

LAS EDADES Y LA CAPACIDAD DE OBRAR EN LA SANIDAD: LA DOCTRINA DEL MENOR MADURO

Rafael Álvaro Millán Calenti

Doctor en Derecho

Asesor Jurídico de la Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia

“a la menor madura”

PLANTEAMIENTO

Se han parado Vds. a pensar en las contradicciones que ofrece el ordenamiento jurídico en el tratamiento de la capacidad del menor, cuando se ponen de manifiesto la capacidad de obrar de derecho civil y la misma institución jurídica en el ámbito sanitario.

Observen:

A los 13 años (*edad penal*) se pueden mantener relaciones sexuales consentidas, pero no se puede abortar.

A los 14 años se puede otorgar testamento (art. 663 C.C, con excepción del testamento ológrafo art. 662), pero no se pueden firmar instrucciones previas (art. 11 ley 41/2002)

A los 14 años se puede contraer matrimonio (art. 48 CC), pero no se puede comprar tabaco.

A partir de los 16 se puede prestar consentimiento informado frente a un acto médico, pero no se pueden consumir bebidas alcohólicas.

Antes de los 16 años el menor puede ser oído en el ámbito de la sanidad, pero no puede formalizar un contrato de trabajo ordinario.

Se pueden citar, también, otros supuestos, que nos quedan más lejos, como la adquisición de la

nacionalidad española por ejercicio del derecho de opción o por residencia (mayor de catorce años, asistido de su representante legal).

Es decir: Una niña, puede tener relaciones sexuales a los 13 años, contraer matrimonio a los 14, tener un segundo hijo a los 14, otorgar testamento (ya existe un marido y dos hijos), correr riesgo de nuevo embarazo a los 15 años, consumir la píldora postcoital a esa edad, podrá abortar a los 16, puede tener la condición de empresaria a los 14 –aunque deberá actuar a través de su representante legal o tutor– y en el ámbito sanitario y de la salud llegamos a plantearnos el valor del consentimiento que puede prestar esa niña ante un acto médico.

Es cierto que todo “depende”, de muchos factores, ya que en ese nada hipotético caso, no sería posible cuestionarse la *madurez* de esa menor.

Las cosas son como son, pero cada uno las ve como quiere, baste como ejemplo, el caso del juez que está interrogando a un imputado que al parecer asesinó a su suegra, el juez le dice que cuente lo que pasó:

-Imputado:”pues nada señoría” estaba tan tranquilo en la cocina, con el cuchillo en la mano para cortar jamón, entró mi suegra, tropezó se cayó contra el cuchillo se lo clavó...y se mató.

-Juez. Siga, siga, porque la señora tenía siete cuchilladas....

-Imputado: pues Señoría, así hasta siete veces.

Después de esta pequeña introducción, vamos a establecer algunas premisas que sirvan para el debate de esta Mesa de Trabajo:

INTRODUCCIÓN AL DEBATE

Nos proponemos debatir sobre la capacidad de obrar del *paciente* menor de edad, esto es, su capacidad para ejercitar sus derechos sanitarios y para la adopción de decisiones que afectan a su salud.

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. El código civil se refiere en múltiples ocasiones al menor, pero para el tema que nos ocupa, podemos tomar la referencia que el art 162 hace a la “madurez”

Artículo 162 del Código civil [Representación legal de los hijos]

Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados.

Se exceptúan:

1º.-Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.

2º.-Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.

3º.-Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el art. 158. Que debe completarse con el artículo 159. [Designación por el juez de la guardia de los hijos]. Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán

los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.

Como regla general, en nuestro sistema jurídico se ha establecido que la capacidad de obrar se adquiere al llegar a la mayoría de edad, esto es, al cumplir los dieciocho años, lo que implica que el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil (art. 315). Aunque para ciertas actuaciones, se exige una edad mayor como en la adopción en que se exige que al menos uno de los adoptantes tenga veinticinco años (art. 175). Pero también hay excepciones, Ya que se rebaja la edad hasta los catorce años, por ejemplo, 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 tienen capacidad para regir su persona y bienes como si fueran mayores de edad, aunque con algunas limitaciones para suplir la “falta” de capacidad con la autorización de sus padres, o representantes legales cuando se trata de realizar actividades de gran relevancia jurídica, como pueden ser solicitar dinero a préstamo, la venta de inmuebles, de empresas o, en general, de objetos de extraordinario valor (art. 323).

Este marco de inseguridad jurídica sobre la minoría de edad en el ámbito sanitario, se complica, si cabe, con la irrupción de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica de autonomía del paciente y de los derechos y deberes que en materia de información y documentación clínica, establece que la “mayoría de edad sanitaria” se establece a los dieciséis años. Y digo se complica por las evidentes contradicciones que van emergiendo sobre la capacidad del menor. No obstante, en el ámbito sanitario y de la salud, a la hora de disponer sobre la propia salud, existen también – como en el derecho civil- matizaciones como las que se contemplan para tomar decisiones, también, de gran relevancia, como son las referentes a intervenciones de gran riesgo, el otorgamiento de instrucciones previas o las que implicarían el sometimiento del menor a ensayos clínicos, tratamientos de fertilidad o abortos, en los que las normas sanitarias se remiten al derecho común general - código civil- indicando que es la mayoría de edad civil la que ha de impedir.

Si aceptamos la premisa de que en nuestro sistema sanitario, la mayoría de edad sanitaria está establecida en 16 años cumplidos parece claro que hasta los dieciséis años, el paciente no dispone de la facultad de decidir las cuestiones relativas a su salud, lo que no es rigurosamente cierto. Esta edad es la que se admite como la necesaria a la que hay que llegar para que el menor pueda otorgar su consentimiento informado, sin intervención de los padres o tutores, equiparándola en cierta medida a la capacidad de obrar civil.

Cuando nos encontramos ante un paciente menor de 16 años han de ser los padres o tutores quienes otorguen el consentimiento aunque nuestra legislación exige que los menores sean previamente oídos si tienen más de doce años.

O sea, de 12 a 16 años deben ser oídos, lo que implica que la “edad pediátrica” de 14 años, no se corresponde con estos tramos de edad sanitaria: 12-16-18 años, ni con la penal de 13 años para mantener relaciones sexuales consentidas. Además La Agencia Española de Protección de Datos, examinados los artículos 162, 1º del Código Civil y 9 y 18.1 de la ley 41/2002, de autonomía del paciente, diferencia dos supuestos uno referido a los mayores de catorce años, a los que la ley atribuye capacidad para la realización de determinados negocios jurídicos; otro a los menores de dicha edad. (Informe 409/2004, acceso por el titular de la patria potestad a las historias clínicas de los menores). Respecto a las condiciones de madurez de los mayores de catorce años, se plantea la agencia que nuestro ordenamiento jurídico viene, en diversos casos, a reconocer a los mayores de catorce años la suficiente capacidad de discernimiento y madurez para adoptar por ellos mismos determinados actos de la vida civil., que son en síntesis los que sirven de introducción a este velatorio de la Mesa de Trabajo del XVIII Congreso derecho y Salud, que estamos celebrando en Santander.

Mientras, 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 (Se intenta promocionar su capacidad, en lugar de proteger la falta de la misma) permanece al margen de estas cuestiones.

Estas contradicciones obligan a intentar una interpretación integradora de ambos sistemas de atribución de la capacidad de obrar, el civil y el

sanitario. Es necesario delimitar perfectamente las situaciones que se pueden plantear, y aislar cada caso en atención a las circunstancias que concurren en el menor, para conocer los límites relativos a la toma de decisiones sobre la salud del menor, como pueden ser, por ejemplo rechazar tratamientos médicos, que incluso puedan suponer la muerte del menor.

En este punto es cuando entra de lleno el art. 162 del Código Civil, que excluye la representación legal de los padres para los actos relativos a derechos de la personalidad o otros que el hijo de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez pueda realizar por si solo. Este precepto pretende ligar la capacidad del menor y su grado de madurez (en Andalucía se inventaron el examen psicológico de madurez) o lo que es lo mismo, su inteligencia y su capacidad de entender y de querer, de modo que si *individualmente considerado* es maduro, su consentimiento es esencial para continuar el acto médico, lo que a su vez nos lleva a concluir que su negativa a prestar consentimiento o a someterse a un tratamiento médico no podría ser suplida por la voluntad de los padres, porque prevalece la voluntad del menor, que realmente está ejerciendo un derecho de carácter personalísimo reconocido por la ley.

EL MENOR PACIENTE

Aparecen nuevas situaciones, si pensamos en menores no incapaces ni incapacitados pero emancipados o con dieciséis años cumplidos (art. 9, nº 3, apdo.c) de la ley 41/2002) no cabe prestar consentimiento por representación.. En este caso, dejamos de hablar de menor maduro y creo que podemos hablar claramente de *paciente* ya que la rebaja de la mayoría de edad sanitaria, adquiere todo su sentido porque, precisamente, ya no cabe prestar 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 –aunque con la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en el momento de redactar estas líneas “proyecto de ley” se consolida en

este tema la edad de 16 años --, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida quedan sustraídas de estas normas y han de aplicarse las de la mayoría de edad civil y las disposiciones especiales de aplicación.

LIMITACIONES LEGALES:

Una.-El artículo 11 de la Ley de autonomía del paciente impide a los menores de edad la posibilidad de *otorgar* instrucciones previas.

Dos.-Supuestos en los que el médico tenga que realizar una actuación de grave riesgo. En estos casos y paradójicamente la última decisión estará en manos del propio médico ya que según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

Tres.-Los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo – con la salvedad indicada más arriba relativa al proyecto de ley -, realización de ensayos clínicos o sometimiento a técnicas de reproducción asistida la mayoría de edad es la civil (18 años).

Cuatro.-Por otra parte, la Dirección General de Registros y del Notariado (Resolución de 3 de marzo de 1989) “no existe una norma que, de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse como excepcionales todas las hipótesis en que se autorizase a aquel para obrar por sí; y no cabe derivar esa incapacidad ni del artículo 322 del Código Civil, en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil, ni tampoco de la representación legal que corresponde a los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados”. Realmente la filosofía de la DGRN era que la minoría de edad no supone una causa de incapacitación, por lo que aquella habrá de ser analizada en cada caso concreto a los efectos de calificar la suficiencia en la prestación del consentimiento, en atención a la trascendencia del acto de disposición y a la madurez del disponente, criterio que recobra, pese a haber transcurrido 20 años, una actualidad sorprendente.

Cinco.-A su vez la Agencia de Protección de Datos entiende (informe citado más arriba) que si

el padre o la madre de una mayor de catorce años acude a un centro sanitario solicitando un informe de analítica o cualquier dato incorporado a la HCE de su hijo, sin constar autorización alguna de éste, no debe procederse a la entrega de la información en tanto no conste la autorización fehaciente del hijo capaz.

Respecto de los menores de 14 años el artículo 13.1 del Reglamento de Protección de Datos (Real Decreto 1720/2007) a propósito del consentimiento para el tratamiento de datos de menores de edad, que se declara admisible a partir de los catorce años,. no puede ofrecerse una solución claramente favorable a la posibilidad de que por los mismos pueda prestarse el consentimiento al tratamiento, por lo que la referencia deberá buscarse en el citado artículo 162, 1º del Código Civil, tomando en cuenta, fundamentalmente, sus condiciones de madurez como mantuvimos inicialmente.

CONCLUSIONES:

PRIMERA.- Existe una mayoría de edad sanitaria distinta de la civil

SEGUNDA.- El valor del consentimiento del menor de 16 años será el que se le atribuya según su madurez en cada supuesto. En ningún caso se puede generalizar, es decir atribuir capacidad de obrar sanitaria a los menores según tramos de edad. El *análisis de la capacidad* debe ser individualizado, si el menor tiene 12 años cumplidos deberá ser oído

TERCERA.-Las contradicciones existentes en el sistema normativo (civil y sanitario) en lugar de considerarse obstáculos para delimitar la capacidad intelectual y emocional de comprensión del alcance de la intervención, deben servir como elementos auxiliares del médico..