio" (art. 154 del Código Civil). El derecho del menor a ser oído ha sido también consagrado por el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 183/2008, de 22 de diciembre, en la que ha estimado que resulta vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución) cuando en el proceso judicial no sea oído por el juez antes de la adopción de medidas que afecten a su esfera personal (en este caso, se trataba de la expulsión de un menor).

Recuerda el Tribunal que el derecho de los menores que estén en condiciones de formarse un juicio propio a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de representante o de un órgano apropiado, aparece recogido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (art. 12). En nuestro Ordenamiento, el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor reconoce el derecho de éste 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 (STC 22/2008, de 31 de enero). A mayor abundamiento, cita el Tribunal el art. 24.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de diciembre de 2007 (e íntegramente reproducida en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de junio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa), en que se establece que "los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez".

Parece, pues, indudable, la obligación del médico de tener en cuenta la opinión libremente expresada del menor. La dificultad, no obstante, se

plantea a la hora de determinar cuándo se puede entender que un menor tiene juicio suficiente, madurez mental. En el ámbito sanitario, sin embargo, parece que el legislador ha querido remarcar la edad de los doce años, posiblemente partiendo de la idea de que, con carácter general, a partir de los doce años puede entenderse que el menor tiene juicio suficiente y, en coherencia con la normativa civil, su opinión tendrá que ser oída por los padres y por su médico antes de tomar cualquier decisión que afecte a su salud.

La necesidad de escuchar al menor constituye una de las principales novedades que aporta la nueva regulación y que viene a ser una traslación al ámbito sanitario del derecho del menor a ser oído que consagró el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, según el cual, “ 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”. Esta nueva regulación, no obstante, no nos dice el valor que hay que darle a la opinión del menor mayor de doce años en aquellos supuestos en los que su opinión no coincida con la de su tutor o representante legal. Hemos de suponer que algún valor habrá de darse a dicha opinión, pues en caso contrario, no sólo no tendría ningún sentido el establecimiento de esta novedad, sino que tampoco sería ello compatible con la idea básica del respeto de la voluntad del paciente que inspira la reforma. En este sentido, hubiera sido deseable que al menos el legislador hubiera contemplado expresamente algún criterio orientativo, tal como el establecido, por ejemplo, en el artículo 6.2 del Convenio de Oviedo, a cuyo tenor, la opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y de su grado de madurez.

Esta indeterminación puede acarrear importantes problemas para el médico, toda vez que ante la discrepancia de criterios le resultará muy difícil tener la certeza de que su actuación médica va a estar legitimada por la válida prestación del consentimiento. A nuestro juicio, no obstante, no estaría de más que en estos casos el legislador hubiera aportado algún criterio orientativo, al menos semejante al contemplado en el Convenio de Oviedo o en la Declaración para la Promoción de los Dere-

chos de los Pacientes en Europa, que aclarara el valor que en estos casos ha de dar el médico a la opinión del menor y a la opinión de los padres o que, en último extremo, contemplara expresamente la necesidad de que la decisión final fuera sometida al juez para que éste dirimiera el conflicto y resolviera en todo caso adoptando la decisión más conveniente para la salud del menor. El punto 3.6 de dicha Declaración contempla expresamente que “si un representante legal no quiere dar el consentimiento y el médico es de la opinión que la intervención beneficia al paciente, la decisión debe someterse a tribunales o árbitros”. Las Comunidades Autónomas han venido a complementar esta regulación en un intento de esclarecer la posición del profesional sanitario ante tal eventualidad. Buena muestra de ello proporciona el artículo 4.1.k) de la Ley 8/2000 de Ordenación Sanitaria de Castilla-la Mancha, de 30 de noviembre. Parte de la regla lógica y general de que la voluntad del menor ha de ser tenida en consideración, en función de su edad y de su grado de madurez, de acuerdo con lo establecido en el Código civil. Ahora bien, ante la posibilidad de que puedan aparecer discrepancias entre la opinión de quienes actúen como representantes legales del menor y la institución sanitaria, ha previsto la obligación de someter dicha disparidad al juez para que sea éste el que decida en última instancia. Al menos se perfila de esta manera un marco de mayor seguridad jurídica para el pediatra.

C) LA FALTA DE CAPACIDAD DEL PACIENTE MENOR DE DOCE AÑOS Y SU AUTOMÁTICA SUSTITUCIÓN POR LA VOLUNTAD DE LOS PADRES O TUTORES. ESPECIAL REFERENCIA A LAS FACULTADES DE DECISIÓN DE ÉSTOS Y A SUS LÍMITES.

En realidad, el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002 se refiere genéricamente a esta categoría como a los “menores que no sean capaces intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención”. Nosotros, sin embargo, hemos optado por considerarla como una categoría distinta de la anterior en la medida en que en este caso, que por fuerza tendremos que reconducir a la figura del menor de doce años, no se ha reconocido explícitamente su derecho a ser escuchado. Otra cosa es que este derecho también pueda deducirse para estos menores de la normativa civil e incluso

de la cláusula de cierre del sistema que prevé el art. 9.5 de la Ley 41/2002. Siendo consciente de ello, y por razones puramente sistemáticas y de ordenación del discurso, he considerado útil hacer esta distinción basándome únicamente en este elemento: el reconocimiento explícito o no del derecho a ser oído.

Nuestro legislador sanitario ha considerado que en estos casos el paciente menor no es competente, ni intelectual ni emocionalmente, para comprender el alcance de las intervenciones sobre su salud. Por ello no les ha reconocido la capacidad legal necesaria para la adopción de decisiones sanitarias sobre su persona. Esta falta de capacidad es suplida directamente por sus padres o tutores, correspondiéndoles a ellos la prestación del consentimiento informado. Lo que legitima para intervenir en las acciones de estos menores es el hecho de que carecen de algunas capacidades cognitivas y emocionales requeridas para tomar decisiones completamente racionales. Ahora bien, ¿establece nuestro legislador algún tipo de límite al respecto o proporciona alguna orientación para los padres en el ejercicio de esta sustitución? La respuesta, a mi juicio, ha de ser positiva.

La primera pauta sería la actuación siempre en beneficio del menor. El artículo 9.5 de la Ley 41/2002, efectivamente, ha establecido una cláusula general de cierre del sistema de prestación del consentimiento por sustitución para el caso de los menores e incapaces. Tras reconocer la necesidad de que el paciente menor intervenga tanto como sea posible en la toma de decisiones, contempla determinados criterios orientadores de la decisión de la persona que ejerza la sustitución. En concreto, obliga a que la decisión que se adopte sea la más objetiva y proporcionada posible a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. Más explícito incluso que el legislador sanitario se manifiesta el artículo 154 del Código Civil que, tras atribuir la patria potestad de los menores no emancipados a los padres, obliga a ejercerla siempre “en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y con respeto a su integridad física y psicológica”. Estos criterios orientadores parecen albergar la necesidad de que la persona que sustituye tenga en cuenta el alcance de las consecuencias que el tratamiento médico puede ocasionar sobre la autonomía actual y futura del menor o del incapaz lo que, naturalmente, incluye

que, naturalmente, incluye una ponderación de los posibles efectos irreversibles que la intervención médica puede llevar consigo, en la medida en que los tratamientos que tiene tal carácter podrían llegar a condicionar determinados aspectos de la vida futura del menor o de la persona legalmente incapaz.

Cierto es que existen tratamientos ordinarios e intervenciones del médico que tienen poco impacto para la autonomía del niño, y de evidentes beneficios médicos para él. En estos casos parece claro que los padres pueden decidir por el hijo. Ninguna objeción se podría hacer al padre que fuerza a un niño de pocos años a ser vacunado contra una grave enfermedad. A pesar de la incomodidad relativa que le puede ocasionar al niño la vacuna, los beneficios de la misma para sus propios intereses son evidentes. Por ello, es razonable concluir que no se vulnera la autonomía del niño, a pesar de que éste se oponga de momento a la vacuna, por cuanto es lícito suponer que en el futuro, al llegar a la edad adulta, el hijo reconocerá la corrección de la intervención paternal. En estos casos se respetaría la autonomía del menor con base en lo que DWOR-KIN denomina “consentimiento orientado hacia el futuro”. Se trataría, por tanto, de un consentimiento sobre aquello que se supone que los hijos verán con beneplácito en el futuro, de hacer efectivo lo que los propios menores harían si fueran completamente capaces y racionales. Por el contrario, no resultaría admisible que un padre forzara a un hijo a someterse a una intervención médica que afecta profundamente a su autonomía y que no es urgente o absolutamente necesaria para el mantenimiento de su salud, tal como ocurriría, por ejemplo, si se sometiera al menor a una operación de cambio de sexo o a una cirugía plástica por motivos meramente estéticos. En estos casos, el padre estaría usurpando la autonomía de su hijo y modelando su vida, pues le estaría imponiendo unos criterios estéticos que el menor puede no compartir y que, en todo caso, no son necesarios para la conservación de su salud.

Nos adentramos, así, en el nada fácil problema de determinar si existe algún límite de decisión para los padres en relación con los tratamientos médicos de sus hijos menores de edad. Para comprender el alcance de esta trascendente cuestión nos puede resultar muy útil echar un vistazo a lo que ocurre en el Derecho comparado. En este sen-

tido, resulta especialmente ilustrativo el sistema colombiano y las soluciones aportadas por su jurisprudencia ante casos de hermafroditismo. La Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de 23 de octubre de 1995 ha evaluado con un especial detalle la importancia de respetar los derechos a la identidad, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad de los menores. De ello ha derivado la existencia de ciertos límites o pautas de actuación para los padres a la hora de adoptar decisiones médicas sobre sus hijos, proclamando que los niños no son propiedad de nadie, ni de sus padres ni de la sociedad, por lo que su vida y su libertad deben de ser de su exclusiva autonomía.

En el caso concreto, cuando el menor tenía apenas seis meses fue atacado por un perro y como consecuencia de dicha agresión sufrió una cerceñación de sus genitales. Los médicos del hospital propusieron e impulsaron a los padres, que eran prácticamente analfabetos, a autorizar una operación de reasignación de sexo. Una vez realizada dicha intervención -que más bien parecía un experimento-, el niño fue internado en la “Casa del Niño Dios”, un albergue de monjas donde se le dio la educación y orientación propia de una niña. Seis años después tuvo que someterse a una segunda operación de remodelación de los genitales externos femeninos, tal como requería su proceso de readecuación del cambio sexual. Con el paso del tiempo el menor comenzó a rebelarse contra los roles que le habían impuesto los tratamientos médicos y empezó a exigir el cambio del trato social, su cambio de nombre y se negó a tomar las pastillas prescritas por los médicos para aumentar sus senos. Fue entonces cuando el menor se personó ante el Personero Municipal con la intención de que en su nombre y representación interpusiera una acción de tutela contra el hospital y el médico que le practicó la operación, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por haber contribuido a que se efectuara el experimento y contra sus propios padres por haber autorizado la operación de su hijo. La tutela le fue finalmente concedida por la Corte Constitucional al estimar que se había producido una violación de los derechos fundamentales del menor.

Pues bien, ante esta situación se plantea el delicado problema de determinar el grado de autonomía del menor para concretar así hasta qué punto está permitido que una persona que no es el

propio paciente autorice una intervención, ¿cuáles son, por tanto, los límites de decisión de los padres en relación con los tratamientos médicos de sus hijos menores de edad?

La Corte llega a una decisión muy racional que consiste en hacer una ponderación en cada caso concreto de los principios en conflicto, esto es, del principio de autonomía, según el cual es el propio paciente el que debe consentir el tratamiento para que éste sea constitucionalmente legítimo, y el principio paternalista, en cuya virtud, el Estado y los padres deben proteger la salud y los intereses del menor. Para realizar esta delicada labor de ponderación considera la Corte que es preciso tener en cuenta tres factores. El primero y más fundamental de todos ellos se refiere a la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor, porque ante todo hay que adoptar la decisión más favorable al mantenimiento de la vida. En segundo lugar, debe valorarse la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño. Para ello, la Corte distingue entre intervenciones médicas ordinarias, que no afectan el curso cotidiano de la vida del paciente, e intervenciones extraordinarias, que se caracterizan porque “es notorio el carácter invasivo y agobiante del tratamiento médico en el ámbito de la autonomía personal, de suerte que se afecta de manera sustancial al principio de autodeterminación personal”. La ponderación de este segundo elemento requiere tener en cuenta obviamente los posibles efectos irreversibles que dicha intervención pueda tener en la vida del menor, en la medida en que los tratamientos médicos que tienen tal carácter predeterminan, en muchos aspectos, la vida futura del menor. Y por último, el tercer criterio que necesariamente ha de ser tenido en cuenta para la ponderación de los dos principios en juego se refiere a la edad y grado de madurez del menor, pues lógicamente no es igual la situación de un recién nacido que la de un adolescente que está a punto de alcanzar la mayoría de edad. Sólo la combinación de estos tres criterios permitiría adoptar la solución más razonable y conveniente para los intereses del menor, en la medida en que permitiría a los padres identificar los casos más extremos y, en consecuencia, les orientaría a la hora de otorgar el consentimiento.

En supuestos de este tipo, podría decirse que las medidas dejan de ser “paternalistas” para con-

vertirse en lo que la filosofía ética denomina “perfeccionismo”, esto es, en la imposición coactiva a los individuos de modelos de vida y de virtud contrarios a los que ellos profesan, lo cual obviamente contradice la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la persona que, como sabemos, constituyen los valores fundamentales del ordenamiento jurídico¹⁰.

Ello, por otra parte, tampoco encontraría amparo en el ejercicio de la patria potestad pues, según el art. 154 del Código Civil, entre las facultades que confiere su ejercicio a los padres está la de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes. Sin embargo, el art. 162 del Código Civil excluye de estas facultades el ejercicio de los derechos de personalidad del menor, en los que se encuadrarían, sin duda, este tipo de decisiones. Las facultades de sustitución de los padres en materia sanitaria han de hacerse siempre, no sólo en beneficio de los hijos, sino también de acuerdo con su personalidad y con respeto a su integridad física y psicológica, porque así lo exige el art. 154.1 del Código Civil.

En definitiva, pues, a pesar de la escasez de pautas para los padres que proporciona la legislación sanitaria, puede concluirse que las decisiones médicas tan trascendentales para el menor como pueden ser una reasignación de sexo, una cirugía estética o, en general, la denominada medicina satisfactiva, resultarían de muy dudoso amparo legal por ser escasamente respetuosas con su integridad física y psicológica, en suma, con sus derechos de personalidad. No plantearían tantos problemas jurídicos, por el contrario, las actuaciones médicas que tienen una clara finalidad terapéutica o curativa.

Ésta es pues, a mi juicio, la solución interpretativa menos restrictiva de la autonomía del menor y más respetuosa con sus derechos de personalidad, aunque hubiera sido deseable que esta interpretación la hubiera realizado el propio legislador en el texto de la Ley 41/2002 por razones de indudable seguridad jurídica.

¹⁰ DWORKIN, Gerald, “El paternalismo”, traducción realizada por Jorge Malem Seña y que aparece recogida en la obra titulada *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, obra dirigida y coordinada por Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo, Ariel, Barcelona, 1990.

4. CUESTIONES RELATIVAS AL RECHAZO DE LOS TRATAMIENTOS MÉDICOS. ¿EXISTE ALGÚN LÍMITE PARA EL MENOR O PARA SUS REPRESENTANTES LEGALES?

Nuestro modelo sanitario está regido por dos principios básicos. En primer lugar, el paciente tiene derecho a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles después de recibir la información adecuada, de modo tal que cualquier actuación en el ámbito de la salud requiere el previo consentimiento libre y voluntario del paciente. En segundo lugar, el paciente tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley (art. 2 de la Ley 41/2002). Pues bien, la cuestión que pretendo tratar en este punto es la relativa a la posibilidad que tienen los menores y, en su caso, sus representantes legales para negarse a recibir tratamientos médicos. Del tenor literal de los dos principios, así como del régimen de sustitución legalmente previsto, parece deducirse que éstos podrían libremente rechazar los tratamientos o intervenciones médicas propuestas a sus hijos menores, toda vez que explícitamente no se contemplan aquí excepciones. De la misma manera que otorgan el consentimiento por sustitución podrían, pues, negarse. Ahora bien, que esto sea así no significa que uno pueda tomar libremente decisiones sobre la salud de otro, aunque sea su hijo, especialmente cuando lo que está en juego es la propia vida y que no resulte aplicable el régimen general también en materia de sustitución.

Como apunta SEUBA TORREBLANCA, existe una pluralidad de razones por las que el paciente puede rechazar un tratamiento, desde las dudas de éxito de una intervención, las propias creencias religiosas, la valoración de los riesgos de un tratamiento, la falta de confianza en el médico, etc. Sin embargo, no todos estos motivos, que habitualmente se revisten como derechos de la personalidad, merecen la misma protección ni puede afirmarse con carácter previo que prevalecen sobre otros intereses que también sean dignos de protección por nuestro ordenamiento jurídico¹¹. Sí se puede afirmar que prevalecerán en todo caso los derechos de terceras personas por así

¹¹ SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, *Negativa a tratamientos médicos y tratamientos obligatorios*. Materiales del Master en Derecho Sanitario y Bioética de la Facultad de Derecho de Albacete, Universidad de Castilla-La Mancha, VI edición, 2009.

derechos de terceras personas por así contemplarlo expresamente el art. 9.2.a) de la Ley 41/2002, de modo tal que cabría someter forzosamente al menor a un tratamiento médico en contra de su voluntad cuando exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la ley.

En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas. De la misma manera, la *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, prevé la posibilidad de que el menor pueda ser sometido a internamiento terapéutico obligatorios cuando sean portadores de enfermedades transmisibles, padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad (artículos 7, 29 y Disposición Adicional Segunda de la Ley orgánica). En este caso, no obstante, tendrán que ser los Jueces de Menores los que acuerden las correspondientes medidas terapéuticas.

Al margen de estas situaciones excepcionales habilitadas por la correspondiente Ley Orgánica, la respuesta de nuestro ordenamiento al problema del rechazo al tratamiento médico habría que encontrarla, no sólo en el marco de limitaciones a la libre disposición de los padres que hemos mencionado en el epígrafe anterior y que se deduce del Código Civil, sino también en la interpretación realizada por nuestra jurisprudencia. Si ya esta cuestión del rechazo no resultaba en modo alguno pacífica tratándose de adultos, los problemas jurídicos aumentan todavía más cuando la negativa proviene de un menor de edad, especialmente si ello puede ocasionar la muerte o lesiones irreversibles en su integridad física (pérdida de órganos, de funciones, etc.)

La respuesta a la cuestión del valor que hay que dar a la voluntad del paciente, y más concretamente a la de sus padres o tutores, necesariamente ha de ser distinta, pues no es lo mismo disponer de la propia vida que disponer de una vida ajena. Así lo anticiparon tempranamente algunos autores¹² al considerar que la patria potestad, por mu-

chas facultades que atribuya, no da opción para rechazar cuidados o remedios que podrían salvar la vida del niño, pues la vida ajena juega aquí claramente como un límite al derecho de autonomía de la persona. En estos casos extremos aparece justificada la necesidad de actuar incluso en contra de la expresa voluntad del paciente menor de edad y la de sus padres, pues según consagra como principio general el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, “primará siempre el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. Es más, la propia Constitución atribuye la obligación de protección del menor a los poderes públicos en su artículo 39.

Esta solución ha sido corroborada por la jurisprudencia y por la propia doctrina del Tribunal Constitucional en su Sentencia de 18 de julio de 2002. En dicha Sentencia, como ya hiciera en su Sentencia 141/2000, de 29 de mayo, reconoce con carácter general que también los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad religiosa y a su integridad moral, “sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar”.

Para entender el alcance del pronunciamiento realizado en dicha Sentencia resulta indispensable analizar los hechos que motivan la interposición de este recurso de amparo. La Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 27 de junio de

transfusión de sangre en peligro de muerte, aún en contra de la voluntad del paciente?), en la *Revista del Poder Judicial*, nº 13, 1984; ROMEO CASABONA, C., *El médico y el Derecho Penal*, tomo I, editorial Bosch, Barcelona, 1981; SÁNCHEZ CARO, Jesús y SÁNCHEZ CARO, Javier, *Consentimiento informado y psiquiatría*, Editorial MAPFRE, Madrid, 1998; SANTOS MORÓN, M^a José, “Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002, de 18 de julio”, *La Ley*, 12 de diciembre de 2002; CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital*, Bomarzo, 2005; COBREROS MENDAZONA, Edorta, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1988.

¹² MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “Derechos fundamentales en tensión (¿Puede el juez ordenar una

1997 condenó a los padres de un menor Testigo de Jehová por un delito de homicidio con la circunstancia atenuante, muy cualificada, de obcecación o estado pasional. En este caso, el paciente, de 13 años de edad, había tenido un accidente con una bicicleta que le supuso entrar en una situación de alto riesgo hemorrágico, ante lo cual los médicos prescribieron una transfusión de plaquetas para neutralizarla. Los padres, ambos Testigos de Jehová, manifestaron que su religión no les permitía aceptar las transfusiones sanguíneas y por ello se negaron a autorizarla, rogando que al menor le fuera aplicado algún tratamiento alternativo distinto a la transfusión. Ante el peligro que corría la vida del menor, los facultativos solicitaron y obtuvieron una autorización por parte del Juzgado de Guardia. No obstante, cuando procedieron a realizarla se encontraron con que el menor “sin intervención alguna de sus padres, la rechazó con auténtico terror, reaccionando agitada y violentamente en un estado de gran excitación que los médicos estimaron muy contraproducente, pues podía precipitar una hemorragia cerebral”. Ante la negativa de los padres a intentar convencer a su hijo de la necesidad de la transfusión, el menor fue progresivamente empeorando hasta que la realización de la práctica transfusional se realizó demasiado tarde y no se pudo evitar su muerte. Los padres fueron acusados de un delito penal de homicidio (artículo 138 del Código Penal) en la modalidad de comisión por omisión dolosa por concurrir en ellos la condición de garantes (artículo 11.a del Código Penal) y existir nexo causal entre la omisión y el resultado.

Ante todos estos hechos, la Sentencia del Tribunal Supremo consideró que *“el adulto capaz puede enfrentar su objeción de conciencia al tratamiento médico, debiéndose respetar su decisión, salvo que con ello ponga en peligro derechos o intereses ajenos, lesione la salud pública u otros bienes que exigen especial protección”*. No obstante, *“muy distinta es la situación cuando la persona que requiere el tratamiento para salvar su vida o evitar un daño irreparable es un menor. En este caso es perfectamente legítimo y obligado ordenar que se efectúe el tratamiento al menor aunque los padres hayan expresado su oposición. El derecho a la vida y a la salud del menor no puede ceder ante la afirmación de la libertad de conciencia u objeción de los padres. Si éstos dejan morir a su hijo menor porque sus convicciones religiosas*

prohíben el tratamiento hospitalario o la transfusión de sangre se genera una responsabilidad penalmente exigible”. Argumenta su decisión en la especial posición de garante que tienen los padres respecto de sus hijos, que les atribuye el deber moral y legal de hacer todo lo que sea preciso para evitar cualquier situación que ponga en peligro su salud o su vida, estando, pues, obligados a proporcionar a sus hijos la asistencia médica que en cada momento precisen. A partir de esta argumentación, la cuestión inmediata que se plantea es la de determinar si la oposición rotunda de los hijos menores al tratamiento médico prescrito tiene entidad suficiente como para romper esta situación de garante de los padres, tal como ocurre en el caso contemplado en esta Sentencia del Tribunal Supremo. También aquí el Tribunal quiso ser muy explícito al respecto al establecer que *“la posición de garante de los padres no se ve afectada por el hecho de que el hijo, miembro de la misma confesión religiosa, también se opusiera a la transfusión de sangre. De hecho, el derecho positivo aporta expresivos ejemplos acerca de la irrelevancia del consentimiento u oposición de un niño de trece años de edad, máxime cuando, como en este caso, está en juego su propia vida”*.

La condena penal a los padres fue objeto de interposición de un recurso de amparo por violación del derecho a la libertad religiosa, lo que le ha permitido al Tribunal Constitucional en su Sentencia de 18 de julio de 2002 realizar importantes consideraciones sobre el derecho a la libertad religiosa y el significado constitucional de la oposición del menor a los tratamientos médicos. Parte el Tribunal, efectivamente, de que al oponerse el menor a la transfusión sanguínea “estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal –como distinto del derecho a la salud o a la vida– y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física”, pero ¿qué relevancia puede tener la oposición manifestada por el menor al tratamiento médico? El Tribunal recupera la doctrina sentada en su famosa sentencia sobre el aborto, en la que consideró el derecho fundamental a la vida como un valor superior del ordenamiento constitucional y supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible, lo que le permite concluir que la capacidad del menor respecto a determinados actos jurídicos no es por sí misma suficiente como para reconocer la

eficacia jurídica de un acto que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene como notas esenciales la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable.

Todas estas consideraciones llevaron al Tribunal a realizar una ponderación de los derechos fundamentales en conflicto para concluir finalmente en su Fundamento Jurídico 12 en que *“es inconcuso, a este respecto, que la resolución judicial autorizando la práctica de la transfusión en aras de la preservación de la vida del menor (una vez que los padres se negaran a autorizarla, invocando sus creencias religiosas) no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional, conforme a la cual es la vida un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional que tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. En definitiva, la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse en que el menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser”*.

Una vez sentado el principio de que la voluntad del menor amparada en su derecho a la libertad religiosa no vincula ni a los padres ni a la Administración si está en juego la vida del menor, se plantea el Tribunal si la posición de garante de éstos resulta afectada por el derecho a la libertad religiosa de los padres o, formulado en otros términos, si es sancionable su decisión de no autorizar la transfusión y de no convencer a su hijo para que consintiera el tratamiento. En estos casos, no se les puede reprochar a los padres desde el punto de vista constitucional su negativa a la autorización del tratamiento médico, toda vez que ello iría en contra de su derecho fundamental a la libertad religiosa, pero resulta perfectamente lícita que una autorización judicial sustituya en estos casos la voluntad del menor o su representante legal contraria al tratamiento médico prescrito.

De este pronunciamiento, a mi juicio, podría extraerse la conclusión de que, ante las decisiones médicas que son absolutamente relevantes para mantener la vida o integridad física del menor, no cabe el rechazo al tratamiento médico, ni de sus representantes legales ni mucho menos del propio

menor. No obstante, la Ley 41/2002 ha perdido la oportunidad de dar cobertura legal a esta solución jurisprudencial para introducir mayor claridad jurídica al respecto. Es más, la nueva rebaja de la minoría de edad puede incluso aumentar las razonables dudas que al profesional sanitario plantean este tipo de situaciones porque, ¿qué ocurriría si el paciente tuviera dieciséis años en vez de trece? A mi juicio, la mayor dosis de capacidad que se ha otorgado al adolescente no justificaría la alteración de los planteamientos que realizó el Tribunal Constitucional respecto a la prevalencia del derecho fundamental a la vida como presupuesto ontológico de todos los demás. A mayor abundamiento, hemos de recordar que también el legislador ha previsto importantes excepciones al reconocimiento de la capacidad de obrar sanitaria de estos pacientes. Dada su gravedad, bastaría con considerar que este supuesto es una nueva excepción de las expresamente contempladas en el artículo 9.4 de la Ley.

Por todo ello, llama la atención que la nueva regulación no contemple explícitamente la necesidad en estos casos tan extremos de recurrir al juez o incluso de habilitar para la intervención directa del médico. El Grupo Parlamentario Socialista presentó una enmienda que podía haber resultado bastante acertada para solucionar problemas de este tipo. En concreto, pretendía que se fijara expresamente la necesidad de que en los casos de sustitución se pudieran llevar a cabo las intervenciones indispensables desde el punto de vista clínico a favor de la salud del paciente, cuando los que hubieran de sustituir su voluntad se negaran injustificadamente a prestar el consentimiento, dejando constancia por escrito de todas estas circunstancias. No obstante, la enmienda no fue aceptada y el médico sigue moviéndose, en consecuencia, en un marco de completa inseguridad jurídica.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Primera. La imposibilidad de que el médico pueda practicar un acto médico sin el consentimiento del paciente y la libre decisión de éste basada en su autonomía personal son principios básicos de nuestro ordenamiento sanitario. Estos principios presuponen, no obstante, que el paciente posee determinadas capacidades de comprensión, juicio y discernimiento sobre el significado y al-

cance de sus actos. Cuando dichas facultades para comprender y consentir no existen o están disminuidas, como sucede con los menores, nuestro ordenamiento suple esa merma de capacidad de obrar con los padres o representantes legales del menor, trasvasándoles a ellos el otorgamiento del consentimiento por representación.

Este trasvase de capacidad hacia los padres, lejos de tener una finalidad restrictiva o limitativa de los derechos de los menores, tiene un marcado carácter tuitivo o protector del menor motivado por su inexperiencia, su natural falta de madurez y su dependencia personal y patrimonial de los padres o tutores. Ello justifica que los progenitores queden legitimados para ejercer por sustitución este derecho personalísimo, aunque buscando siempre el bienestar y la protección de sus hijos.

Segunda. La Ley 41/2002, de autonomía del paciente, ha establecido un nuevo marco jurídico para el reconocimiento de la capacidad de obrar del paciente menor de edad, permitiéndoles que puedan ejercitar los derechos sanitarios de los que son titulares y la adopción de decisiones válidas que afectan a su salud en virtud de su edad y del grado de madurez intelectual y emocional que poseen.

Dicha norma no hace sino seguir la estela marcada por distintos textos de carácter internacional y por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que propugnan la promoción de su autonomía cuando ello sea posible. Todo ello ha motivado un punto de inflexión en esta materia, pues ha supuesto el paso de una visión estrictamente “protectora” del menor hacia otra “promocional” o de fomento de su autonomía. Asimismo, se ha establecido el principio básico de la interpretación restrictiva de cualquier limitación que se pretenda establecer a la autonomía del menor. Sin embargo, no resulta nada fácil lograr un equilibrio adecuado, por una parte, entre esta nueva tendencia promocional y la visión exclusivamente protectora que hasta ahora había tenido el régimen previsto por el legislador sanitario y, por otra, con la seguridad jurídica que requiere el médico para desarrollar su labor profesional.

Tercera. El legislador ha graduado la relevancia que el médico debe dar a la voluntad de su paciente en virtud de determinadas variables, como son las relativas a su edad, a su grado de madurez

mental y, sobre todo, a la relevancia de la intervención médica lo que, sin duda, lo sitúa automáticamente ante un marco de cierta complejidad e incertidumbre jurídica. De esta forma, si el menor no es capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, el consentimiento se presentará automáticamente por representación, correspondiendo a sus representantes legales, esto es, sus padres o tutores, tomar las decisiones relativas a la salud de sus hijos. Si el menor tiene doce años cumplidos deberá ser escuchada su opinión, sin que el legislador especifique el valor que tendrá que dar el médico a su opinión ni cuál prevalecerá en caso de que ésta no coincida con la de sus representantes legales o, incluso, con la del médico. Por último, ha fijado un umbral objetivo de madurez en esta materia en los dieciséis años de edad. A partir de esta edad, será el propio menor el que decida sobre su salud.

Cuarta. La fijación de la mayoría de edad sanitaria en los dieciséis años está, no obstante, sometida a importantes excepciones contempladas, no sólo en el texto de la Ley 41/2002, sino también en otras normas sectoriales e incluso en el propio código penal, lo que de nuevo contribuye a colocar al profesional sanitario en un complejo marco de inseguridad jurídica. Ello sucede con las actuaciones sanitarias que, según el criterio del facultativo, entrañen grave riesgo, con la interrupción voluntaria del embarazo, con las voluntades anticipadas, con la práctica de ensayos clínicos, con la práctica de técnicas de reproducción humana asistida, con los trasplantes, con el cambio de sexo y con las esterilizaciones. En todos estos supuestos se exige la mayoría de edad para consentir.